

ACTIO E IUS:
L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI AZIONE
NELL'ORDINAMENTO CANONICO
TRA IL CODICE DEL 1917 E IL CODICE DEL 1983

FABIANA FALCONE

ABSTRACT: Nel solco dell'evoluzione segnata dalla prima codificazione canonica e condizionata, per certi aspetti, dagli apporti e dalle tensioni della processualistica civile, emerge il progressivo configurarsi di un'idea di *actio*, non più identificata, ma pensata in funzione del diritto, quale domanda processuale rispondente a un'esigenza di giustizia metagiuridica, in ragione del fine salvifico proprio dell'ordinamento canonico (can. 1752).

PAROLE CHIAVE: Azione, diritto, processo, giustizia, tutela.

ABSTRACT: The essay shows the progressive emergence of a concept of *actio* conceived according to the right.

This procedural instrument is examined during the evolution characterized by the first codification of canon law and influenced by the debates of the civil trial doctrine.

In this perspective, the action responds to a demand for Justice in harmony with the goal of the souls salvation typical of the canonical order (c. 1752).

KEYWORDS: Action, Right, Process, Justice, Protection.

SOMMARIO: 1. L'*actio* come *ius*: cenni introduttivi. — 2. Linee di sviluppo del concetto di *actio* nel processo di codificazione del 1917: il canone 1667. 2.1. *Elaborazione della categoria di actio nel Votum Noval (1907) e nel Votum Many (1907)*. 2.2. *Il canone 1667 nella sistematica del Codex del 1917*. — 3. Il problema della natura dell'*actio* nel dibattito della scienza giuridica civile e canonica coeva al *Codex* del 1917. — 4. L'azione nel controverso rapporto concettuale tra *actio* e *ius*. — 5. La crisi della visione unitaria del diritto nella scienza giuridica secolare e suoi riflessi sulla concezione dell'*actio*. — 6. Il problema della tutela giuridica alla luce della dialettica pubblico e privato nell'ordinamento canonico. — 7. Trasformazione del concetto di azione verso una moderna visione del processo. Note conclusive.

1. L'ACTIO COME IUS: CENNI INTRODUTTIVI

IL problema del concetto di azione, che tuttora tiene acceso il dibattito della dottrina contemporanea, ha radici risalenti già al processo romano antico, sebbene fonti storiche testimonino l'uso del termine in epoche ancora più datate.

L'evoluzione che l'*actio* ha conosciuto nel corso degli sviluppi del processo romano (*legis actiones*, *cognitiones extra ordinem* e processo *per libellum*), offre elementi importanti all'interprete per orientarsi nel fitto panorama dottrinale che si è sviluppato intorno alla *vexata quaestio* della natura di questo strumento processuale.

È stato rilevato come già in età arcaica il termine *actio* si fosse affermato nella pratica processuale a denotare "l'atto con cui il soggetto faceva affermazione di diritto nei confronti dell'avversario e mirava ad ottenere immediata soddisfazione della lesione giuridica che assumeva di aver subito o, almeno, a promuovere un giudizio capace di rendere certo, e non più controvertibile, quanto affermato".¹

Dall'*actio* si distingueva l'*agere*, con cui si voleva indicare l'agire secondo determinate regole formali come compiere riti sacrificali, recitare in teatro o svolgere le proprie ragioni in giudizio. La differenziazione dei due termini, rese ancora più evidente come l'*actio*, originariamente, si concretizzasse nella recitazione di formule predisposte accompagnate da gesti rituali (come toccare l'oggetto della *vindicatio* con una festuca o mettere la mano sulla spalla dell'avversario).

Sebbene fosse indiscusso tra gli storici che il senso processuale fosse divenuto rapidamente, non tanto il più diffuso, quanto "il solo che avesse nel campo giuridico un sicuro valore tecnico",² l'*actio* da subito era venuta ad assumere una gamma di significati e di sfumature spesso difficilmente individuabili. Era *actio* sia l'insieme di atti concatenati l'uno all'altro con cui ciascuno mirava ad ottenere soddisfazione del diritto asserito, sia il mezzo di tutela, sia il procedimento complessivamente considerato. Inoltre, nella pratica processuale *actio* non indicava soltanto l'atto, o complesso di atti, consistente nella pronuncia di formulari, bensì anche il *modello* di quell'atto. In tal modo l'azione si affermò come strumento di cui gli interessati potevano servirsi per conseguire i risultati auspicati: per questo ciascun atto concreto doveva trovare corrispondenza in un modello prestabilito – che assunse forme e denominazioni diverse nelle successive tappe dell'evoluzione del processo romano – e, solo in quanto tale, acquistava il valore di mezzo di tutela offerto dall'ordinamento giuridico.

La previsione di formulari e rituali tipici per adire la via giudiziaria avrebbe posto ben presto il problema del *se* o *quando* un soggetto di diritto potesse avvalersene, determinando contestualmente l'affermarsi sulla scena processuale di un sistema che cominciava a percepire l'*agere* come *ius*. Eppure, per lungo tempo questa possibilità non venne coscientemente avvertita e solo

¹ Cfr. G. PUGLIESE, *Actio e contestatio litis*, in *Apollinaris*, 1979, p. 80 ss.; ID., *Azione (diritto romano)*, «Nuov.mo Dig. it.», 2 (1958), p. 24-29; R. ORESTANO, *Azione*, «Enc. Dir.», 4 (1959), p. 838 ss. e 82.

² G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 87; ID., *Azione*, *cit.*, p. 24 ss.

successivamente – come evidenziano alcuni autori – nel linguaggio dei giuristi più evoluti dell'età repubblicana apparvero locuzioni – come *actionem habere*, *actionem competere*, *actione teneri* – che lasciarono trasparire il configurarsi di un'idea di *actio* avvertita come *ius*.

Tuttavia, il rafforzarsi nella prassi giudiziaria di questo diverso significato, se rappresentava una presa di coscienza rispetto all'esistenza di un diritto a far valere le proprie ragioni, non corrispondeva ancora ad un concetto sufficientemente comprensivo di azione, di cui era sintomo anche il perdurare di tanti schemi quanti erano i *iura quaesita*.

L'imaturità del concetto emergeva altresì dalla circostanza, messa in luce da alcuni studiosi, per cui nel processo romano poteva essere titolare dell'*actio* solo chi avanzasse una domanda legittima, al punto che – è stato sostenuto – chi agiva, affermando diritti o situazioni di fatto riconosciute non sussistenti, si riteneva agisse illegittimamente, ciò lasciando presupporre una valutazione a priori nel merito.³

Questa interpretazione avrebbe portato più tardi, nelle rielaborazioni della dottrina tedesca (XVII sec.), a individuare nell'*actio* l'equivalente romano di "pretesa"⁴ (*Anspruch*), inteso come "il diritto di chiedere l'eliminazione della violazione di un diritto primario".⁵ In realtà, alcuni autori hanno evidenziato che il Windscheid avesse riscontrato nell'*Anspruch* una figura originariamente distinta sia dal diritto sottostante (che ne sarebbe solo il fondamento) sia dall'*actio* (condizionata alla mancata realizzazione dell'*Anspruch*).⁶

Di fatto però, proprio l'indefinitezza di quel concetto avrebbe portato la dottrina successiva a rielaborare la categoria fino ad affermarne la coincidenza con l'*actio* e di questa con il diritto soggettivo, con le intuibili ripercussioni non solo sul piano dogmatico, ma anche sul piano pratico, allorché si tentò di applicare tale figura al sistema di diritto romano. L'esperimento portò a risultati controversi: alcuni autori identificarono l'*actio* con l'*Anspruch* (Wlaskak, Rabel e Wenger); altri ammisero l'esistenza di un collegamento – ma non di una coincidenza – tra azione e pretesa (Bekker, Betti, Mitteis); altri ancora negarono all'*Anspruch* una propria autonomia concettuale, perché

³ G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 26-27 e 179-185.

⁴ Rispetto alla traduzione del termine *Anspruch*, secondo l'accezione "potere di pretendere", cfr. G. PUGLIESE, *op. ult. cit.*, p. 249-255.

⁵ Sebbene la paternità del concetto di *Anspruch* venga generalmente attribuita al Windscheid, già per Savigny questa pretesa in potenza – ovvero prima dell'iniziativa del soggetto leso – sarebbe esistita solo come semplice possibilità, germe di un'obbligazione vera e perfetta, ma convertibile in autentica obbligazione solo all'atto di iniziativa: F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, (trad. it. a cura di V. SCIALOJA), Torino, 1892, p. 5 ss.

⁶ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. it. a cura di C. FADDA e P. E. BENSÀ), Torino, 1902, p. 191-197; ID., *Polemica intorno all'actio*, Firenze, 1954, in part. Cap. II.

non chiaramente riscontrabile nel sistema diritto romano, nel cui ambito, pertanto, l'applicazione poteva ritenersi solo supposta.⁷

In linea con quest'ultimo orientamento, una parte degli storici rigettò l'interpretazione che vedeva coincidenti nel diritto romano *actio*, pretesa e diritto soggettivo, sulla base della convinzione che la stessa connessione fra *actio* – come schema di atto – e *actio* – come *ius* – stesse a dimostrare come nel processo romano l'*actio* fosse intesa in termini di *agere posse*, ovvero quale concreta possibilità di agire.

In questa direzione si giunse a ritenere che l'*actio* romana non poteva essere considerata come l'equivalente del diritto soggettivo, poiché “stava al posto del diritto soggettivo”⁸ e, come tale, non rappresentava né un diritto o potere verso il magistrato, né la semplice liceità di compiere un atto processuale. Al contrario, significava fattiva possibilità di far valere un diritto attraverso il processo – sia pure con i limiti imposti dalla tipicità delle *actiones* –, possibilità che si concretizzava nella titolarità a promuovere l'iniziativa processuale per ottenere una pronuncia atta a soddisfare il proprio interesse verso l'avversario, potere a cui faceva riscontro la soggezione dell'avversario soccombente (*actione teneri*).

È proprio in quest'ultima accezione, assunta dall'*actio* romana, che può essere rintracciata la matrice da cui si svilupperà, nel solco dell'evoluzione segnata dalla prima codificazione canonica e condizionata, per certi aspetti, dagli apporti e dalle tensioni della processualistica civile, un moderno significato di *actio* canonica, che porterà a elaborare, nel sistema del 1983, un concetto di azione pensato, e regolamentato, in termini di *strumento* di tutela, che non più si identifica, ma costituisce esso stesso un *diritto*.

In questo orizzonte interpretativo il tentativo è quello di ricercare e delineare quei tratti caratterizzanti, prodotto degli sviluppi sincronici della scienza giuridica canonica e civile, che hanno contribuito a maturare l'idea dell'*azione* in funzione di *diritto*, nella più generale opera di revisione che ha interessato l'impianto normativo ad essa sotteso, portando, sotto il profilo giudiziale, alla predisposizione di tutto un apparato di garanzie volto a rendere effettiva la tutela giuridica che l'ordinamento canonico riconosce ai soggetti che vivono e operano al suo interno. Ciò sul presupposto, comune, al diritto secolare come al diritto canonico, per cui l'attuazione del diritto, a cui l'*azione* è preordinata e che si realizza attraverso il processo, è puramente strumentale a guidare un determinato gruppo sociale verso il perseguimento del fine proprio da esso stesso individuato come tale, fine che nell'ordinamento

⁷ Su questa posizione radicale si pone G. PUGLIESE, *op. ult. cit.*, p. 254 ss.; ivi, a p. 251 ss., le tesi degli autori richiamati nel testo.

⁸ G. PUGLIESE, *Azione*, cit., p. 28 ss.; cfr. anche J. OCHOA, *Actio e contestatio litis nel processo canonico*, «Apollinaris», 1979, p. 106-109.

canonico, non si esaurisce nel giuridico ma si completa di una valenza metagiuridica.⁹

2. LINEE DI SVILUPPO DEL CONCETTO DI ACTIO
NEL PROCESSO DI CODIFICAZIONE DEL 1917: CANONE 1667

2. 1. *Elaborazione della categoria di actio nel Votum Noval (1907)
e nel Votum Many (1907)*

L'idea romana di *actio*, sintetizzata per i canonisti nel celebre brocardo di Celso, e le sue rielaborazioni ad opera dei primi glossatori,¹⁰ corroborate dall'influsso delle molteplici interpretazioni e applicazioni della dottrina civilista, concorsero al delinarsi nell'impianto del 1917 di una struttura *sui generis* dell'azione – in quanto improntata all'espletamento del fine istituzionale della Chiesa (la *salus animarum*) – e formalizzata nel dettato del canone 1667 – “*quodlibet ius non solum actionem munitur, nisi aliud expresse cautum sit, sed etiam exceptione, quae semper competit et est suapte natura perpetua*”-, dove l'esercizio dell'azione trovava il suo corretto bilanciamento nel riconoscimento di un corrispondente diritto di eccezione.¹¹

Il processo, che condusse, nel corso dei lavori di codificazione del 1917, alla formulazione del canone 1667, fu il prodotto di un serrato dibattito tra i Consultori, rivolto all'individuazione dei caratteri e dei limiti dell'azione, il cui travaglio, di cui è indice la molteplicità dei *Vota* e degli *Schemata* predisposti, esprimeva la preoccupazione e la complessità dell'elaborazione di uno strumento che si mostrasse adeguato a garantire l'accesso alla giustizia nella Chiesa.

La rilevanza che l'azione venne ad acquisire, sin dall'inizio, all'interno del progetto del Libro “*De processibus*” del 1917 emerge dal principio contenuto nel canone 134 [137] del *Votum* di Noval, inserito in apertura del Titolo “*De iudiciis in genere*”, dove *actiones* ed *exceptiones*, ammesse dal diritto canonico, venivano considerate l’“*obiectum iudicii*”.¹²

La centralità dell'azione rispetto al giudizio – manifestata nel canone 134 –

⁹ J. HERVADA, *Fin y características del ordenamiento canónico*, «Ius canonicum», 1962, p. 42-43.

¹⁰ Cfr. J. OCHOA, *op. cit.*, pp. 108-109; G. OERSTERLE, *Actiones et causae “de statu personarum” in iure processuali C.J.C.*, «Apollinaris» 15 (1942), p. 39-51.

¹¹ Nei verbali della Commissione incaricata di redigere il CIC del 1917 viene riportato l'orientamento che intendeva attribuire all'eccezione un carattere più ampio del mero diritto di convenire in giudizio, sebbene ricondotto a casi isolati e non pacifici in dottrina, come la situazione, venuta all'attenzione dei Consultori, dello scomunicato che, pur avendo il diritto di agire, di fatto, non è nelle condizioni di poterlo esercitare. Cfr. i verbali della Consulta del 16 maggio 1907 riportati in J. LLOBELL – E. DE LEÓN- J. NAVARRETE, *Il libro “De processibus” nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, Milano, 1999, pp. 986-987.

¹² Can. 134 [137] del Voto NOVAL del 1907, in J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 403.

fu il perno del sistema proposto da Noval, il quale avvertì l'esigenza di tradurre in norma la preoccupazione che venisse munito di azione ogni diritto comunque inteso (“*etiam nimius strictum, seu ex mera aequitate profluens*”), salvo il caso di diritto controverso, valutabile di volta in volta davanti al foro ecclesiastico competente.¹³ Uguale garanzia questi proponeva rispetto all'esercizio dell'eccezione, concepita non solo come diritto di rispondere in giudizio ma anche come mezzo di difesa, quando si trattasse di diritto destituito dell'azione (can. 135 [138]), purché non fosse espressamente proibito.¹⁴

Il Voto di Many (1907) muoveva, invece, da un presupposto diverso – ricondotto dagli interpreti al Regolamento di Gregorio IX – che vedeva “*quodlibet iudicium, in re contentiosa, munitur aliqua actione reali, aut personali, aut mixta*”.¹⁵ Il canone conteneva, in chiusura, una precisazione relativa alle cause criminali, che recepiva l'esigenza di alcuni Consultori di chiarire che anche il giudizio penale dovesse ritenersi fondato sull'*actio criminalis* (can. 40).

Dal confronto fra i testi proposti emergeva come diverso fosse il soggetto dell'azione per i due Consultori: il primo (Noval), intendeva “*quodlibet ius*” munito di azione; il secondo (Many), attribuiva a “*quodlibet iudicium*” la capacità di dar luogo ad un'azione.

È evidente come queste costruzioni celassero differenti concezioni dell'*actio* e del processo, l'una più legata all'aspetto sostanziale, l'altra al dato processuale.

Gli *Schemata* che ne scaturirono, se da un lato mostravano unità di vedute nel riferire l'azione a “*quodlibet ius*”,¹⁶ dall'altro, ben rispecchiavano le incertezze emerse in sede di lavori in ordine a due specifiche problematiche: quella delle appropriate limitazioni da apporre all'esercizio dell'azione e quello dell'opportunità – da più parti contestata benché mantenuta fino allo Schema 3 (1908) – di una specifica regolamentazione dell'*actio* nell'ambito dei giudizi criminali.

¹³ Il can. 135[138] - Pars I, Tit. *De actionibus et exceptionibus* - del Voto NOVAL del 1907 recitava: “§1. *Nisi aliter statutum sit, actione munitur quodlibet ius, etiam nimius strictum, seu ex mera aequitate profluens, quod controversum constituat causam ad forum Ecclesiae spectantem sive exclusive sive cumulative cum foro societatis civilis. §2 Et si aliquod ius actione destituatur, potest tamen defendi per modum exceptionis, quae non sit espresse prohibita*”: J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 403.

¹⁴ Cfr. a proposito il canone 137 [140] del Voto NOVAL del 1907, che enumerava tassativamente i casi in cui il giudizio non poteva essere proposto né con azione né con eccezione. Cfr. J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 403.

¹⁵ Can. 40 del Voto MANY del 1907 (riportato in J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 419).

¹⁶ Cfr. can. 1 dello *Schemata* 1 del 1907, Tit. “*De actionibus et exceptionibus*”, Voto DE LAI (in J. LLOBELL – E. DE LEÓN – J. NAVARRETE, *op. cit.*, p. 439).

Cfr. nei verbali della Consulta del 16 maggio 1907 la proposta di DE LAI di inserire come principio di apertura del canone quello secondo cui “ogni diritto dà l'azione”, proposta accolta con consenso dai Consultori (in J. LLOBELL, *op. cit.*, pp. 986-987).

Lo *Schema* 1 del 1907 (can. 1) riconosceva la possibilità di agire a tutela di ogni diritto dovuto (“*vel exceptionem ad repellendam actionem*”),¹⁷ ma ponendo una condizione in negativo che ne consentiva l’esercizio solo quando non fosse espressamente proibito dai sacri canoni. Il principio, in linea con la posizione di Noval (“*nisi aliter statutum sit*”), si discostava dalla scelta di Many di non porre limitazioni all’esercizio dell’azione.¹⁸

Nei verbali della Commissione si legge una significativa diversità di vedute sugli Schemi proposti tra i Consultori, alcuni dei quali (Lega e Ojetti), rispetto al Voto di Noval, suggerivano di spostare *in incipit* il canone 135, così esprimendo l’esigenza di una maggior chiarezza di redazione e centralità del tema; altri (Ojetti), invece, contestavano al Voto di Many e di De Lai l’utilità della precisazione relativa all’*actio criminalis*, ritenendo il testo incompleto laddove non ne forniva una definizione esatta, inoltre sostenendo l’inopportunità di una regolamentazione specifica dei giudizi penali, sul presupposto che nelle cause criminali non si avrebbe un’*actio* in senso proprio.¹⁹

Particolarmente dibattuta restava, dunque, la disciplina dell’*actio criminalis*, che nello *Schema* 1 veniva attuata “*ad reum per canonica remedia coerendum*” (can. 1); nel Voto di Many veniva concepita come fondamento del giudizio criminale benché in funzione dell’emendazione del reo (can. 40),²⁰ mentre da Noval era ricompresa nella previsione generale (can. 135).²¹

¹⁷ Cfr. can. 1 dello *Schemata* 1 del 1907, Tit. “*De actionibus et exceptionibus*”, Voto DE LAI (in J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 439).

¹⁸ Il can. 1 dello *Schema* 1, 1907 (*Votum C. DE LAI*), Pars I “*De iudiciis in genere*” riportato in J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 439, prevedeva: “§ 1. *Quodlibet ius, nisi expresse a sacris canonibus prohibeatur, actionem iudicalem tribuit ad persequendum quod sibi debetur, vel exceptionem ad repellendam actionem.* § 2. *In criminalibus actiones sunt comparatae ad reum per canonica remedia coerendum*”.

¹⁹ Nei verbali della Consulta del 16 maggio 1907 si legge l’obiezione sollevata a Many da Ojetti, che propone di cancellare “tutto il canone, come appartenente al trattato dottrinario, non al codice, mancando pure il concetto dell’azione criminale che dovrebbe essere espressa”; cfr. J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 986-987.

²⁰ Il can. 40 § 2 del Voto MANY, Tit. IV “*De actionibus et exceptionibus*” quanto all’*actio criminalis* prevedeva: “*Pariter, in causis criminalibus, fundatur iudicium actione criminali, qua reus impetitur, ut poenas a iure statutas ad obtinendam propiam ipsius emendationem et ad tollendum publicum scandalum, solvat*”. Così riportato in J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 419.

²¹ È singolare come il rinvio alla disciplina dell’*actio criminalis*, che si riscontra negli Schemi successivi (vedi il can. 40 § 2 del Voto MANY: “*Pariter, in causis criminalibus, fundatur iudicium actione criminali, qua reus impetitur, ut poenas a iure statutas ad obtinendam propiam ipsius emendationem et ad tollendum publicum scandalum, solvat*”), si ritrovi anche nello *Schema* 3 (1908), dove, sebbene si fosse giunti all’elaborazione di un principio assai vicino alla formulazione definitiva del can. 1667, sopravviveva in toto il capoverso dedicato alle azioni nei giudizi criminali (vedi il can. 1 [97] *Schema* 3 (1908): “§ 1. *Quodlibet ius, nisi a sacris canonibus aliter cautum sit, actione vel exceptione munitur.* § 2. *In criminalibus actiones sunt comparatae ad reum per canonica remedia coerendum*”). Cfr. J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 419 e p. 709.

2. 2. *Il canone 1667 nella sistematica del Codex del 1917*

I diversi orientamenti emersi in sede di lavori di redazione, riflesso di altrettante teorie sull'azione mutate anche dalle incertezze della processualistica civile, trovarono approdo nel *Codex* del 1917 in una formula che riconosceva ad ogni diritto adeguata tutela processuale attraverso lo strumento dell'azione salvo diversa statuizione (can. 1667), garanzia resa effettiva dal legislatore attraverso la previsione di un ampio apparato di azioni tipiche disciplinate nei canoni 1668-1671.

Va notato che nel testo adottato dalla Commissione incaricata veniva, invece, tralasciato il discusso richiamo all'*actio criminalis* che, inglobata da un punto di vista di disciplina sostanziale nella previsione generale del canone 1667, trovava specifica collocazione in tema di *accusatio*²² all'interno della parte dedicata al giudizio criminale (can. 1934-1938).

A conclusione delle dispute sollevate dalla questione nel corso dei lavori di codificazione, può dunque sostenersi che con l'espressione *actio criminalis* il legislatore avesse voluto riferirsi alla facoltà di perseguire in giudizio l'autore di un delitto perché a suo carico fosse inflitta o dichiarata una pena, individuandone le caratteristiche – rispetto all'*actio civilis* – nella *pubblicità* (nella misura in cui essa tendeva alla riparazione del danno che il delitto ha cagionato alla comunità), nella *personalità* (in quanto rivolta solo alla persona che delinque) e nella *necessarietà* (poiché essendo ispirata al pubblico interesse *deve* essere esercitata).

A differenza del Codice del 1983, dove la trattazione dell'azione è stata ridotta a pochi canoni, benché idonei a tracciare le linee guida che ne garantiscono l'effettivo esercizio al di là delle tipicità; il legislatore del 1917, definita l'azione al canone 1667, scendeva subito in un dettagliato esame delle azioni tipiche esperibili a tutela di chi riteneva fosse leso un suo diritto.²³

Di fronte a questa scelta sistematica, la dottrina dell'epoca avvertì l'esigenza di ricostruire una disciplina generale, ricavandola per deduzione dalle precisazioni dettate di volta in volta per le singole tipologie di azioni. Si individuaronò nell'*actio* i tre elementi fondamentali: del soggetto (attivo e passivo); della *causa petendi*; e dell'oggetto (*petitum*), rispetto al quale si distingueva tra oggetto immediato (coincidente con la statuizione del giudice attraverso la quale si attuava la volontà della legge) e oggetto mediato (ovvero il bene al cui conseguimento era coordinata l'attuazione della legge).²⁴

²² Per un approfondimento rispetto alla disciplina dell'*actio-accusatio* nei giudizi criminali cfr. F. X. WERNZ – P. VIDAL, *Ius Canonicum – De processibus*, Tomus VI, Roma, 1928, p. 672 ss.

²³ Per un elenco esaustivo del copioso apparato di azioni tipiche previste dal CJC 1917 cfr. J. NOVAL, *Comm. Cod. Iur. Can. – De Processibus*, Romae, MCMXX, p. 195 ss.

²⁴ F. ROBERTI, *De Processibus*, I, Romae, 1941, p. 60 ss.

Da questi elementi si differenziavano, per funzionalità, le condizioni dell'azione e i presupposti processuali.

Nelle condizioni dell'azione la dottrina ricomprese quei requisiti necessari per l'accoglimento della domanda, e quindi attinenti al provvedimento di merito, tra i quali erano annoverati la correlazione tra il fatto e la norma o, come meglio è stato detto in sede civilistica, la "coincidenza oggettiva fra fattispecie reale e legale";²⁵ la *legitimatatio ad causam* attiva e passiva; e, infine, l'interesse processuale ad agire (e a contraddire in giudizio). Rispetto a quest'ultimo requisito va notato che alcuni autori distinguevano l'interesse processuale, diretto al conseguimento del bene che è oggetto della pretesa,²⁶ da quello sostanziale, identificato con la volontà di conseguire quel bene attraverso l'intervento degli organi giudiziari (in tal senso si è parlato di *misura* dell'azione).

La dottrina più radicale, intendendo il diritto d'azione come diritto soggettivo *concreto*, in quanto rivolto ad ottenere un determinato provvedimento giurisdizionale, focalizzò a tal punto l'attenzione sulla necessaria sussistenza di queste condizioni per la corretta esperibilità dell'azione, da affermare che la mancanza di una sola di esse avrebbe impedito il sorgere del diritto all'azione.²⁷

La dottrina era peraltro unanime nel ritenere che i presupposti processuali – quali la giurisdizione e la competenza dell'organo giudiziario, la capacità di essere parte e la capacità processuale – condizionassero soltanto la costituzione e lo svolgimento del rapporto processuale, senza andare a incidere sul contenuto sostanziale della domanda.

3. IL PROBLEMA DELLA NATURA DELL'ACTIO NEL DIBATTITO DELLA SCIENZA GIURIDICA CIVILE E CANONICA COEVA AL CODEX DEL 1917

Il canone 1667, se per un verso offriva tutela ampia e generalmente condivisa riconoscendo la possibilità di agire in via giudiziale per la protezione dei propri diritti, senza restrizioni che non fossero espressamente previste dal legislatore; dall'altro, non aveva risolto, né poteva risolvere, la diatriba intorno al significato e alla natura dell'*actio*.

La complessità del problema – com'è stato evidenziato da più parti – derivava, e deriva, dall'universalità²⁸ di questa categoria, che trascendendo i sin-

²⁵ P. CALAMANDREI, *Relatività del concetto d'azione* (1939), ora in *Studi sul processo civile*, 1939, p. 5-9.

²⁶ F. DELLA ROCCA, *Il diritto d'azione nell'ordinamento canonico*, «Acta Congr. Intern. Iur. Can.», Romae, 1953, p. 76-87; pubbl. anche in Id., *Saggi di diritto processuale canonico*, Padova, 1961, p. 178-181.

²⁷ F. LIUZZI, *Azione*, «Enc. Catt.», 2 (1949), p. 582-594.

²⁸ Cfr. S. SATTA, *Azione (in generale)*, «Enc. Dir.», 4 (1959), p. 822-825.

goli ordinamenti positivi ne rappresenta il comune denominatore, mostrandosi così malleabile ad assumere, sul piano pratico processuale, le forme più diverse che l'uno o l'altro ordinamento positivo hanno ritenuto di doverle attribuire sulla base delle proprie specificità.

Con questa sensibilità viene esaminata la vasta e corposa elaborazione dottrinale che si è venuta formando intorno al concetto di azione, quale risposta della scienza giuridica al tentativo di ricercare una categoria univoca, che fosse definita, applicabile e riconoscibile dai diversi ordinamenti positivi.

In tale panorama scientifico il tentativo svolto in questa sede, non è pertanto quello di fornire soluzioni, ma di rielaborare i tratti caratterizzanti di quelle costruzioni, per comprendere se e quali influenze e/o contributi esse abbiano apportato alla delineazione di un concetto di azione canonica concepita in termini di *diritto*, al fine di poter svolgere un'analisi quanto più consapevole dello strumento predisposto dal legislatore.

Va subito evidenziato che la più autorevole dottrina tedesca, ispirandosi agli apporti della scienza giuridica dell'epoca, aveva individuato nell'*actio* due diverse accezioni. In un primo significato, mutuato della definizione di Celso, l'*actio* veniva a coincidere con il *ius agendi*, rappresentando la possibilità di agire in giudizio per far valere il diritto dovuto di fronte all'avversario (*actio* in senso soggettivo o *in actu primo*). In senso sostanziale, il termine si riferiva al diritto d'agire, tanto nei giudizi contenziosi quanto nei giudizi criminali (dove, come si è detto, si mostrava sotto forma di *accusatio*).²⁹

In termini processuali, invece, *actio* indicava l'atto propulsivo del processo, che si concretizzava con la presentazione della domanda da parte dell'attore (*actio* in senso oggettivo o *in actu secundo*). Sotto il profilo pratico l'*actio* veniva a identificarsi, quindi, con il *ius invocandi in iudicium*, manifestandosi come fattivo esercizio del diritto di agire davanti l'autorità pubblica a tutela dei propri diritti, che fossero controversi o violati. Secondo questa accezione, fondamento dell'*actio* processuale non poteva che essere il diritto stesso, oggetto della pretesa avanzata davanti al giudice: l'azione determinava, in tal modo, l'instaurarsi di una relazione giuridica fra le parti contendenti potenzialmente produttiva di mutue obbligazioni e basata sulla pretesa avanzata al giudice nei confronti della controparte.

Seppure già in germe, come è stato sottolineato,³⁰ il problema dell'azione affiorò in tutta la sua complessità con la teorizzazione dei diritti soggettivi ad opera della filosofia giusnaturalista del XVIII sec., che, ponendo al centro del sistema l'individuo – che da *obiectum* diviene *subiectum iuris* – impose

²⁹ F. X. WERNZ - P. VIDAL, *op. cit.*, pp. 214-230.

³⁰ Per un'analisi in chiave storico-filosofica cfr. R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche: scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, p. 17-33.

l'affermarsi di una concezione soggettivistica destinata ad incidere profondamente sulla sistematica giuridica, dove il diritto veniva ad identificarsi con i "predicati" del soggetto, e sulla disciplina dell'azione, rispetto alla quale si era aperta la disputa intorno al controverso rapporto tra azione e diritto sottostante.

Questa nuova concezione produsse un proliferare di teorie, che, ribaltando i termini del rapporto tra *actio* e *ius*, intesero l'azione ora come *pertinenza* (Puctha) ora come *funzione* (Coviello) ora come *posizione* (Redenti) del diritto soggettivo, attributi che trovavano tutti il loro comune denominatore nel riconoscere all'azione valore in quanto proiezione del diritto sostanziale, che rimaneva *il diritto* per eccellenza nella sua potenza di realizzazione e, quindi, esistente ancor prima della sua violazione.³¹

Questo proliferare di teorie irruppe altresì fra la scienza giuridica canonica, dove nel solco delle più diverse teorie, una parte della canonistica (Wernz-Vidal), riprendendo la distinzione tra *actio* come *ius agendi* e come *ius invocandi in iudicium*, cercò la soluzione della controversa questione proprio nelle differenti accezioni attribuite all'*actio*. In questa direzione si affermò che se l'*actio*, come strumento processuale, doveva intendersi, sia pure per esigenze di diritto pratico, certamente distinta dal diritto fatto valere in giudizio, lo stesso non poteva dirsi con altrettanta sicurezza per l'*actio* intesa come *ius agendi*, sul presupposto che ogni facoltà insita nel diritto soggettivo non potesse da questo essere distinta. Del resto, tale circostanza sarebbe stata confermata, secondo questa teoria, dall'esistenza di diritti privi della tutela attuabile mediante l'azione (es. can. 1017), come dalla presenza di azioni in cui non sempre vi era coincidenza con i *iura quaesita* (come accadeva nelle obbligazioni condizionate) o al contrario dall'esistenza di azioni prive di diritti sottostanti (come nel caso delle azioni declaratorie negative, miranti unicamente ad ottenere certezza giuridica).³²

Sulla base di questo ragionamento di fondo, la dottrina prevalente riconobbe all'azione una fisionomia autonoma rispetto al diritto controverso, ritenendo minoritaria la posizione che identificava l'*actio* con il diritto controverso, per lo più ricondotta alla necessità di rimuovere gli ostacoli inerenti l'esercizio dell'azione per difenderne l'integrità.³³

Tuttavia, non mancò chi, richiamandosi alle categorie tipiche della processualistica civile, tentò di identificare l'*actio* canonica con il diritto soggettivo, pur celando tale coincidenza dietro il riconoscimento dell'azione come mezzo necessario e sufficiente a promuovere, anche in campo giudiziario, la

³¹ Per un'efficace sintesi delle diverse posizioni richiamate cfr. R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, cit., p. 785-831.

³² F. WERNZ, *op. cit.*, pp. 217-218; V. SCIALOJA, *Esercizio e difesa de' diritti*, Roma, 1894, § 1-7.

³³ F. ROBERTI, *op. cit.*, p. 61.

realizzazione del fine istituzionale della Chiesa. Ciò in quanto “l’evidente natura secondaria del diritto d’azione nei confronti del diritto primario, con cui esso è, di regola, teleologicamente collegato”,³⁴ si rifletteva – secondo questa teoria – anche nel rapporto tra azione e pretesa, al cui interno il carattere di sussidiarietà dell’azione, rispetto al diritto primario fatto valere, si giustificava in ragione della specifica posizione in cui veniva a trovarsi il diritto di azione nell’ordinamento canonico, dove “più che in ogni altro ordinamento il diritto soggettivo processuale ha natura astratta o meglio ideale, anche se può riferirsi, quanto al rapporto sostanziale dedotto, a pretese o diritti aventi contenuto patrimoniale”.³⁵

Questa dottrina, applicando all’*actio* canonica le caratteristiche proprie della volontà e dell’interesse – evidentemente mutuate dalla teorizzazione dei diritti di Jellinek³⁶ –, individuò il carattere specifico dell’azione proprio nella relazione fra i due termini. Non solo. In questa logica, la peculiarità del rapporto primario, e di quelli da esso derivanti (l’uno rivolto verso gli organi giudiziari, l’altro relativo al diritto dedotto in giudizio), acquistando valore proprio alla luce delle specificità dell’ordinamento canonico, portò questa dottrina ad intendere il diritto del singolo verso l’organo giudiziario come *diritto-dovere*. Ciò sul presupposto che la caratteristica *incoercibilità* del diritto, che si verificava a livello processuale, trasposta sul piano morale, doveva tradursi in *autocoercibilità*, dando luogo ad un profilo di “doverosità”³⁷ dispiegabile nella direzione di un diritto-dovere alla domanda, a cui doveva corrispondere un analogo diritto-dovere di risposta da parte dell’organo giudiziario adito.

Nonostante le discordanze, dalla dottrina maggioritaria, l’azione continuò ad essere enucleata come un diritto soggettivo a sé stante, più o meno interamente svincolato dall’oggetto. Sull’affermazione di tale indipendenza, del resto, aveva influito non poco il dibattito della processualistica, in particolare la distinzione introdotta da Windscheid fra “pretesa” e “azione”, insieme alla considerazione che la sentenza di rigetto della domanda dell’attore non comportava l’inesistenza del diritto d’agire, ma del solo diritto sostanziale avanzato.³⁸ Inoltre, ricalcando ancora una volta la nota distinzione fra azio-

³⁴ F. DELLA ROCCA, *Saggi di diritto processuale canonico*, Padova, 1961, p. 181.

³⁵ F. DELLA ROCCA, *Il diritto d’azione nell’ordinamento canonico*, «Acta Congr. Intern. Iur. Can.», Romae, 1953, p. 181, pubblicato anche in Id., *Saggi di diritto processuale canonico*, cit., p. 178-181. Secondo l’autore la specificità dell’ordinamento in cui si trova ad operare caratterizza a tal punto l’azione da segnarne il passaggio dalla posizione di sussidiarietà a quella di “auto-sufficienza” rispetto al diritto sottostante, costituendo la *ratio peccati* l’elemento preminente e “vivificatore” dei singoli principi o istituti che entrano in gioco con l’esercizio dell’azione.

³⁶ Cfr. G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912, § xx e xx e in part. p. 392-399.

³⁷ F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 76-87.

³⁸ Cfr. le tesi di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., Cap. III e p. 191-195.

ne in senso sostanziale e in senso formale, nelle nuove posizioni soggettivistiche l'*actio* in senso formale cominciò ad essere considerata come entità distinta e diversa, ovvero autonoma, e dunque come *diritto d'agire*, capace di una varietà estrema di costruzioni strettamente connesse agli sviluppi del dogmatismo giuridico.

4. L'AZIONE NEL CONTROVERSO RAPPORTO CONCETTUALE TRA ACTIO E IUS

Il problema dell'elaborazione del concetto d'azione nelle scienze giuridiche contemporanee presenta aspetti comuni al diritto civile e al diritto canonico, in quanto si propone l'obiettivo di definire scientificamente il valore di una categoria essenziale del diritto – che renda effettiva la tutela prevista dall'ordinamento –; categoria mutevole per il mutare del modo in cui la scienza giuridica ricostruisce e valuta i dati della realtà concreta con gli elementi della realtà normativa, prospettando una propria visione del diritto.

In questa visione storicista del diritto³⁹ va interpretato il tentativo di risolvere il rapporto *actio-ius*, sollevando il problema della possibilità di qualificare l'azione come diritto soggettivo.

Seguendo questa lettura, la dottrina più autorevole ha parlato di *relatività* del concetto di azione, alcuni autori riconducendo la disputa sul concetto di azione al più ampio dibattito sulla natura dello Stato, sui suoi fini e sui suoi compiti;⁴⁰ altri, intravedendo in questo dibattito “la proiezione nel campo processuale di un travaglio che si svolge nella realtà sociale, in cui il problema fondamentale dei rapporti tra Stato e cittadino non ha ancora, e forse non potrà mai avere, soluzione unica ma una pluralità di soluzioni pratiche provvisorie e spesso contraddittorie”.⁴¹

Accentuando l'aspetto processualistico, quest'orientamento riconduceva l'azione, prima ancora che all'una o all'altra costruzione dogmatica, alla realtà pratica del diritto, ravvisando in essa il carattere “di limite o condizione della giurisdizione”⁴² e così affermandone la natura di diritto soggettivo pubblico alla protezione giudiziale. Su questa linea, altri, attribuendo all'azione una propria autonomia rispetto al diritto sottostante, le riconoscevano carattere di diritto potestativo nel senso di “potere giuridico capace di rendere incondizionata la volontà della legge rispetto alla sua attuazione ovvero di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge”.⁴³

Sotto la spinta convergente dei più diversi elementi introdotti dalle nuove concezioni di stampo soggettivistico, si andò intrecciando una fitta rete

³⁹ Cfr. *contra* F. DELLA ROCCA, *op. ult. cit.*, pp. 177-178.

⁴⁰ A. PEKELIS, *Azione (Teoria moderna)*, «Nuov. Dig. It.», 2 (1937), p. 91 ss.

⁴¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 4 e 7.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Cfr. G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, p. 6.

di teorie, che se da un lato mettevano in luce sempre più la mutevolezza dell'azione, dall'altro concorrevano al diffondersi fra i giuristi di un'incertezza di fondo, che interessò tutti gli aspetti della disciplina, dall'individuazione del momento genetico a quello della funzione, della direzione, del contenuto, della natura dell'azione, fino al punto che ogni nuovo concetto finì per mettere in discussione tutti gli altri, seguendo un inarrestabile processo a catena.

In primo luogo, si discusse circa l'individuazione del momento genetico dell'azione. Sulla questione si distingueva la posizione di coloro che intendevano il diritto d'agire intrinseco al diritto soggettivo, quale naturale manifestazione generale del diritto di personalità e libertà spettante ad ogni uomo (Kohler); da chi sosteneva che la pretesa (*Anspruch*) nascesse solo al momento della lesione del diritto soggettivo (Windscheid) ovvero soltanto dal fatto dell'avvenuta proposizione della domanda (Bülow).⁴⁴ È intuibile come ciascuna di queste concezioni, con tutte le sfaccettature che ne facevano da corollario, incisero significativamente sulla visione dei più diversi aspetti del diritto d'azione.

Ancora più complesso si presentò il dibattito circa l'individuazione del contenuto dell'azione, rispetto al quale, muovendo dalla tesi tradizionale di una sostanziale coincidenza tra azione e diritto sottostante, ci si spinse fino a ridurre la questione del contenuto ad un problema di carattere puramente processuale.⁴⁵

Non mancò neppure chi, riportando il dibattito sul piano positivisticò, tentò di risolvere il problema dell'azione nel "problema della domanda" ritenendo che qualunque teoria si accogliesse sull'azione e sui rapporti fra diritto sostanziale e processo non era dato porre da parte l'indagine di carattere pratico sul se l'attuazione del diritto obiettivo ovvero lo scopo della giurisdizione potesse essere perseguito d'ufficio o su istanza di parte;⁴⁶ o, all'opposto, chi vide nell'azione un concetto extra-processuale, concependola come atto di volontà con cui si sollecitava l'attività dell'organo giudiziario (Guasp).⁴⁷

Sulla natura dell'azione si può dire che tutta la gamma delle possibili affermazioni è stata percorsa: dall'idea giusnaturalista dell'azione come diritto soggettivo, si parlò ora di diritto *privato*, perché attinente all'uomo in quanto tale e non in quanto *civis* (Hasse); ora di diritto potestativo per eccellen-

⁴⁴ Sulle tesi di KOHLER, WINDSCHEID e BÜLOW vedi le rielaborazioni di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., Cap. III.

⁴⁵ Cfr. a riguardo G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912, § XX e XX; G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 3-101; N. COVIELLO, *op. cit.*, p. 479-487.

⁴⁶ Cfr. V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, Napoli, 1954, p. 110 ss.

⁴⁷ Sulla tesi qui citata di GUASP e le sue confutazioni cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., Cap. III.

za;⁴⁸ e, talora, di capacità concessa dal diritto pubblico di azionare norme di quel diritto a tutela dell'interesse individuale.⁴⁹

Le polemiche non si placarono neppure quando lo sviluppo della scienza processuale raggiunse un punto di congiunzione nel riconoscere all'azione una propria autonomia rispetto al diritto sostanziale, allorché le dispute si sono spostate verso il problema della definizione del carattere concreto o astratto da riferire all'azione.⁵⁰

La complessità del panorama dottrinale prospettato lascia emergere non solo la centralità del tema, ma anche tutta la responsabilità avvertita dalla dottrina, sia civile sia canonica, nel tentativo di elaborare uno strumento giuridico che, per la sua versatilità, è alla continua ricerca della collocazione sistematica sua propria per meglio esplicitare quella funzione introduttiva alla giustizia, che è condizione necessaria di ogni ordinamento giuridico.

Del resto questa consapevolezza emergerà in maniera incisiva, in ambito canonistico, nel periodo di transizione tra i due Codici, quando – nell'attuazione dei Principi direttivi formulati dal Sinodo del 1967 per la revisione del *Codex* del 1917 – si porrà all'attenzione della scienza giuridica canonica l'esigenza di prevedere, accanto alla teorizzazione dei diritti soggettivi, la predisposizione di strumenti giuridici adeguati a rendere efficace il sistema di tutela dei diritti previsto dal legislatore;⁵¹ ciò nella convinzione che “non si dà diritto sostanziale (amministrativo o di qualsivoglia altra natura), che non sia accompagnato da concreti strumenti processualistici, atti a farlo valere”.⁵²

In questa prospettiva, la *possibilità* di accesso al processo giudiziario per mezzo dell'*actio* – nel significato di diritto ad un provvedimento emesso da un organo materialmente e formalmente indipendente dal contraddittorio – apparirà come elemento costitutivo del diritto soggettivo,⁵³ il cui

⁴⁸ Cfr. G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 47-70.

⁴⁹ Cfr. la teoria di G. JELLINEK, *op. cit.*, p. 364-380 e p. 392.

⁵⁰ Per un approfondimento cfr. G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 3-101; P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 7-20.

⁵¹ In questa prospettiva va letta la proposta dei Padri sinodali di modificare il sistema giudiziario canonico reintroducendo l'*actio* contenzioso-amministrativa affermatasi nel corso dei secoli nell'ordinamento canonico come *appellatio extraiudicialis* e prevista dai primi progetti del CIC 1917. Cfr. LLOBELL J., *Il sistema giudiziario canonico di tutela dei diritti. Riflessioni sull'attuazione dei principi 6° e 7° approvati dal Sinodo del 1967*, in J. CANOSA (a cura di), *La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II. Studi sui «Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant»*, Milano, 2000, p. 501-546.

⁵² G. LO CASTRO, *Presentazione* a E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano, 1994, p. VIII.

⁵³ In tal senso è significativa l'affermazione fatta da A. del Portillo nella fase redazionale dei *Principia*: «*tutela efectiva iurium subiectivorum necessario postulat (...) via[m] iudicial[em], quae numquam negari debet; in dubio, praesumenda est immediata actio iudicialis*». Cfr. «*Communicationes*», 1 (1969), p. 100 ss.

concetto, in ambito canonico, per le specifiche connotazione di cui riveste, supera l'impostazione positivista tipica di molti ordinamenti statuali.⁵⁴

5. LA CRISI DELLA VISIONE UNITARIA DEL DIRITTO
NELLA SCIENZA GIURIDICA SECOLARE E SUOI RIFLESSI
SULLA CONCEZIONE DELL'ACTIO

Poiché nel sistema giusnaturalista gli elementi del diritto vennero in considerazione come predicati del soggetto, il sistema dei diritti soggettivi fu concepito dalla dottrina essenzialmente come sistema di diritto privato: tale concezione portò a sganciare il diritto *privato* – inteso civilisticamente come sistema dei diritti soggettivi – dal diritto *pubblico* – concepito come l'insieme delle norme di organizzazione dell'ordinamento politico –.

La crisi della visione unitaria del *ius*, che fin allora aveva inglobato entrambe le branche del diritto (che cominciano a far capo a fondazioni diverse, l'una basata sugli attributi originari della persona, l'altra sulle prerogative dello Stato), portò la dottrina a chiedersi se la qualifica di *ius*, attribuita all'*actio* dalla celebre definizione di Celso, sulla quale era stata imperniata la successiva disciplina dell'azione, potesse ritenersi adeguata e sufficiente a caratterizzarla. Si discusse, perfino, se non fosse più corretto parlare di *legitima facultas* o di *potestas iure tributa* o addirittura di mero *factum*.

Sul punto la scienza giuridica si divise. La dottrina tedesca rimase per lo più legata ad una visione privatistica del sistema dei diritti soggettivi che si rifletteva sulla concezione dominante dell'azione come diritto soggettivo; atteggiamento questo ricondotto dagli interpreti – secondo una ricostruzione in chiave storico-politica – all'ambiente intellettuale proprio della classe dei giuristi tedeschi, ai quali “lo Stato aveva tolto la rappresentanza del popolo nella sua funzione creativa del diritto”.⁵⁵ In questo contesto l'integrità e l'autonomia dogmatica del diritto privato si pose per i privatisti come conquista imprescindibile in termini giuridici, politici e sociali, tanto da spingere esponenti insigni a intravedere nel “diritto privato il fondamento del diritto pubblico e, quindi, dello Stato”,⁵⁶ convinzione questa che acquistò contorni tanto radicali da portare alla progressiva esclusione della materia processuale dalle trattazioni privatistiche.

Il primo tentativo di saldatura dei privatisti, ad opera del Savigny, si fondava su un concetto di *pubblico*, inteso come “diritto avente ad oggetto lo Stato

⁵⁴ Cfr. in tal senso J. I. ARRIETA, *I diritti dei soggetti nell'ordinamento canonico*, «Fidelium Iura», 1 (1991), p. 20-23; ID., *Diritto soggettivo. 2) Diritto canonico*, «Enc. Giur.», 11, Roma, 1989, p. 1-8.

⁵⁵ A. PEKELIS, *op. cit.*, p. 38-39.

⁵⁶ Cfr. R. SOHM, *Institutionen. Geschichte und System des Römischen Privatrechts*, Berlin, 1949, cit. in PEKELIS A., *op. cit.*, p. 39.

ossia la manifestazione organica del popolo”, e di *privato*, concepito come “l’insieme dei rapporti giuridici in cui ciascun individuo esplica la sua vita”.⁵⁷ In questo delicato equilibrio l’azione non veniva in rilievo come una classe speciale di diritti, ma come *modificazione* dei diritti stessi, che interveniva quando, in seguito a una lesione, essi entravano in uno *stato di difesa*, presentandosi sotto un diverso aspetto: il diritto nello “stato di difesa” rappresentava un *momento*, nel processo della vita dei diritti, e non un diritto in sé.⁵⁸ Dalla violazione di un diritto sarebbe nato, dunque, tra offeso e offensore un rapporto avente per contenuto la facoltà di chiedere la riparazione della lesione, rapporto (qualificato *diritto d’agire*) che Savigny collocò nel sistema di diritto privato e che distinse dall’azione – in senso formale –, intesa come effettiva attività dell’offeso a far valere il suo diritto d’agire e, in quanto tale, attinente al diritto pubblico.

Questa costruzione non prese subito piede nella scienza giuridica tedesca, sebbene fosse avallata dalla più lungimirante corrente filosofica che aveva insistito sulla circostanza che solo la *possibilità* di dare la prova di un diritto soggettivo poteva determinarne il passaggio dallo stato di esistenza in sé a quello della sua posizione nella realtà.⁵⁹

Nel panorama giuridico italiano, pur venendo per lo più accolta l’idea dell’autonomia dell’azione rispetto al diritto avanzato, diffusasi tra la scienza giuridica tedesca, alcuni giuristi attribuirono all’azione carattere privatistico, intendendola rivolta, non contro lo Stato, ma *di fronte* all’avversario, sul quale si riteneva non gravasse alcun obbligo processuale rispetto alla proposizione dell’azione stessa, la quale “si esaurisce con il proprio esercizio che è tutto nella volontà del titolare dell’azione perché può contare sull’attuazione della legge”.⁶⁰ Questa originale concezione, elaborata da Chiovenda, portò a riconoscere nell’azione non più un diritto alla pretesa, ma il diritto *potestativo* per eccellenza, intendendo per diritto potestativo “quello che si esaurisce in una facoltà o meglio in una potestà”, e in quanto tale è “il diritto mezzo per eccellenza”⁶¹ capace di coordinarsi a un diritto reale come a un diritto personale, e potenzialmente idoneo a dar luogo, a sua volta, a un nuovo diritto potestativo.⁶²

Il carattere pubblicistico dell’azione fu altrettanto energicamente sostenuto da coloro che – rappresentando l’orientamento prevaletto – considerava-

⁵⁷ F. C. SAVIGNY, *op. cit.*, p. 1886 ss.; cfr. anche S. SATTA, *Ultime tendenze della teoria dell’azione*, «Riv. Intern. Fil. Dir.», 1940, p. 78.

⁵⁸ F. C. SAVIGNY, *op. cit.*, p. 1890 ss.

⁵⁹ Cfr. la tesi di G. W. F. HEGEL *Filosofia del diritto*, trad. di A. TURCHIARULO, Napoli, 1848, p. 73-78 e p. 241-242.

⁶⁰ Cfr. G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 15-20.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Sul concetto di *actio* come potere giuridico vedi G. CHIOVENDA, *op. cit.*, pp. 3-101. Cfr. anche P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 7-20; E. BETTI, *Ragione ed azione*, «Riv. Dir. Proc. Civ.», 1932, I, p. 205 ss.

no l'*actio* rivolta contro lo Stato.⁶³ Tra le altre si distinse la tesi di Carnelutti il quale, sul presupposto che l'azione, in quanto diritto soggettivo autonomo, fosse volta a proteggere l'interesse – non già al diritto sostanziale dedotto in giudizio – ma alla giusta composizione della lite, attribuì all'azione carattere di diritto soggettivo *pubblico*, in ragione del fatto che tale interesse sarebbe spettato alla parte non *uti singulus* ma *uti civis*.⁶⁴

Da questi si distaccava il Satta, il quale, precorrendo le tappe che nell'evoluzione della sistematica avrebbe condotto ad una visione unitaria del processo, vide nell'azione un semplice potere di carattere astratto, quale mezzo di tutela volto ad accompagnare e assistere il diritto soggettivo nel suo percorso, diretto unicamente ad invocare ed ottenere tutela giuridica.⁶⁵

6. IL PROBLEMA DELLA TUTELA GIURIDICA ALLA LUCE DELLA DIALETTICA PUBBLICO E PRIVATO NELL'ORDINAMENTO CANONICO

La discrasia venutasi a determinare fra pubblico e privato negli ordinamenti civili ebbe significative ricadute anche nell'ordinamento canonico, dove si pose il problema di definire in che termini si bilanciassero il rapporto tra pubblico e privato, al fine di comprendere quanto spazio l'ordinamento stesso fosse in grado di riservare al diritto soggettivo e all'azione che lo tutelava.

Se appaiono comprensibili gli sviluppi che, nello storico susseguirsi di forme di stato e di governo, hanno portato negli ordinamenti civili all'alternarsi della prevalenza di una dimensione sull'altra, la questione assume risvolti problematici quando si analizzi tale dinamica all'interno dell'ordinamento canonico.⁶⁶

Benché sin dal diritto canonico classico prevalesse l'idea che l'utilità pubblica fosse da anteporre a quella privata,⁶⁷ idea coltivata anche dalla scienza giuridica medievale – che riteneva la privata *utilitas* da preferire a quella pubblica solo in quanto potesse contenere anche l'utilità pubblica –, sulla prevalenza dell'una posizione sull'altra il dibattito è rimasto aperto.

La diversità di soluzioni prospettate derivava soprattutto dalle contrastanti letture date ai termini della relazione, con le intuibili ripercussioni sul sistema di tutela dei diritti.⁶⁸

⁶³ In tal senso F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, p. 30 ss.; per un'efficace sintesi delle diverse posizioni cfr. A. PEKELIS, *op. cit.*, p. 42-45.

⁶⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 34-52.

⁶⁵ In tal senso S. SATTA, *op. ult. cit.*, p. 823.

⁶⁶ Cfr. la tesi di S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, «Enc. dir.», XII (1964), p. 696-697, cit. in G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto. III. L'uomo, il diritto, la giustizia*, Torino, 2012, p. 106.

⁶⁷ Cfr. F. CALASSO, *Ius publicum e ius privatum nel diritto comune classico*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, I, Milano, 1943, pp. 75 e ss., cit. in G. LO CASTRO, *op. ult. cit.*, p. 103.

⁶⁸ Rispetto ai dubbi sollevati della partizione pubblico-privato circa la valenza comunione-

Ciò era immediatamente evidente esaminando la posizione di quella parte della dottrina che, vedendo nella *salus animarum* la finalità assorbente di tutto l'ordinamento canonico, in cui bene comune e bene del singolo coincidevano, aveva sostenuto che esso era tutto pubblico, fino a dire che la giuridicità ecclesiale sarebbe scaturita necessariamente dal rapporto di ciascuna situazione con tale finalità.⁶⁹

Applicando il principio al sistema di tutela dei diritti, quest'orientamento vide l'*actio* non quale forma di tutela del pregiudizio sofferto dal soggetto, bensì come il mezzo che più era sembrato idoneo al legislatore a soddisfare l'interesse dalla repressione del peccato, benché lo strumento più adeguato a tal fine, si è detto, fosse già presente nell'ordinamento e dovesse essere ricercato piuttosto nella *denunciatio evangelica*. Sulla base di questo ragionamento, ritenendo pure il foro interno attinente alla sfera dell'utilità pubblica, se e in quanto fosse volto ad evitare le condizioni oggettive di peccato in adempimento alla finalità ultima della Chiesa, questa teoria giunse alla conclusione che ogni norma dell'ordinamento canonico – e dunque l'ordinamento stesso – non poteva che avere natura pubblica. Ciò con la conseguenza, non sottovalutabile, che, date le premesse, in un sistema così strutturato “il diritto soggettivo e la sua tutela venivano ad esser quasi lettera morta”.⁷⁰

Il limite di questa impostazione fu intravisto da parte di un ampio settore dottrinale nella pubblicizzazione di tutti i beni giuridici ecclesiali, che non solo negava assiologicamente l'esistenza dell'autonomia privata e di veri diritti *erga omnes*, ma rendeva altresì improponibile qualsiasi rapporto giuridico diretto tra i fedeli, in quanto tali, senza la mediazione dei sacri pastori quali rappresentanti del bene pubblico. Inoltre, la *salus animarum*, pur costituendo il fine ultimo della Chiesa terrena, era opera della misericordia divina e, per ciò stesso, “esulava dal concetto di bene dovuto e trascendeva i parametri della giustizia giuridica ecclesiale, anche se era ad essa indirizzata”.⁷¹

Infatti, finché si continuò ad assumere come criterio della distinzione tra pubblico e privato l'*utilitas*, la posizione dell'individuo, *uti singuli*, non pote-

ale del processo canonico cfr. J. LLOBELL, *Pubblico e privato: elementi di comunione nel processo canonico*, in *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, in *Atti del 28° Congr. Naz. dell'Ass. Can. It. (Cagliari, 9-12 settembre 1996)*, SCV, 1997, p. 22-38.

⁶⁹ P. FEDELE, *Il problema del diritto soggettivo e dell'azione in relazione al problema della distinzione tra pubblico e privato nell'ordinamento canonico*, in *Acta Congr. Intern. Iur. Can.*, Roma, 1950, p. 116-126.

⁷⁰ Così P. FEDELE, *op. cit.*, p. 123-126.

⁷¹ Inoltre, si obiettò che la tesi della natura pubblica del foro interno non prendeva in considerazione il fatto che la *salus animarum*, pur costituendo il fine ultimo della Chiesa terrena, era opera della misericordia divina e, per ciò stesso, “esulava dal concetto di bene dovuto e trascendeva i parametri della giustizia giuridica ecclesiale, anche se era ad essa indirizzata”. Cfr. in tal senso J. LLOBELL, *op. ult. cit.*, p. 15.

va che apparire quella di soggezione ad un fine – la repressione del peccato e la salvezza dell'anima – di natura esclusivamente pubblicistica, rispetto al quale la tutela giuridica poteva realizzarsi soltanto con riferimento all'uomo pensato *uti universi*.⁷²

Il nuovo orientamento, maturato dagli apporti del Vaticano II, mise in luce come questa impostazione, fondata sull'esclusiva dimensione pubblicistica del diritto e sull'irrelevanza dell'individuo – che ha ragione di venire in considerazione solo pensato come facente parte di un tutto –, se poteva essere efficace sul piano normativo trovava il proprio limite sul piano della quotidianità dell'esperienza giuridica, dove ad essere protagonista era l'uomo e il suo essere persona.

La via d'uscita dal circuito in cui “il pubblico è il tutto sostanziale e il privato l'inconsistente sostanziale ovvero quello che il pubblico gli consente di essere”,⁷³ venne rintracciata nel tentativo di concepire la dimensione privata come autonoma, nel significato di non pubblica ovvero di “non riducibile ad essa, ma con essa coordinabile sulla base di un principio che trascende entrambe”.⁷⁴

Al contrario, il punto di arrivo nella dialettica pubblico-privato doveva portare a maturare l'idea di una “composizione sinergica della realtà umana”,⁷⁵ dove i due termini del rapporto non si contrapponevano, in senso inversamente proporzionale, ma si coordinavano in maniera direttamente proporzionale nella misura in cui “il privato tanto più si affermava quanto più entrava in relazione con la dimensione che lo trascende, quanto più si pubblicizza; e il pubblico tanto più cresceva nel suo significato, quanto più esso era reso funzionale all'uomo”.⁷⁶ Ciò diveniva possibile solo quando per un verso, si cominciava a prendere coscienza dell'originarietà della persona umana con il patrimonio giuridico che le era proprio, dall'altro si penetrava nell'idea del “trascendimento della persona individuale nella realtà ultraindividuale, che è la società, al di fuori della quale non si dà persona, né diritto, né giustizia”.⁷⁷

Questo ragionamento, se risultava applicabile agli ordinamenti civili, tanto più era a ritenersi valido nel diritto canonico dove l'originarietà della persona umana si affermava e rilevava ancor prima, e al di fuori, della propria appartenenza confessionale, benché al suo interno veniva ad arricchirsi di caratteri peculiari, comportanti diritti e doveri propri per i cristiani, con l'incorporazione al Popolo di Dio attraverso il battesimo (can. 96).⁷⁸

⁷² Cfr. P. FEDELE, *op. cit.*, p. 126; ID., *Introduzione al diritto canonico*, Roma, 1979, p. 20-23.

⁷³ G. LO CASTRO, *op. cit.*, p. 126.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Così G. LO CASTRO, *op. ult. cit.*, p. 107.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 114.

⁷⁷ LO CASTRO G., *op. ult. cit.*, p. 107; e J. LLOBELL, *op. ult. cit.*, p. 14-22.

⁷⁸ Per l'approfondimento di questi temi cfr. LO CASTRO G., *Il soggetto e i suoi diritti nel-*

In adempimento a questo fine, che è quello della promozione e della tutela della persona, va letto il superamento dell'antitesi fra pubblico e privato in una superiore *sintesi*,⁷⁹ in cui i due elementi confluiscono a rappresentare aspetti del medesimo disegno divino.

In questa visione – è stato affermato – poco importerà sapere se e quali partizioni siano da ascrivere all'ambito del pubblico o del privato, ma come in questa sintesi si articola l'idea di uomo. Dalla risposta a questa domanda, che, lungi dall'essere univoca, potrà essere diversa da ordinamento a ordinamento, dipenderà il peso dato alla tutela della persona e ai mezzi predisposti per attuarla.

7. TRASFORMAZIONE DEL CONCETTO DI AZIONE

VERSO UNA MODERNA VISIONE DEL PROCESSO. NOTE CONCLUSIVE

Il divario tra azione e diritto soggettivo, tra pubblico e privato, accentuato anche da una notevole difformità di visioni sulla valenza di quei concetti, poneva l'esigenza anche in ambito civilistico di creare un ponte di congiunzione tra i due sistemi, soggettivo e oggettivo, perché tornassero intercomunicanti.

Il passaggio, o meglio il ritorno, da un sistema di tipo soggettivo a quello di tipo oggettivo, se aveva nuovamente favorito la frantumazione del problema in altrettante sfaccettature, aveva contestualmente dato la spinta verso una visione unitaria del diritto che andava progressivamente acquisendo una forma sempre più definita, inserendosi nelle elaborazioni della scienza giuridica come dato concettuale che portava a considerare il processo, non più come elemento a sé stante, ma come aspetto particolare della funzione giurisdizionale, che si affermava in sé unica ed omogenea, quale che fosse l'oggetto in cui si esercitava.

In questa progressiva tendenza all'unificazione anche il problema dell'azione veniva significativamente trasformandosi.

L'interesse della scienza giuridica si spostò dal piano formalistico al piano sostanziale, tradottosi nel superamento delle vecchie classificazioni che, se continuavano ad interessare le possibili manifestazioni dell'esercizio, non riguardavano più l'azione in sé, a cui veniva riconosciuta fisionomia univoca.

Al di là dei punti di arrivo delle diverse teorie,⁸⁰ talvolta estremizzati, co-

l'ordinamento canonico, Milano, 1985, cap. v.; ID., *Persona fisica nel diritto canonico*, in *Dig.* (IV ed.), vol. XIII civile, Torino, 1996, p. 384-392; ID., *Fedeli del Popolo di Dio*, in *Dig.* (IV ed.), vol. VIII civile, Torino, 1993, p. 233-247; ID., *Il mistero del diritto. II. Persona e diritto nella Chiesa*, Torino, 2011, Parte II, p. 99 ss..

⁷⁹ G. LO CASTRO, *Pubblico e privato*, cit., p. 116-117.

⁸⁰ Quale indice della complessità dell'elaborazione di una sistematica sintetica si riporta, una per tutte, l'elaborazione del Satta, il quale, muovendo dall'assunto per cui l'azione proces-

mune denominatore divenne il valore *ontologico*⁸¹ attribuito all'azione, che veniva considerata e trattata come se avesse una concreta corrispondenza, quale entità fisica, nella realtà.

Questa posizione, lontano dal voler rappresentare *la* soluzione, rendeva ancora più evidente come l'azione si ponesse quale dato della realtà, storicamente determinato e determinabile, in quelle esperienze giuridiche che lo avevano espresso e reso operante nel mutevole atteggiarsi delle più varie concezioni e formulazioni. In questa visione, "la maglia rotta nella rete", per usare un'espressione montaliana, era la presa di coscienza che il problema dell'azione comportasse un numero indefinito di soluzioni, tutte valide se e in quanto si fosse disposti di volta in volta ad accogliere lo schema ordinante di una determinata realtà politica e normativa, e perciò anche idonee ad essere private di significato non appena si riteneva di non poter accettare una sola delle premesse che ne erano alla base. *Species ad genus*, questa conclusione può estendersi, come è stato del resto rilevato dalla più recente dottrina, ai sistemi processuali nel loro complesso, i quali, seppure considerati nella loro singolarità come prototipi di strutture tipizzate di un determinato modello giudiziario, sono soggetti tuttavia nella prassi a variabili che li allontanano dal paradigma ideale.⁸²

Pure in ambito canonistico il passaggio da una concezione formalistica del processo – che aveva portato sino all'esaltazione delle categorie processuali considerate bastevoli a se stesse, nella persuasione che il diritto si affermi *nel* processo piuttosto che *mediante* il processo – ad una concezione sostanziale del giudizio e del processo che ad esso conduce – nel sotteso significato di tensione alla realizzazione del connaturale bisogno dell'uomo a che la Giustizia si realizzi nella quotidianità dell'esperienza giuridica⁸³ – comporterà una significativa trasformazione del concetto di azione.

Si tratta di un'evoluzione di significato che troverà la propria *ratio* in mutamento di concezione che, coinvolgendo l'intero impianto normativo del

suale costituirebbe la forma necessaria di esercizio della domanda, quale mero fatto alla cui base starebbe il diritto soggettivo, ribaltò poi la posizione iniziale, individuando nell'azione non un diritto ma il diritto stesso (che non ha altro contenuto se non l'azione stessa), per approdare ad una concezione in cui l'azione non poteva essere intesa se non in una integrale visione dell'ordinamento giuridico, della quale costituiva un momento centrale, al punto da ritenere che solo in ragione dell'azione poteva parlarsi di giuridicità dell'ordinamento. In tal senso cfr. S. SATTA, *op. ult. cit.*, p. 800 ss.

⁸¹ Rispetto al significato dell'azione come "oggetto sostanziale", cfr. R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 80-83.

⁸² In tal senso E. MARTINELLI, *L'azione penale nell'ordinamento canonico. Uno studio di diritto comparato*, Torino, 2011, cap. v, p. 149 ss..

⁸³ Per un approfondimento cfr. G. LO CASTRO, *Il mistero del processo e del giudizio*, «Il Dir. Eccl.», 2001, pp. 123-144. Cfr. anche per una riflessione più ampia G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto*. I. *Del diritto e della sua conoscenza*, Torino, 1997, in part. Parte I.

1983, porterà, nella riscoperta attenzione rivolta alla *persona* quale soggetto nella Chiesa,⁸⁴ ad interpretare la già consolidata formula – “*quodlibet ius actione munitur*” (can. 1491) – nel significato di garanzia di giustizia per *chiunque* (can. 1476), in ragione della tutela che l’ordinamento riconosce non solo al *christifidelis* (can. 221), in forza della sua connotazione sacramentale, ma *in primis* alla persona per il fatto stesso di *essere*.

In soluzione di continuità con gli sviluppi e gli apporti della scienza giuridica canonica come civile, oltre che nel superamento dei limiti di quelle teorie che pure hanno rappresentato un *momento* ineludibile e fondativo del moderno diritto, il legislatore del nuovo Codice è giunto a tutelare attraverso l’esercizio dell’azione non solo il diritto previo, che è oggetto della pretesa (la quale potrebbe anche essere disattesa dalle risultanze processuali), ma anche la *possibilità*, intesa nei termini di potenzialità, di chiedere al giudice l’accertamento di una determinata situazione di incertezza giuridica, indipendentemente dall’esito e dalla prevedibilità del giudizio stesso.

In questo significato di *funzione del diritto*, nell’evoluzione che coinvolge il processo, l’*actio* canonica è giunta ad acquisire sempre più il valore di una *variabile*, vaso contenitore mutevole e capace di sempre nuove e multiformi esigenze di giustizia, nel preminente perseguimento e in consonanza con lo spirito comunionale della Chiesa.

⁸⁴ Cfr. G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto. II. Persona e diritto nella Chiesa*, Torino, 2011, in part. Parte II, p. 99 ss.