

Raimondo Santoro

## «Omnia iudicia absolutoria esse»

Ciò che mi spinge ad intervenire<sup>1</sup> non è l'intento di addentrarmi nel merito delle singole relazioni finora ascoltate, ma di cogliere un motivo comune che può emergere dagli argomenti esaminati da molte di esse e che corrisponde, dandovi forza, ad una idea fondamentale, cui si ispirano alcune ricerche da me svolte in passato<sup>2</sup> o che vado conducendo attualmente<sup>3</sup>, tendenti ad evidenziare la causa fondamentale dello svolgimento dell'esperienza giuridica romana.

Tale causa è data dalla progressiva emersione, a fronte dell'originaria concezione, riflessa nelle opere della giurisprudenza<sup>4</sup>, per cui il diritto si risolve tutto nell'azione, da un lato, dei momenti sostanziali, costituiti dal diritto obiettivo e dalle situazioni giuridiche subiettive, dall'altro, del processo.

Questo fenomeno, lungi dall'essere limitato all'età arcaica, impegna l'età repubblicana, né si può dire pienamente compiuto nella stessa età classica.

E' significativa dell'imperfetto sviluppo compiutosi nell'età classica, per ciò che attiene al diritto obiettivo, la tarda conversione in fonti del diritto di alcune di quelle che, in età repubblicana, erano state considerate nel più ampio novero delle parti del diritto<sup>5</sup>, nel quadro della nuova concezione normativa che va maturandosi nel principato, ma di cui solo nel dominato si registra l'esito coerente della unificazione delle fonti nella *lex*, che indica, ora, la costituzione generale<sup>6</sup>. In corrispondenza, nella stessa età classica, le situazioni giuridiche subiettive solo occasionalmente appaiono indicate da impieghi di '*ius*' in senso subiettivo<sup>7</sup>, mentre nel complesso sono raccolte nella cate-

---

1) Il testo che segue costituisce una parte dell'intervento, non programmato, sulle relazioni tenute il 14 dicembre 2001 da Carlo Augusto Cannata, Cristina Giachi, Javier Paricio, Salvo Randazzo. Il titolo si deve al fatto che qui mi limito a riferire le osservazioni suggeritemi dal tema della relazione di Carlo Augusto Cannata, che riguarda il principio '*omnia iudicia absolutoria esse*', sulla quale mi sono più largamente soffermato e che, perciò, mi è stato più facile ricostruire affidandomi alla memoria di quanto detto. Una riedizione sul testo delle altre relazioni, ora che è per tutte disponibile, mi permetterà – spero – di richiamare alla memoria le osservazioni, peraltro assai più limitate, fatte sui temi da esse trattati e di renderne conto. Quel che, intanto, mi pare di potere ribadire a loro riguardo è l'osservazione generale che anche esse possono confermare il fenomeno, di cui parlo nel testo, del graduale sviluppo, dalla matrice dell'azione, del diritto e del processo.

Al testo dell'intervento sulla relazione di Carlo Augusto Cannata ho aggiunto, nelle note che seguono, minimi riferimenti alle fonti e alla letteratura. Una estesa trattazione del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*' sarà contenuta in un lavoro che ho in animo di dare tra non molto alla stampa.

2) Si vedano *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in «AUPA.», XXX, 1967, p. 103 ss., *XII Tab. 12. 3*, ivi, p. 3 ss., *Actio in diritto antico*, in «Poteri Negotia Actiones. Atti Copanello», Napoli-Roma, 1982, p. 201 ss., e *Sul ius Papirianum*, in «Mélanges A. Magdelain», Paris, 1998, p. 399 ss.

3) Si veda *Appio Claudio e la concezione strumentalistica del 'ius'*, in «AUPA.», XLVII, 2002 («Studi B. Albanese», I), p. 293 ss.

4) Si vedano i *libri actionum*, che costituiscono il genere della giurisprudenza prevalente in età repubblicana, tanto più quanto più indietro si risale nel tempo. Sul tema cfr. ultimamente *Appio Claudio*, cit., p. 355 ss.

5) Si veda *Rhet. ad Her. 2.13.19*, Cic., *inv. 2.22.65-68*, *part. or. 37.129-130*, *top. 5.28* e *7.31*, a fronte di *D. 1.1.7 (Pap. 2. def)*. Sul tema si veda specialmente G. ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris*, in «AUPA.», XXXIX, 1987, p. 45 ss.

6) Sul punto basta rinviare a P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*<sup>4</sup>, Roma, 1968, p. 553 ss.

7) Ciò diciamo con speciale riferimento al *dominium*, laddove tali impieghi appaiono più precocemente in relazione ai diritti reali limitati, a partire dall'usufrutto, riguardo al quale l'impiego di '*ius*' ha fin dalle sue origini (II sec. a.C.?) valore subiettivo. Ma tale osservazione vale solo parzialmente per le servitù, data la persistenza della concezione

goria, peraltro incompleta, delle *res incorporales*<sup>8</sup>.

Non può sorprendere, perciò, che il progressivo autonomizzarsi dell'idea del processo, che trova espressione nell'età repubblicana, a fronte della portata generalissima della *legis actio*, nei *iudicia* formulari<sup>9</sup> e, più compiutamente, nell'età classica, nelle *cognitiones extra ordinem*, si rifletta, solo in quest'ultima età, in una definizione dell'*actio* (Cels. 3 *dig.*, D. 44.7.51) come strumento processuale, che al contempo rinvia, nella mancanza di una nozione di diritto subiettivo, ad un momento sostanziale<sup>10</sup>.

Di questa definizione quel che finora non è assurdo alla consapevolezza degli storici del diritto è, nella prospettiva diacronica, il fatto che essa segna il conseguimento di tale nozione processuale e, insieme, come detto, sostanziale.

Lo rivela la forma della definizione, che è espressa in maniera da escludere (*'nihil aliud est actio'*) gli altri valori di '*actio*' che, pure, sono presenti nell'uso contemporaneo<sup>11</sup>, elevando a significato fondamentale quello per cui l'*actio* è il potere di perseguire mediante la formula-*iudicium* il contenuto del rapporto sostanziale tutelato e, dato che la definizione si riferisce specialmente all'*actio in personam*<sup>12</sup>, il debito attraverso la prestazione.

Non può apparire casuale, pertanto, il fatto che solo in età classica<sup>13</sup> si sia pervenuti ad una definizione dell'*obligatio* (*Iust. inst.* 3.13.pr.) come vincolo giuridico caratterizzato dalla necessità dell'adempimento della prestazione<sup>14</sup>, laddove gli impieghi precedenti, ma che non risalgono più indietro della fine dell'età repubblicana o degli inizi dell'età classica, attestano un valore di '*obligatio*' come atto costituente un vincolo<sup>15</sup>, piuttosto che come rapporto obbligatorio.

Ora, è appunto in relazione alle definizioni classiche dell'*actio* e dell'*obligatio* che va valutata la portata del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*'<sup>16</sup>. Nel consentire che il convenuto possa ottenere

---

delle stesse come *iura praediorum*. Sull'intero sviluppo nel campo dei diritti reali si veda *Potere ed azione*, cit., p. 427 ss. Sul più tardo impiego di '*ius*' in materia di diritti di credito cfr. *infra*, nt. 14.

<sup>8</sup>) Si veda Gai., *inst.* 2.14.

<sup>9</sup>) Per il riferimento del *iudicium*, fondamentalmente, al processo formulare, si veda M. WLASSAK, *Römische Proceßgesetze*, I, Leipzig, 1888, p. 72 ss.

<sup>10</sup>) D. 44.7.51 (Cels. 3 *dig.*): '*Nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi*'. L'*actio* implica una ragione fondata.

<sup>11</sup>) Il termine è usato, a parte gli impieghi extraprocessuali, anche nel senso di «atto», «modello dell'atto», «mezzo di tutela», «procedimento»: si veda G. PUGLIESE, '*Azione*', in «NNDI.», II, Torino, 1957, p. 24.

<sup>12</sup>) In ragione del riferimento al *debitum*. Ma la definizione è suscettibile di estensione ad ogni altra ragione e, specialmente, alle pretese reali.

<sup>13</sup>) E' disputato se la definizione si debba a Fiorentino, a Gaio o a Papiniano.

<sup>14</sup>) Il rapporto è considerato fondamentalmente dal punto di vista del debitore. Tuttavia, in certi impieghi (*'obligationem adquirere'*, '*habere*'; '*obligationem transire*', '*consumi*', '*novari*' etc.), '*obligatio*' allude al rapporto di credito. Sono, invece, sporadici e tardi gli impieghi classici di '*ius*' in senso subiettivo per indicare il diritto di credito. Così '*ius crediti*' appare probabilmente solo nel *decretum divi Marci* riferito da D. 4.2.13 (Call. 5 *de cogn.*) = D. 48.7.7 (Call. 5 *de cogn.*); D. 4.2.12.2 (Ulp. 11 *ad ed.*) cita il pensiero di Giuliano, ma è forse interpolato; '*ius obligationis*' assume valore subiettivo solo in D. 20.6.5.2 (Marc. *l.s. ad form. hyp.*); Gai., *inst.* 2.14 (= D. 1.8.1.1; *Iust. Inst.* 2.2.2) usa '*ius obligationis*' per indicare probabilmente che l'*obligatio*, come *res incorporalis*, è entità giuridica (cfr. il '*vinculum iuris*' di *Iust. inst.* 3.13.pr.); '*ius debiti*' compare solo in D. 34.3.28.7 («*constitutio Claudii*» *apud* Scaev. 16 *dig.*); '*ius nominis*' in D. 20.4.19 (Scaev. 5 *resp.*). Altre poche testimonianze appartengono a costituzioni imperiali del III sec. Si veda, peraltro, con riferimento al soggetto attivo dell'atto, '*ius stipulantis*' in D. 46.2.31.1 (Ven. 3 *stip.*) e in D. 46.3.107 (Pomp. 2 *ench.*) ove però, riferendosi, nell'espressione '*ius stipulantis promittentisque*', anche al *promittens*, indica piuttosto la situazione giuridica: o, riguardo al soggetto attivo del rapporto, '*ius creditoris*', nel significato di garanzia reale o personale, in pochi testi tardi: D. 27.9.7.6 (Ulp. 35 *ad ed.*), C.I. 8.28.1 (Sev. et Ant., 207), C.I. 8.40.28.3 (Iust., 531), e C.I. 8.45.1.1 (Alex., 223).

<sup>15</sup>) Si vedano, per qualche argomento, F. DUMONT, *Obligatio*, in «Mélanges Ph. Meylan», I, Lausanne, 1963, p. 78 s., R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in «AUPA.», XXXVII, 1983, p. 18 ss., e W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, p. 24.

<sup>16</sup>) Gai., *inst.* 4.114: '*Superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is cum quo agitur post acceptum iudicium satisfaciatur actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absolvere eum debere existimant, nec interesse cuius generis sit iudicium; et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. <Diversae scholae auctoribus de stricti iuris iudicis contra placuisse, [Krüger] de bonae fidei iudicis autem idem sentiunt, quia in eiusmodi iudicis liberum est officium iudicis. Tantundem et de in rem actionibus putant, quia <formulae verbis> id ipsum exprimitur ...*'.

l'assoluzione attraverso la *satisfactio*<sup>17</sup> dell'attore pur dopo la *litis contestatio* in ogni categoria di azioni, i Sabiniani mostrano di considerare l'azione, in generale, come lo strumento volto ad ottenere l'attuazione di una situazione subiettiva che si presta ad essere sussunta nella categoria del diritto subiettivo. E' quanto Carlo Augusto Cannata ha ben colto, pur nell'ambito di un discorso riferito, con una certa improprietà<sup>18</sup>, al processo piuttosto che al programma di giudizio.

Ma il principio va considerato soprattutto in prospettiva diacronica. Ciò che più conta mettere in rilievo è che la dottrina sabiniana registra lo stesso sviluppo che ha condotto alle definizioni classiche dell'*actio* e dell'*obligatio*, anzi, più precisamente, ne costituisce la ragione.

La diversa dottrina dei Proculiani, secondo la quale la possibilità di assoluzione del convenuto attraverso la *satisfactio* dell'attore *post litem contestatam* è limitata alle azioni con clausola restitutoria e alle azioni di buona fede, segna una tappa sulla via di questo sviluppo, quella per cui il rapporto sostanziale è potuto emergere, seppur entro l'azione, per la possibilità, anche *post litem contestatam*, della *restitutio* nelle une e dell'adempimento nelle altre, consentiti dalla presenza nella formula rispettivamente della clausola restitutoria e della clausola deducente la *bona fides*.

Ma il punto di partenza è opposto a quello rappresentato dalla dottrina sabiniana e, nei limiti suddetti, dalla dottrina proculiana, essendo dato dal carattere condannatorio di tutti i giudizi.

Nell'ordine di idee che veniamo svolgendo ciò equivale a dire che nessuna azione costituì originariamente strumento di tutela di una situazione sostanziale equivalente a quel che modernamente si rappresenta come diritto subiettivo.

Ciò ci è apparso chiaro, per quel concerne l'*actio in rem*, nella forma più antica della *legis actio sacramento in rem*, nella quale l'azione era espressione di un potere che si risolveva nella stessa<sup>19</sup>. Ciò riteniamo di potere affermare ora anche per quel che concerne l'*actio in personam* e non soltanto con riferimento al tipo di tutela costituito dalla *legis actio per manus iniunctionem*, che a torto viene inquadrata senz'altro nella categoria delle azioni esecutive<sup>20</sup>, ma anche al tipo di tutela costituito dalla *legis actio sacramento in personam*, dalla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e dalla *legis actio per conditionem*, che a torto vengono inquadrare senz'altro nella categoria delle azioni dichiarative.

Che in queste ultime la situazione del convenuto sia indicata dal termine '*oportere*' non vuol dire affatto che si tratti di un rapporto obbligatorio. '*Oportere*' si distingue da '*necesse esse*', come risulta dalle fonti<sup>21</sup>. Non può, quindi, almeno fino alla fine dell'età repubblicana, essere riferito senz'altro

<sup>17</sup> '*Satisfacere*' è, in Gai., *inst.* 4.114, l'adempimento dell'obbligazione nelle *actiones in personam*, la *restitutio* nelle *actiones in rem*. Nella *satisfactio* rientra anche, specialmente, la *cautio* che vale ad assicurarla. La *satisfactio* ha a che fare con il *desiderium* dell'attore, ma esso non si identifica con la pretesa espressa dalla *intentio* della *formula*, che serve a racchiuderlo: si veda Gai., *inst.* 4.41: '*Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum c o n c l u d i t*', e Gai. 5 *ad ed. prov.*, D. 2.8.1: '*Satisfactio eo modo appellata est quo satisfactio. Nam ut satisfacere dicimur ei, cuius desiderium implemus, ita satisfacere dicimur adversario nostro, qui pro eo, quod nobis petit, ita cavet ut eum hoc nomine securum faciamus datis [fideiussoribus]*'.

<sup>18</sup> Si veda C.A. CANNATA, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», in questi stessi atti (p. 2 *estr.*) = *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 149: '*omnia iudicia absolutoria esse*' significa infatti che «tutti i processi sono concepiti in funzione dell'assoluzione del convenuto». E' evidente, invece, che tutto il discorso è condotto, in Gai., *inst.* 4.114, con riferimento ad un significato di '*iudicia*' indicante il modo in cui è concepita la formula e, quindi, con riferimento alla formula-*iudicium*, piuttosto che all'atto del giudizio o al processo. Su questo ed altri punti nei quali il discorso di Cannata richiederebbe, a mio modo di vedere, delle precisazioni, mi riservo di soffermarmi in altra sede. Ma ciò che è più importante, sia pure con il limite di una attenzione volta esclusivamente al diritto classico, è colto da Cannata nel successivo rilievo per cui solo con la restituzione specifica la violazione del diritto è pienamente riparata.

<sup>19</sup> Si veda *Potere ed azione*, cit., p. 136 ss.

<sup>20</sup> Cfr. *Potere ed azione*, cit., p. 333.

<sup>21</sup> Si vedano tra le numerose testimonianze citate in «Th.L.L.», IX.2, c. 738, II. 50 ss., ad esempio, Cic., *Verr.* 2.4.84 ('*tamquam ita fieri non solum oporteret, sed etiam necesse esset*'), e *inv.* 2.86 ('*aut necesse est aut oportet esse*'). '*Necesse est*' ha un valore più forte («Th.L.L.», c. 738, I. 54): si veda., ad esempio, Cic., *Verr.* 2.3.181: '*quasi non modo liceret, sed etiam oporteret, nec solum oporteret, sed plane necesse esset*'. Per A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*<sup>4</sup>, Paris, 1959, p. 463, '*oportere*' ... «*marque à l'origine la convenance, le devoir moral plutôt que la nécessité ... A servi ensuite à exprimer l'idée de devoir, d'obligation*». Significativo è il fatto che è rapportato dai Latini ad '*opportunus*'. Nello stesso senso depone l'etimologia (su cui si veda A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Lateinische etymologisches Wörterbuch*<sup>4</sup>, II, Heidelberg, 1965, p. 214), peraltro incerta, sia che lo si voglia derivato da «*\*ob-vortere*» («*volgersi a, verso*»), che da «*opi - \*vortet*» (futuro di '*verto*'), equivalente a «*deve venire a vantaggio*».

alla necessità della prestazione che risulta dalla definizione classica dell'*obligatio*. Ha, piuttosto, un significato di dovere implicante l'opportunità, la convenienza, quello, perciò, di una situazione subiettiva passiva riconducibile alla nozione di onere (è significativo il fatto che anche la situazione del convenuto nell'*actio in rem*, configurante l'onere di *restitutio*, sia indicata dal termine *oportere*)<sup>22</sup>. Ne risulta che il convenuto nell'*actio in personam* cominciò con l'essere soggetto ad un onere prima di divenire soggetto ad un obbligo, quello della prestazione proprio dell'*obligatio*. Si tratta di un onere perché l'*actio*, in caso di *indefensio*, come in caso di *confessio*, conduce alla aggressione della persona del convenuto, nella forma della *manus iniectio* e allo stesso risultato (*manus iniectio iudicati*, non ancora *actio iudicati* sanzionante una *obligatio iudicati*) conduce a seguito di condanna. Così si spiega come nelle *legis actiones* cosiddette dichiarative l'attore non si limiti ad affermare l'*oportere* a carico del convenuto, ma gli rivolga la domanda se riconosca l'*oportere* o lo neghi ('*id postulo aies an negas*'). E' alla *confessio* immediata dell'avversario che egli, come è facilmente comprensibile, mira, piuttosto che alla non certa e, comunque, più tarda condanna. Trovare che ciò si riflette in una struttura dell'*actio* significa riconoscere che l'*actio* non è ancora, se non eventualmente, uno strumento processuale volto al riconoscimento di una situazione subiettiva del tipo del diritto subiettivo, quale diverrà in seguito, giusta la sua definizione classica, cui si correla, come si è visto, la definizione dell'*obligatio*.

Ciò è provato dalla storia dei vincoli nascenti da delitto. La disciplina decemvirale non indica affatto l'avvenuto riconoscimento della obbligazione *ex delicto*<sup>23</sup>, ma, piuttosto, della responsabilità direttamente connessa al compimento dell'atto illecito (per cui verso la fine dell'età repubblicana si parlava, ad esempio, di *obligari furti*): una responsabilità primaria, non la responsabilità secondaria nascente dall'inadempimento di una obbligazione, sia che essa si possa far valere immediatamente attraverso la *manus iniectio*, sia che possa istaurarsi una procedura diretta al suo accertamento.

Ma ciò può dirsi analogamente pure per i vincoli nascenti da atto lecito, sia che essi siano immediatamente esecutivi (come in caso di *nexum* o riguardo ai *praedes* e ai *vades*), sia che possano comportare l'accertamento, come la *sponsio*, data la portata di questo atto, quale «star garante» in ordine ad una situazione, ad un risultato (*dari; fieri; praestari*) piuttosto che quale promessa di un comportamento (è significativo nello stesso senso che la *sponsio* di garanzia e la *fidepromissio* possano contrarsi anche in relazione ad un atto non valido, come la promessa da parte della *mulier* o da parte del pupillo *sine tutoris auctoritate* o la promessa '*post mortem suam dari*'<sup>24</sup> e che creino un vincolo intransmissibile dal lato passivo agli eredi)<sup>25</sup>.

Si tratta quindi, in ogni caso, non di obbligazioni, costituenti debiti, l'inadempimento dei quali genera responsabilità secondaria, ma di atti che, anche se leciti, generano una responsabilità primaria: e la responsabilità è, appunto, un '*actione teneri*', cui corrisponde dal lato attivo un '*agere posse*'. Significativo, nello stesso senso, è il fatto che la causa dell'azione non è costituita, come è noto, dall'inadempimento e dalla connessa responsabilità secondaria, ma dall'atto costitutivo della responsabilità primaria<sup>26</sup>. Quel che rileva è l'atto costitutivo della responsabilità che si fa valere direttamente con l'azione, non il rapporto obbligatorio<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Si vedano D. 4.2.12.pr. (Ulp. 11. *ad ed.*), 14.1 (Ulp. 11. *ad ed.*), e 21.2 (Paul. 11. *ad ed.*): *actio quod metus causa*; D. 5.3.57 (Ner. 7. *membr.*): *hereditatis petitio*; D. 6.1.17.1 (Ulp. 16. *ad ed.*): *rei vindicatio*; D. 7.6.5.5 (Ulp. 17. *ad ed.*): *vindicatio ususfructus*; D. 8.5.8.4 (Ulp. 17. *ad ed.*): *vindicatio servitutis*; D. 10.4.7.7 (Pomp. ap. Ulp. 24. *ad ed.*): *actio ad exhibendum*; D. 21.1.23.9 (Ulp. 1. *ad ed. aed. cur.*): *actio redhibitoria*, riguardo alla quale l'impiego di '*oportere*' è ancora più significativo, perché concerne la *restitutio* a carico dell'attore.

<sup>23</sup> Si veda la *Relazione di sintesi* in «Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti Copanello», Napoli-Roma, 1990, p. 328 ss.

<sup>24</sup> Gai., *inst.* 3.119.

<sup>25</sup> Gai., *inst.* 3.120, con l'eccezione relativa al *fideiussor* peregrino.

<sup>26</sup> Si veda Gai., *inst.* 4.17 (*legis actio per iudicis postulationem*): '*ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio*'. Ciò è particolarmente evidente nelle azioni formulari con *demonstratio*. Su questa considerazione della causa dell'*actio in personam* si veda particolarmente E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, Heidelberg, 1918, I, p. 80 ss.

<sup>27</sup> Mette in rilievo questa prospettiva, per diritto classico, pur senza spiegarne l'origine, il contributo fondamentale di W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, cit., su cui si ve-

Questa configurazione del vincolo personale è destinata a mutare nell'*agere per concepta verba*, in cui il giudizio non è più incidente dell'*actio*, ma la caratterizza al punto che essa si risolve nel programma di giudizio, la formula-*iudicium*, che dà il nome allo stesso processo formulare. Ciò avviene nei *iudicia bonae fidei* e particolarmente in quelli più recenti, che sanzionano negozi del commercio, la cui introduzione si deve alle trasformazioni dell'economia e della società. Essi fondano pur sempre direttamente una responsabilità, ma, poiché, da un lato, le conseguenze possono essere evitate con l'adempimento, quand'anche esso avvenga *post litem contestatam* (dato che il giudice, dovendo applicare il criterio della *bona fides*, può assolvere), e, poiché, dall'altro, in questi negozi del commercio l'interesse fondamentale dei contraenti è volto alla realizzazione diretta, attraverso l'adempimento, dello scopo negoziale che, quali atti causali, li caratterizza<sup>28</sup>, l'azione, nei più recenti *iudicia bonae fidei*, appunto, tende a trasformarsi da strumento di tutela diretto a far valere la responsabilità in strumento di tutela diretto ad ottenere l'adempimento, e così, attraverso la condanna, tende a sanzionare solo una responsabilità secondaria dipendente da inadempimento imputabile al debitore. Perciò l'*oportere* lentamente tende a trasformarsi, corrispondentemente, da dovere nel senso della convenienza a dovere nel senso della necessità di esecuzione della prestazione (il comportamento che il debitore deve tenere). E' questo il significato che il termine '*praestare*' viene assumendo oltre quello originario, specificante la responsabilità in ordine ad un evento o ad una situazione anche eccedente la sfera di controllo del responsabile.

Così, nei giudizi di buona fede si fa strada l'idea dell'obbligazione. Questa idea, proprio in ragione del riconoscimento del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*', può affermarsi anche riguardo agli atti che danno luogo a giudizi di stretto diritto. Perciò, al di sotto dell'atto e prima dell'azione si viene delineando il rapporto obbligatorio e nasce il nuovo fondamentale significato del termine '*obligatio*'<sup>29</sup>.

Analogo è lo sviluppo che ha condotto al riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive nelle *actiones in rem* formulari, in vista della possibilità di *restitutio* consentita dalla clausola restitutoria, al punto che il termine '*ius*' è stato assunto, come si è visto<sup>30</sup>, per indicarle, e più precocemente che per le situazioni giuridiche soggettive tutelate da *actiones in personam*.

Nella prospettiva diacronica, nella quale l'abbiamo esaminato, il principio '*omnia iudicia absolutoria esse*' segna, quindi, un momento decisivo dello sviluppo tendente a porre in secondo piano, nell'azione, nata come espressione di potere, la sua risalente funzione, costituita dalla *condemnatio pecuniaria*, e a riconoscere come sua funzione principale quella di strumento destinato a realizzare il rapporto sostanziale fatto valere in giudizio.

E' coerente con tale sviluppo, e ne costituisce la conclusione, il fatto che le *cognitiones extra ordinem*, liberando l'azione dai vincoli della *conceptio verborum*, riconoscano la *condemnatio in ipsam rem* e la esecuzione in forma specifica come mezzi volti a realizzare direttamente la situazione sostanziale.

Nella nuova concezione del diritto le situazioni giuridiche subietive, ora pienamente distinte dal processo, hanno il loro fondamento nelle norme e l'azione è ridotta a mero strumento processuale che ne assicura la tutela giudiziaria, in caso di violazione, con la soddisfazione dell'interesse protetto.

---

da la bella rassegna di C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in «SDHI.», LVII, 1991, p. 335 ss., con opportune puntualizzazioni, che evidenziano la concorrente rappresentazione classica del rapporto.

<sup>28</sup>) Nell'*emptio venditio* consensuale, tanto per fare un esempio, l'interesse del compratore è volto alla prestazione della merce ed è perciò adeguatamente tutelato da uno strumento che assicuri direttamente l'adempimento di tale prestazione, piuttosto che da uno strumento che, come l'azione con semplice condanna pecuniaria, permetta di conseguire solo l'equivalente pecuniario.

<sup>29</sup>) Questo significato, per quanto attiene alla funzione del vincolo, come diretto alla prestazione, può essere espresso dallo stesso prefisso '*ob-*' nell'impiego indicante un fine, che assume in età classica a partire da Frontino e Tacito (su questo impiego si veda J. B. HOFMANN, A. SZANTYR, *Lateinische Syntax und Stilistik*, München, 1965, p. 238).

<sup>30</sup>) Si veda *supra*, nt. 7.