

## INTRODUZIONE ALLA PRIMA PARTE

di *Marino Marinelli*

In un passo delle *Betrachtungen eines Unpolitischen*<sup>(1)</sup>, una delle più strenue esplorazioni mai tentate nei recessi dell'anima germanica, Thomas Mann distingue l'opera "venuta su da sé" da quella "fatta": il "cresciuto" alla tedesca, frutto di un irruente e indomabile prorompere e il "formato" alla latina risultante, invece, da una ordinata, paziente raccolta e conservazione.

La contrapposizione mi sembra utile per accostarci a quello che, a mio avviso, è forse il vertice della letteratura processualistica del secolo scorso: *Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens (Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale)* di James Paul Goldschmidt, edito a Berlino nel 1925<sup>(1bis)</sup>. Quello, appunto, in cui il "cresciuto" dà di sé una delle prove più notevoli nel campo giuridico. Un lavoro in cui si compie un'accumulazione quasi gravitazionale di idee, che Goldschmidt – lo avverte egli stesso nella prefazione – sentì venire a sé e fremere sin da quando cominciò a occuparsi di diritto processuale, ma che soltanto con la tempesta del primo conflitto mondiale poté davvero afferrare e costringere in concetti precisi.

La bufera della prima guerra mondiale aveva sconvolto quella che Stefan Zweig<sup>(2)</sup> – per certi versi, "anima gemella" di Goldschmidt<sup>(3)</sup> – chiamava "l'età aurea della

---

<sup>(1)</sup> Mann, *Betrachtungen eines Unpolitischen*, Berlin, 1918 (poi 1956), *Considerazioni di un impolitico*, trad. it. di M. Marianelli, Bari, 1967, 72.

<sup>(1bis)</sup> Di un "lavoro epocale" parla, da ultimo, Böhm, *Prozessidee und Richtermacht*, a cura di Bajons e Somek, Wien, 2019, spec. 143 ss. (che pur, in molti profili, rifugge dalla ricostruzione goldschmidtiana).

<sup>(2)</sup> Zweig, *Die Welt von Gestern. Erinnerungen eines Europäers*, Stockholm, 1944, *Il mondo di ieri. Ricordi di un europeo*, trad. it. di L. Mazzucchetti, Milano, 2010 (1ª ed., 1946), 9 ss.

<sup>(3)</sup> Entrambi (Zweig e Goldschmidt) furono grandi maestri di liberalismo, entrambi furono biecamente perseguitati dal nazionalsocialismo per la loro "*jüdische Abstammung*", entrambi negli ultimi anni di vita furono, perciò, sradicati dalla loro patria, divenuta ormai nemica, errando e poi morendo esuli in Sudamerica (Zweig a Petrópolis in Brasile nel 1942, Goldschmidt a Montevideo in Uruguay nel 1940). Le vicende della vita di Zweig sono (o dovrebbero essere) a tutti note: ad ogni buon conto, cfr. per tutti, in seno ad un'ampia letteratura sull'argomento, *Stefan Zweig – Abschied von Europa*, a

sicurezza”. Con la guerra – si legge nella prefazione del *Prozeß als Rechtslage* – “è stato giocoforza prendere coscienza di un fatto che non si può più sottacere: i nostri diritti, anche quelli inviolabili, altro non sono che aspettative, possibilità e oneri. Del resto, lo stesso esito della guerra sta a dimostrare come qualsiasi diritto risulti vanificato se non si sappiano sfruttare le possibilità che si presentano o non si soddisfino gli oneri a tal fine necessari. Così, impercettibilmente, la mia “critica del pensiero processuale” s’è trasformata in una critica del pensiero politico. Pur con la presenza dello stato o della Società delle Nazioni, della giurisdizione statale o di quella arbitrale, qualsivoglia diritto – e così, anche il diritto *proprio di ciascun soggetto* – non è che un condensato di possibilità e oneri in lotta per quello che, alla fine, s’*imporrà* come diritto: questo vale sia per il singolo sia per il popolo”.

Bisognava, dunque, ridefinire i confini tra tutela giuridica (del singolo o della collettività organizzata) e ordinamento processuale. Di più: occorre integralmente ripensare la stessa “idea di processo”. E nel far questo, erano necessari – per dirla con Oswald Spengler dei cui aforismi (spesso geniali) Goldschmidt, come del resto molti altri in quei tempi, era un attento lettore<sup>(4)</sup> – degli “atti di violenza”<sup>(5)</sup>. Si doveva cioè, preliminarmente, sgretolare o meglio, disintegrare le forme e i concetti che ispiravano la (ormai) vecchia, “statica” e “metafisica” visione del processo.

Tutta la prima parte del lavoro, che ora si pubblica tradotta in italiano<sup>(5bis)</sup>, è

---

cura di Renolder, Wien, 2014, spec. 7 ss., 79 ss., 91 ss.; per quelle della vita (pure accademica) di Goldschmidt, cfr., anche per ulteriori riferimenti, Sellert, *James Paul Goldschmidt (1874-1940). Ein bedeutender Straf- und Zivilprozeßrechtler*, in *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München, 1993, 595 ss.; von Lösch, *Der nackte Geist*, Tübingen, 1999, spec. 105 ss., 157-161, 178-187, 190-198; Alcalá-Zamora y Castillo, *James Goldschmidt (Berlin: 1874-Montevideo: 1940)*, in Id., *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, 691 ss. e il commovente ricordo di Eduardo J. Couture, *La libertad de la cultura y la ley de la tolerancia (conferencia inedita de Couture sobre Goldschmidt)*, in *Tribuna del Abogado*, Junio-Julio, 2000, 4 ss.; più di recente, v. anche Heger, *James Goldschmidt (1874-1940)*, in *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, Berlin, 2010, 477 ss. e López Barja de Quiroga, *James Goldschmidt, un gran jurista judío perseguido por el nazismo*, in *James Goldschmidt, Derecho, derecho penal y proceso*, a cura di López Barja de Quiroga, I, Madrid, 2010, 15 ss.

<sup>(4)</sup> Tanto che, in esergo al proprio lavoro, Goldschmidt pone proprio un passo de *Il tramonto dell'Occidente* di Spengler: “i romani crearono una statica giuridica, il nostro compito è, invece, creare una dinamica giuridica”: sullo “spenglerismo” di Goldschmidt, v. ora Keppeler, *Oswald Spengler und die Jurisprudenz*, Tübingen, 2014, spec. 122, 124 ss., 131-133, 184; da noi, v. – per qualche breve cenno – Chizzini, *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, Torino, 2013, 132.

<sup>(5)</sup> V. Spengler, *Der Untergang des Abendlandes*, München, 1922, *Il tramonto dell'Occidente*, trad. it. di J. Evola, Milano, 2008 (1ª ed. 1957), 460 ss.: per Spengler gli “atti di violenza” contrassegnano, nel campo del pensiero e dell'arte, l'opera degli ingegni rivoluzionari o “uomini-forza”, ove forme e stili, regole e concetti della tradizione non vengono semplicemente trasformati o rinnovati, ma contraddetti e sovvertiti.

<sup>(5bis)</sup> Il lavoro di Goldschmidt (con diversi altri suoi scritti) è stato, di recente, integralmente tradotto in spagnolo: cfr. Goldschmidt, *El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento*

dunque una vera e propria *pars destruens* che si dipana sulla base di un'opzione di metodo ancor oggi fondamentale: “la ragion d'essere di un concetto, in ultima analisi, dipende sempre da ciò cui serve”<sup>(6)</sup>.

Molte di quelle che allora erano le tradizionali categorie ordinanti del processo sono come investite da una furia di “distruzione oggettiva”, in vista della edificazione di un nuovo e personale sistema “empirico” e “dinamico”<sup>(6bis)</sup>, che ha luogo, invece, nella seconda parte dell'opera: *pars costruens* la cui pietra angolare è, com'è noto, il concetto di “situazione giuridica” (in cui rifluisce la stessa cosa giudicata, che per Goldschmidt è lo scopo del processo)<sup>(7)</sup>.

Il sovvertimento delle categorie investe specialmente, con i suoi annessi e connessi, la teorica del “rapporto giuridico processuale” elaborata da Oskar Bülow<sup>(8)</sup>: a tal punto che, sulla scia della più celebre polemica Windscheid-Muther, si sarebbe tentati d'intitolare questa prima parte dell'opera “Goldschmidt *contra* Bülow”<sup>(8bis)</sup>.

Con Bülow – lo riconosce Goldschmidt stesso, così rendendogli “l'onore delle armi” – era finita l'epoca di un'analisi puramente descrittiva del fenomeno processuale. Ed invero, è proprio alla teoria di Bülow in tema di rapporto processuale e suoi presupposti che può farsi riferimento per una concezione del processo approfondita e consapevole, finalmente espressa in termini intrinsecamente rigorosi (seppur, forse inevitabilmente, d'impronta ancora privatistica, come testimonia il ricorso alla categoria del rapporto giuridico).

La ricostruzione di Bülow è imbevuta di riferimenti al diritto processuale romano, specialmente alla nota cesura, segnata dalla *litis contestatio*, tra la fase *in iu-*

---

*procesal*, a cura di López Barja de Quiroga, Madrid, 2015 (pp. 1-589): a riprova del fascino potente che, ancor oggi, sprigiona il suo pensiero.

<sup>(6)</sup> In effetti, anche negli studi odierni (non solo dei processualisti), troppo spesso si dimentica che i concetti non sono valori in sé, ma mezzi al fine, se sono infruttuosi o si riguardano come tali, se non possiedono chiarezza di contorni e – soprattutto – funzionalità operativa ben possono (anzi: devono) essere abbandonati.

<sup>(6bis)</sup> Su questa visione hanno, a mio avviso, esercitato un influsso anche le pagine di Spengler sull'uomo “faustiano” dell'età moderna, che ha contrapposto ai “principi della posizione, *materia e forma*”, propri dell'età classica, “quelli del movimento-tensione, la *forza* e la *massa*” (v. Spengler, *Der Untergang des Abendlandes*, cit., 51 ss., 59 ss., 272 ss. e poi, in tutta l'opera).

<sup>(7)</sup> Wilhelm Kisch giudicava l'opera di Goldschmidt come “uno dei lavori più importanti (anzi, probabilmente il più importante), che siano apparsi da molti anni in Germania nel campo della scienza processuale” (cfr. *Leipz. Zeitschr. f. deut. Recht*, 1926, 127 ss.).

<sup>(8)</sup> Cfr. Bülow, *Die Lehre von den Prozeßreden und die Prozeßvoraussetzungen*, Giessen, 1868, spec. 2 ss., 5 ss., 17 ss., 258 ss., 289 ss. (mi limito qui alle citazioni essenziali, il lettore potrà reperire ampi riferimenti bibliografici nell'opera di Goldschmidt).

<sup>(8bis)</sup> V., nella nostra dottrina, il noto studio di Liebman, *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 328 ss. (consultabile anche in Id., *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, 144 ss.) e poi, anche Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, 141 ss.

re e quella *apud iudicem* (o *in iudicio*) del processo formulare, cui del resto lo stesso Bülow dichiara di essersi fortemente ispirato nell'elaborare la sua tesi <sup>(9)</sup>.

Questa s'impenna essenzialmente sulla marcata articolazione dello svolgimento della tutela giurisdizionale di cognizione in due fasi: quella fra un procedimento preliminare, deputato a valutare l'ammissibilità della domanda e il processo vero e proprio, destinato invece ad accertare l'esistenza della posizione sostanziale dedotta in giudizio.

In particolare, la sussistenza dei "presupposti processuali" – nell'accezione con cui Bülow conia tale concetto – costituisce ad un tempo l'oggetto esclusivo della cognizione svolta nella fase preliminare e la condizione necessaria e sufficiente per l'apertura della seconda fase e così, per la nascita del "rapporto processuale in senso proprio", ossia (potremmo dire) del processo *tout court*, volto ad accertare l'esistenza del diritto sostanziale controverso.

Per Bülow, quindi, la decisione positiva circa l'esistenza dei "presupposti processuali" implica addirittura il riconoscimento della costituzione del processo, del giudizio e, precisamente, s'identifica con la decisione di fondatezza del rapporto processuale: un rapporto giuridico di natura pubblicistica che è strumentale all'accertamento della posizione sostanziale litigiosa, da compiersi alla stregua del diritto materiale.

E ancora: il rapporto processuale – nella visione di Bülow – è, al tempo stesso, scaturigine e "contenitore" dei c.d. "obblighi (o doveri) processuali".

In particolare, dal rapporto processuale deriverebbero (secondo Bülow, peraltro, esclusivamente) in capo al giudice quegli specifici obblighi di fare – cui corrispondono altrettanti diritti (o pretese) delle parti – di volta in volta necessari per l'esercizio in concreto dell'attività giurisdizionale: l'obbligo di dirigere il processo, di garantire alle parti il contraddittorio – non solo quanto alle allegazioni, ma anche con riguardo alla prova diretta e contraria – e di decidere la controversia.

Questo insegnamento aveva raccolto, in dottrina (ivi compresi gli studiosi del processo penale e amministrativo), un'adesione quasi incondizionata <sup>(10)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Agli occhi di Goldschmidt, Bülow era un giurista certamente "rivoluzionario" che però, al fondo, era rimasto pur sempre un "uomo gotico" (per adoperare un'altra immagine di Spengler, *Der Untergang des Abendlandes*, cit., 762 ss.): per dare senso e valore al suo presente giuridico, aveva comunque bisogno di legarsi indissolubilmente al passato; lo dimostra la tessitura profondamente romanistica – pur se di discutibile fedeltà – della sua impostazione (v. *infra*, nel testo).

<sup>(10)</sup> Come evidenzia Goldschmidt sin dalle prime pagine dell'opera. A ben vedere, le uniche voci (non soltanto dubbiose, ma) fermamente contrarie erano – prima di Goldschmidt – quelle di Schott, *Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Zivilprozeß*, Jena, 1903, 13, 24, 66-67, 68 ss., 76 e di Hellwig, *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, I, Leipzig, 1912, § 98 I e § 138 nt. 11, il quale però (v. *op. cit.*, § 398) pur criticando la teoria di Bülow sul piano del diritto positivo, la riteneva perfettamente conforme al processo romano, in particolare alla scansione tra la fase *in iure* e quella *apud iudicem* del processo formulare e alle attività svolte in seno ad esse.

Il processo era, dunque, generalmente considerato come un rapporto giuridico, pur con qualche significativa “variazione sul tema” rispetto all’originaria impostazione di Bülow. Ci si riferisce, anzitutto, alla distinzione tra “*Vorverfahren*” e “*Hauptverfahren*” introdotta da Adolf Wach<sup>(11)</sup> che configurava uno specifico rapporto processuale (seppur) “preparatorio” già in corrispondenza del “*Vorverfahren*” o “fase preliminare”, per dar legittimazione al fatto che, sulla sussistenza dei presupposti processuali e sulla nascita del “*Hauptverfahren*” o “rapporto processuale di merito”, sarebbe pur sempre il giudice a conoscere e decidere nell’ambito del processo già instaurato con la domanda, anche se questa risulti poi inammissibile. Inoltre, occorre tenere presente che, per la dottrina nettamente prevalente (seppur Bülow fosse di contrario avviso), nel rapporto processuale affondavano le radici pure molti dei c.d. “obblighi processuali” (non solo del giudice, ma anche) delle *parti*: sia di fare (ad es., l’obbligo di difendersi – e così, di assumere il giudizio –, di prendere posizione sui fatti *ex adverso* dedotti, di prestare cauzione e giuramento, di esibizione, di pagamento delle spese processuali) sia di non fare (ad es., l’obbligo di verità, ossia di non rendere nel processo dichiarazioni mendaci, di non agire o resistere temerariamente in giudizio, di non allungare i tempi processuali mediante condotte puramente dilatorie)<sup>(12)</sup>.

Goldschmidt si avventa su questa teorica impugnando il martello di Nietzsche: la sottopone ad un assillante e “scarnificante” scandaglio critico, a cominciare dalla sua tessitura romanistica e così, dalla doppia equazione, posta da Bülow, tra procedimento preliminare (vertente esclusivamente sui presupposti processuali) = fase *in iure* e “rapporto processuale in senso proprio” (riguardante soltanto il diritto controverso) = fase *apud iudicem* (o *in iudicio*) del processo formulare romano.

L’erroneità e – in ogni caso – l’insufficiente aderenza alle fonti di questo duplice parallelismo trovano, nelle pagine del *Prozeß als Rechtslage*, una compiuta dimostrazione. In particolare, non è vero che tutte le *exceptiones* inserite (d’ufficio o su istanza di parte) nella formula fossero di merito (ciò che, invece, costituiva, *in parte qua*, la pietra angolare della costruzione bülowiana). Il “rapporto processuale in senso proprio” non può in alcun modo ricondursi alla c.d. “obbligazione processuale” romanistica originata dalla *litis contestatio* (comunque questa venga intesa). La pretoria *denegatio actionis* – che il magistrato emetteva nella fase *in iure* – non era sempre una pronuncia a contenuto processuale, potendo talvolta basarsi su ragioni schiettamente di merito e non su carenze procedurali. Per converso, la pronuncia assolutoria, emessa dal *iudex in iudicio*, poteva pure avvenire per considerazioni di ordine processuale e non soltanto di merito<sup>(13)</sup>.

---

(11) V. Wach, *Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, I, Leipzig, 1885, 26 ss.

(12) Cfr., per tutti, Klein, *Die schuldhaftige Parteihandlung*, Wien, 1885, *passim*, spec. 59 ss., 123 ss., 140 ss., 169 ss.: anche a tal riguardo, rinvio il lettore ai ricchi riferimenti bibliografici svolti da Goldschmidt.

(13) In realtà – osserva Goldschmidt – la distinzione tra fase *in iure* e *in iudicio* potrebbe corri-

E ancora: per Goldschmidt, un'attenta disamina della figura della "eccezione impediante" del processo comune, nata dall'incrocio dell'*exceptio dilatoria* romana con l'istituto germanico del rifiuto del convenuto di rispondere in merito all'azione e poi variamente recepita nel diritto processuale vigente (in cui talvolta si vedeva un primo "germoglio" dei presupposti del rapporto processuale di Bülow)<sup>(14)</sup>, nonché delle più rilevanti legislazioni mitteleuropee evidenzia chiaramente che i vizi processuali (siano essi rilevabili d'ufficio o solo su istanza di parte) non impediscono il "processo", bensì soltanto la decisione sul merito della causa. In altri termini, questi non riguardano i "presupposti processuali *à la* Bülow", ma le "condizioni per la decisione della causa nel merito".

Né – secondo Goldschmidt – il rapporto processuale può dirsi fonte donde nascono (e "vaso" in cui si riversano) gli obblighi processuali del giudice e delle parti.

Più precisamente, nel diritto moderno (e, già prima, in quello romano) l'obbligo del giudice di rendere giustizia scaturisce direttamente dal rapporto fra stato e consociati e perciò – avuto pure riguardo ai rimedi normalmente previsti per la sua violazione – non ha neppure una natura strettamente processuale, ma pubblicistica. Il diritto alla tutela giurisdizionale del singolo nei confronti dello statog giudice è parte integrante dello *status civitatis*, rientra tra i diritti fondamentali della persona.

Inoltre, gli obblighi che gravano sulle parti non affondano le radici nel rapporto processuale: o sono doveri di stampo pubblicistico (come l'obbligo di comparizione in vista del tentativo di conciliazione, allora previsto dalla ZPO tedesca) o derivano dal processo quale mero "fatto giuridico" (come l'obbligo al pagamento delle spese giudiziali, che per giunta – secondo Goldschmidt – ha natura civilistica).

In realtà, nel processo i diritti e gli obblighi delle parti non soltanto sono ben lungi dallo scaturire dal "rapporto processuale", ma sono anche *rarae aves*: le posizioni giuridiche soggettive che perlopiù qui s'incontrano sono *oneri*.

Prima di Goldschmidt, nella dottrina (specie tra i processualisti)<sup>(14bis)</sup> le posizioni soggettive dell'obbligo (o dovere) e dell'onere (che Zitelmann – cui va il me-

---

spondere nella sostanza (o comunque avvicinarsi alquanto) a quella tra "udienza o procedimento preliminare" e "dibattimento" del processo penale, ove la finalità dell'udienza preliminare è verificare se vi siano elementi sufficienti per disporre il rinvio a giudizio e così, per andare al dibattimento.

<sup>(14)</sup> Sull'esplicito riconoscimento di una ascendenza bülowiana dei §§ 274-275 della ZPO tedesca (corrispondenti ai §§ 238-239 del *Progetto*) in tema di eccezioni impediante, cfr. per tutti, Hahn, *Materialien zur Z.P.O.*, Berlin (2<sup>a</sup> ed.), 1881, 264 ss. (peraltro, dimenticando che proprio Bülow – cfr. Id., *Die Lehre von den Prozeßsätzen*, cit., 21, 313-314 – avversava strenuamente il concetto di eccezione impediante il processo).

<sup>(14bis)</sup> Questo, anche perché in una dogmatica – allora nettamente predominante – imperniata sul concetto "pseudo-sostanziale" del rapporto giuridico processuale mancava la nozione generale di "onere", che era impiegata (peraltro, neppure sempre) solo per rappresentare la posizione della parte di fronte alla prova dei fatti.

rito di aver “scovato” tale figura, indagando varie disposizioni del BGB – chiamava “obbligo verso se stessi”) <sup>(15)</sup> non risultavano chiaramente distinte l’una rispetto all’altra. E nell’onere Goldschmidt fa rifluire *il facere* (o il *non facere*) cui la parte è tenuta non solo per conseguire uno specifico vantaggio processuale, ma anche per evitare conseguenze a sé sfavorevoli previste *ex lege* (ad es., la preclusione, la decadenza o anche la c.d. *ficta confessio*).

Radicale è il mutamento di prospettiva che così si compie. Là (nella dogmatica tradizionale), le figure centrali sono i diritti e gli obblighi delle parti, qui campeggiano gli oneri (nonché le possibilità e aspettative giuridiche cui essi si riannodano); là, si dà rilievo alla responsabilità o “colpa” delle parti e così, pure ai loro illeciti “endo-processuali”, qui invece si privilegia la auto-responsabilità delle parti o “colpa verso se stessi” <sup>(15bis)</sup>.

Inoltre, il concetto di rapporto processuale – che, per giunta, genera “cortocircuiti” ricostruttivi in punto di atti processuali, successione nel processo e litisconsorzio – si rivela, agli occhi di Goldschmidt, una superfetazione non solo inutile, ma anche dannosa. Il vizio di fondo del rapporto processuale di Bülow (e del suo “involucro pseudo-sostanziale”) è che, in tal modo, si recide inaccettabilmente il legame tra il processo e il suo oggetto <sup>(16)</sup>.

Tuttavia questo “legame perduto” non si riallaccia facendo dipendere il diritto processuale da quello sostanziale, ma, al contrario, esaltandone l’autonomia: solo in tal modo, può giungersi a ricostruire adeguatamente il rapporto tra il processo e il diritto sostanziale. E a tal fine, il processo non va più considerato “in senso metafisico” <sup>(17)</sup>, ma “in senso empirico”, ossia – avuto precipuo riguardo al processo di cognizione ordinaria – come procedimento diretto ad ottenere la cosa giudicata.

---

<sup>(15)</sup> V. Zitelmann, *Das Recht des BGB., Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1900, 166 ss., spec. 170: Zitelmann scorgeva la violazione di una “*Schuld gegen sich selbst*” (ossia, di un “obbligo verso se stessi”) con riguardo al colpevole ritardo nel proporre un’impugnativa negoziale ex § 121 I, nell’azionare la garanzia fideiussoria ex § 777 I, nell’inseguire gli animali selvaggi agli effetti del § 960 II o nell’avviare la procedura per l’accertamento dei debiti ereditari ai sensi del § 2045 seconda parte BGB.

<sup>(15bis)</sup> Per Goldschmidt, che il diritto processuale ammetta l’esercizio (anche solo) di poteri che poi, allo stesso tempo, frustrerebbe sanzionandolo come illecito, è in linea di principio del tutto inverosimile.

<sup>(16)</sup> Ed è proprio dall’esigenza di ripristinare questo legame che era poi nata la teorica – elaborata per primo da Wach – della “pretesa alla tutela giuridica” o “*Rechtsschutzanspruch*”: cfr. Wach, *Handbuch* cit., 19 ss., nonché Id., *Der Rechtsschutzanspruch*, in *ZZP*, 1904 [Vol. 32], 1 ss. (sul *Rechtsschutzanspruch*, da noi, è d’obbligo rinviare alle pagine di Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., 202 ss.). Tuttavia, per Goldschmidt, il *Rechtsschutzanspruch*, cioè la pretesa del titolare del diritto sostanziale alla tutela giuridica mercé la pronuncia di una sentenza a questi favorevole e la sua esecuzione forzata, è (giustappunto) un diritto sostanziale, che – come tale – non ha cittadinanza nel sistema processuale.

<sup>(17)</sup> Concezione che – secondo Goldschmidt – aveva portato Wach a vedere nel processo l’attuazione del *Rechtsschutzanspruch*.

I diritti soggettivi e i correlativi obblighi, una volta dedotti nel processo, si tramutano in aspettative o possibilità giuridiche di una sentenza favorevole o sfavorevole. Di conseguenza, il processo non può più concepirsi come un (astratto e schematico) rapporto giuridico, ma come una “situazione giuridica” (intesa appunto come il complesso di quelle aspettative e possibilità, nonché degli oneri che vi si connettono) che – sino al giudicato – è suscettibile di mutare continuamente in ragione degli effetti dei singoli atti in cui si articola il procedimento<sup>(17bis)</sup>.

Questi dunque, in estrema sintesi, gli snodi fondamentali della prima parte del *Prozeß als Rechtslage*, nello svolgere la quale Goldschmidt compie peraltro una serie di “transizioni” – mirabili per la coerenza interna e soprattutto per l’originalità e modernità di pensiero – che danno vita a un “libro nel libro”.

Mi piace qui ricordare l’analisi dell’*actio* e della *litis contestatio* romane, condotta sceverando nettamente gli elementi processuali da quelli sostanziali presenti in esse (pagine in cui il diritto romano – se così posso dire – acquista un nuovo *pathos*, si fa viva e diretta scaturigine del pensiero nei campi moderni del giure); la “revisione” dello stesso concetto di diritto (oggettivo) sostanziale che, visto nella prospettiva “dinamica” del processo, è concepito come “regola di decisione per il giudice”, ossia come “diritto giudiziale materiale”<sup>(18)</sup>: un diritto verso (e così, vincolante per) il giudice, alla cui stregua le norme sostanziali altro non sono che “promesse di protezione e/o minacce di repressione giuridica da parte degli organi di giustizia”.

E ancora: lo straordinario *excursus* sulla difesa in giudizio (specialmente del convenuto), la cui trasformazione da obbligo (*rectius*: dovere civico) in onere (di contestare in modo specifico i fatti dedotti *ex adverso*) è ricollegata al progressivo e definitivo affermarsi della potestà d’imperio dello stato e così, della soggezione alla sua giurisdizione; la penetrante critica del c.d. obbligo di verità delle parti (di cui ancor oggi molto si discorre in dottrina) che, per Goldschmidt, resta tendenzialmente confinato nel campo dei doveri puramente morali.

Concludo con alcune avvertenze.

La prosa di Goldschmidt è sovente ardua da intendere, soprattutto perché nelle analisi che compie e nelle tesi che propone s’innestano le spirali di un’erudizione vertiginosa<sup>(19)</sup>.

---

<sup>(17bis)</sup> A questo sforzo ricostruttivo – come si è già osservato sopra – è dedicata la seconda e più estesa parte dell’opera.

<sup>(18)</sup> Qui, Goldschmidt completa e raffina la sua dottrina del “diritto giudiziale materiale” (su cui meriterebbe oggi tornare a riflettere), al quale in precedenza aveva dedicato due scritti “minori”: cfr. Goldschmidt, *Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht)*, in *Festsache für Hubler*, Berlin, 1905, 85 ss., e Id., *Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht*, in *Festschrift für Brunner*, Berlin, 1914, 109 ss.

<sup>(19)</sup> Ne fu (non dico spaventato, ma) “stordito” persino Calamandrei (v. *Il processo come situazione giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, 219 ss.) che non risparmiò a Goldschmidt – anche a tal

Di conseguenza, nella traduzione ho spesso ritenuto opportuno inserire (perlopiù tra parentesi) delle aggiunte esplicative: ciò appesantisce indubbiamente il testo, ma il lettore dovrebbe (è quel che spero) guadagnarne in termini di maggior comprensione. Mi riferisco, in particolare, al lettore e così, allo studioso più giovane il quale, nel formarsi la propria “ossatura” dogmatica, potrebbe trarre alimento prezioso da un’opera che, nel proporre un’originale e innovativa “idea del processo”<sup>(20)</sup>, sembra concentrare in sé tutta l’esperienza della grande dottrina tedesca classica, con cui è nata la moderna scienza giuridica.

Ho poi mantenuto le citazioni bibliografiche, con le abbreviazioni scelte da Goldschmidt (ad es., “Bülow, *Prozeßeinreden*”, in luogo di Bülow, *Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen*, “Landsberg”, in luogo di Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* e così via): il regesto degli autori citati, nonché dei titoli per esteso dei loro lavori sarà pubblicato, con l’indice analitico, in appendice alla traduzione della seconda parte dell’opera.

Infine, ho conservato (seppur tra parentesi e *in carattere corsivo*) l’originaria numerazione dei paragrafi dei diversi capitoli, nonché (per una maggiore comodità del lettore) il peculiare sistema di richiami “interni” adottato dal Maestro, ove il rinvio “*infra*” o “*supra*” non s’appunta – come avviene di consueto – sul numero di pagina ma su quello (progressivo) della nota a piè di pagina.

Dedico questa “avventurosa” e solitaria fatica (che oggi giunge a un primo, intermedio approdo) alla mia vecchia e cara Facoltà giuridica padovana dove, ormai qualche lustro fa, studiai e poi mi formai scientificamente in un’atmosfera culturale e in un clima di entusiasmo di cui conservo un ricordo indelebile.

---

riguardo – dure (e a tratti, pure corrosive) critiche. Successivamente, Calamandrei mutò radicalmente opinione: cfr. la (tarda) palinodia compiuta nello scritto *Un Maestro di liberalismo processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 1 ss.

<sup>(20)</sup> Sottolinea la modernità e persistente attualità della concezione goldschmidtiana, B. Hess, *Der Prozess als Rechtslage – James Goldschmidt 1925. Proceedings as a sequence of judicial situations (a critique of the procedural doctrine)*, in *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, a cura di Cadiet, Hess e Requejo Isidro, Luxembourg, 2015, 385 ss., spec. 390-392.



*“I romani crearono una statica giuridica,  
il nostro compito è, invece, creare una dinamica giuridica”.*

(Oswald Spengler, *Il tramonto dell'Occidente*, II, 98)

## PREFAZIONE

Ho sentito crescere in me le idee che stanno alla base di questo lavoro sin da quando iniziai ad occuparmi di diritto processuale, ma è stato solo lo scoppio della guerra che mi ha spinto prepotentemente a dare ad esse forma. Infatti, solo allora, per me, è stato giocoforza prendere coscienza di un fatto che non si può più sottacere: i nostri diritti, anche quelli inviolabili, altro non sono che aspettative, possibilità e oneri. Del resto, lo stesso esito della guerra sta a dimostrare come qualsiasi diritto risulti vanificato se non si sappiano sfruttare le possibilità che si presentano o non si soddisfino gli oneri a tal fine necessari. Così, impercettibilmente, la mia “critica del pensiero processuale” s’è trasformata in una critica del pensiero politico. Pur con la presenza dello stato o della Società delle Nazioni, della giurisdizione statale o di quella arbitrale, qualsivoglia diritto – e così, anche il diritto *proprio di ciascun soggetto* – non è che un condensato di possibilità e oneri in lotta per quello che, alla fine, *s’imporrà* come diritto: questo vale sia per il singolo sia per il popolo. E io spero vivamente che il popolo tedesco possa trovare degli uomini di governo che, in concreto, sappiano far tesoro di questo dato acquisito sul piano scientifico. Non nego che una visione del processo che considera i diritti di un popolo alla stessa stregua di un “diritto individuale” (*à la* E. Kaufmann) sia, sul piano politico, strettamente legata al liberalismo. E peraltro, il diritto processuale può crescere e prosperare solo sul terreno del liberalismo.

Per i concetti fondamentali che ho elaborato osservando empiricamente i fenomeni processuali, ho cercato e trovato una conferma nel campo giusfilosofico, come a suo tempo ha fatto Bülow con Jhering e, più di recente, Sauer con San-

der. Quanto al diritto processuale – che è, poi, l'ambito in cui si svolge quest'indagine – il mio lavoro muove dai risultati cui sono giunte le ricerche di Bülow e Kohler, i due giuristi che, a mio avviso, hanno davvero rivoluzionato la scienza processuale moderna, mentre gli studi di Wach sono stati utili per il (mio) diritto giudiziale materiale. Invece, Stein e Hellwig, pur se impareggiabili nell'analisi dogmatica degli istituti processuali, non hanno tracciato nuove vie di ricerca. Nello scritto di Sauer (*Grundlagen des Prozeßrechts*) – apparso quando ormai avevo messo per iscritto circa la metà dell'opera – ho ritrovato idee e riflessioni simili alle mie senza che, peraltro, queste abbiano potuto influenzare in qualche modo il mio pensiero.

La stesura di questo lavoro s'è scontrata con diversi accadimenti che l'hanno resa difficoltosa. Durante la guerra ho prestato servizio come ausiliario, ho inoltre preso parte ai progetti di riforma del processo penale del 1919 e, nel 1920/1921, sono stato Decano della facoltà giuridica berlinese. E ancora: le riforme del 4 gennaio e 13 febbraio 1924 che hanno modificato il sistema giudiziario penale e il processo civile, in una con la deprimente situazione politico-economica (ad un certo punto, ho temuto persino che lo scritto non sarebbe mai apparso), hanno più volte impedito o interrotto il presente lavoro. Insomma, ho dovuto seguire alla lettera il precetto (oraziano) “*nonum prematur in annum*”. La circostanza che questo lavoro si sia protratto per un arco di tempo così lungo e ricco di cambiamenti radicali potrà, allora, far scusare qualche asimmetria nei riferimenti legislativi e nelle citazioni della dottrina.

Questo lungo arco di tempo spiega anche perché, nella prima parte dell'opera, la polemica con Binding assuma toni aspri, che si spiegano sol perché – allora – Egli viveva ancora. È però un'asprezza di toni che, nel pubblicare questo lavoro, ho deciso, dopo una lunga riflessione, di non stemperare. Binding è morto, ma ciò non ha cancellato dalle sue pagine “quella *vis polemica* ingiustamente provocatoria” nei mie riguardi (cfr. M.E. Mayer, *Lehrb. d. Allg. Teils*, p. 105 nt. 11) che molto mi ha fatto soffrire: chi – anche in futuro – legga quelle pagine, non deve credere che io non abbia saputo rispondere a tono.

Mi spiace che la pubblicazione di questo lavoro non trovi più in vita Binding e mi addolora profondamente che non possa raggiungere il mio caro amico Emil Seckel e il mio stimato collega Josef Partsch, andati incontro – a breve distanza l'uno dall'altro – a un tragico destino, ai quali sono molto grato per le parti romanistiche del presente scritto. Nella fase di gestazione dell'opera ho spesso cercato e trovato consiglio in Seckel e, dopo la sua morte, Partsch, con la consueta gentilezza, ha tenuto fede all'impegno preso da Seckel, di controllare il manoscritto e poi, anche le bozze. A questi due studiosi – vanto della nostra facoltà giuridica – è dunque dedicata quest'opera. Soggiungo che, ad un occhio esperto, nel leggere il lavoro, non sfuggiranno di certo i molti interventi di Partsch, cui devo pure l'efficace suggerimento di

togliere, nella versione finale, alcune parti. Purtroppo, ad un certo punto, Partsch non è stato più in condizione di correggere, nel manoscritto, proprio tutto quel non approvava. Gli errori rimasti pesano – dunque e ovviamente – solo su di me e perciò, sarà fatale sentirmi talvolta rinfacciare, a tal proposito, che “ciascuno deve dedicarsi solo all’attività che gli compete”. Peraltro, le opinioni espresse in questo lavoro incontreranno senz’altro molte critiche e questa non sarà che una delle tante.

Ringrazio di cuore gli Assistenti Ellen Janke e – specialmente – Ernst Tietgens (Berlino) per l’aiuto nel correggere le bozze e nel predisporre gli indici.

I primi due volumi della dodicesima edizione, a cura di Jonas, del Commentario Stein sono apparsi durante la correzione dell’ultimo giro di bozze, ma non è stato necessario tenerne conto giacché, sulle questioni specificamente trattate da Stein, la nuova edizione segue appieno quella precedente.

Berlino, aprile 1925

*Goldschmidt*



## I.

# IL PROCESSO COME RAPPORTO GIURIDICO

### I.1. *Lo Stato della dottrina* (§ 1)

A partire dal celebre lavoro di Bülow “*Die Lehre von den Prozeßreden und die Prozeßvoraussetzungen*” (“*La teoria delle eccezioni processuali e i presupposti processuali*”) del 1868, dalla cui apparizione si è soliti far iniziare l’età moderna e dogmaticamente fruttuosa della scienza processualistica tedesca<sup>(1)</sup>, il processo, pur se si riconosce che si tratta di un procedimento, è generalmente considerato come un rapporto giuridico<sup>(2)</sup>.

Questa opinione è assolutamente dominante non solo nella dottrina del processo civile<sup>(3)</sup>, ma anche in quella del processo penale<sup>(4)</sup> e si è diffusa persino in quella del processo amministrativo<sup>(5)</sup>.

Tuttavia, le tesi sulla natura del rapporto giuridico processuale, a ben vedere, divergono alquanto l’una dall’altra.

Va subito detto che la disputa se il processo sia esso medesimo un rapporto giuridico oppure si limiti soltanto a fondare quest’ultimo<sup>(6)</sup>, è senz’altro nomina-

---

<sup>(1)</sup> Landsberg, 954.

<sup>(2)</sup> Già prima di Bülow, v. Bethmann Hollweg, I 102, 103, aveva, seppur di passata, qualificato, il processo come un rapporto giuridico; cfr. però, a tal proposito, anche Puchta, 8/9 (§ 150).

<sup>(3)</sup> La letteratura sul tema è assai ampia, cfr. in particolare, Bülow, Z. XXVII 224 ss.; v. Canstein, I2 § 12; Id., Z. XVI, 8 ss.; Hellwig, *Klagr. u. Klagm.*, § 10; Id., *Lehrb.*, II, 1 ss., 12 ss., 27 ss.; Id., *Syst.* I, § 138; Kleinfeller, § 12; Kohler, *Prozeß*, I ss.; Id., *Grdr.*, § 12; e poi, anche Dernburg, 552 ss.; Oertmann, *Grundriß*, § 11; Plósz, 5 ss.; R. Schmidt, § 4; Seuffert, N. I *sub* § 274; Sintenis, 372 ss.; Stein, I, I *sub* § 274; Wach, § 4; Weismann, *Hptinterv.*, 92 ss.; Weizsäcker, 23 ss. Cfr., oggi, pure l’art. 65 della ordinanza processuale del Tribunale arbitrale misto italo-tedesco (*RGBL.* 1924, II 95 ss.): cfr., a tal riguardo, quanto osservato *infra*, alla nt. 1641a.

<sup>(4)</sup> Beling, *Enz.*, § 20; Bennecke, in Bennecke-Beling, 7, 282-283; Bierling, *ZStW.*, X, 309 ss.; Binding, *Grdr.*, §§ I, 95 ss.; Birkmeier, § 2; Graf Dohna, 42; Eisler, 587 ss.; Gleispach, § 2; John, I, 130; v. Kries, § 2; Id., *ZstW.*, V 2; Rosenfeld, § 9; Schoetensack, *Rechtsgang* III, 21 nt. 2; Ullmann, § 1.

<sup>(5)</sup> O. Mayer, I, § 14.

<sup>(6)</sup> A tal proposito, cfr. in particolare, Bekker, *Pand.* I, 46; Id., *ZRG.*, XXI, 349; Beling, in Ben-

listica. Rilevante invece, è la diversità di opinioni a tal riguardo, se cioè il processo sia un rapporto giuridico unitario evolventesi gradualmente<sup>(7)</sup> o se questo, nel corso del suo progressivo incedere, generi un fascio di distinti rapporti giuridici<sup>(8)</sup>.

Ancor più rilevante è poi, il contrasto di opinioni su chi debba considerarsi soggetto del rapporto giuridico processuale. Alcuni studiosi sostengono che il processo sia un rapporto che si svolge soltanto tra le parti<sup>(9)</sup>. La maggioranza degli interpreti ritiene, invece, che si tratti di un rapporto giuridico trilaterale tra l'attore, il convenuto e il giudice (stato)<sup>(10)</sup>, salvo poi, offrire le più diverse ricostruzioni quanto alla natura delle relazioni giuridiche sussistenti tra le parti. Relazioni che sarebbero di carattere ora privatistico<sup>(11)</sup> ora pubblicistico<sup>(12)</sup>, che si svolgerebbero tra le parti ora

---

necke-Beling, 282-283; Bierling, *ZStW.* X, 299; O. Fischer, *Lehrb.* § 2, in nt. 17; Hellwig, *Lehrb.*, II, § 69, nt. I; Id., *Syst.* I, § 138 I; Planck, I, 205; A.S. Schultze, 287 ss.; Id., *Z.*, XII, 475.

<sup>(7)</sup> Così spec., Birkmeier, § 2 II 3; Bülow, *Prozeßeinreden*, 2-3; v. Canstein, *KVSch.*, XIX, 58, 60; Id., *Z.* XVI, 10; Gleispach, § 2; Hellwig, *Lehrb.*, II, 31; Kleinfeller, § 12 IV; Kohler, *Prozeß*, 2, 3; v. Kries, § 2 I; Menger, 131 nt. 6, 195-196, 291; Plósz, 12; Sintenis, 374; Wach, § 4 II; Weismann, *Hptinterv.*, 95-96; Weizsäcker, 24.; nel senso dell'unitarietà del rapporto giuridico processuale, v. pure Bierling, *ZStW.* X, 301-302 che, però, (cfr. p. 300) non ne accetta la (caratteristica della) progressiva gradualità.

<sup>(8)</sup> Così spec., Planck, I, 206; A.S. Schultze, 287 ss.; Id., *Z.*, XII, 475; Skedl, in Grünhut XIV, 85, nt. 13; così, anche Bekker, *Pand.* I, 46; Id., *ZRG.*, XXI, 350; Hellmann, I, 2; Kisch, *GöttGelAnz.*, 1901, p. 231; in tal senso, sostanzialmente, pure Menger, 292.

<sup>(9)</sup> Si tratta di: Kohler, *Prozeß*, 6 ss.; Id., *Grdr.* § 12, II, 5; Id., *Z.*, XXXIII 233-234; Bunsen, *Z.*, XXVI, 202; Sperl, 6-9 (ed ivi il rilievo che solo la fase *apud iudicem* del processo romano sarebbe stato un rapporto giuridico trilaterale; v. in tal senso, pure Hellwig, *Lehrb.*, II, § 64, alla nt. 17; Seckel-Heumann, *Art. Iudicium*, Nr. 2; nel senso esattamente opposto, v. invece Koschaker, 309; Wlassak, *Prozeßgesetze*, II, p. X; Id. *ZRG.*, XXXIII, 90, nt. I, 105, alla fine di nt. 4); cfr. anche Weismann, I, 67, nt. 7. Con esclusivo riguardo al processo inquisitorio (processo d'interdizione, di accertamento dei debiti ereditari e di esecuzione), Kohler (v. *Enz.*, § 78) riconosce che si tratta di "un rapporto giuridico in cui lo stato, quale istituzione chiamata a prestare tutela, coinvolge una o più persone". Peraltro, Planck, I, 200, nega che il processo inquisitorio possa ricostruirsi, in via generale, come un rapporto giuridico.

<sup>(10)</sup> Quanto al processo civile, Bülow, *Z.*, XXVII, 233; Id., *Geständnisrecht*, 78, nt. I; v. Canstein, 12, § 12; Degenkolb, *Beitr.*, 58; Id., *ZivArch.* C III, 393-395; O. Geib, § 8; Kleinfeller, § 12; Kremer, 314 e 338 ss.; Langheineken, 82; Plósz, 82, 96, 101; R. Schmidt, § 4, I; Sintenis, 373, 375; Stein, I I *sub* § 274; Id. *Enz.*, § 6; Wach, § 4 V; Id., in Grünhut, VI, 520; nonché Id., *ibidem*, VII, 144; Weismann, *Hptinterv.*, 95; Weizsäcker, 24; quanto al processo civile romano, v. spec. Hellwig, Seckel-Heumann e Sperl (già citati nella precedente nota). Quanto al processo penale, Bennecke, in Bennecke-Beling, § 3; Birkmeier, § 2 II 3; Graf Dohna, 43; Gleispach, § 2; v. Kries, § 2; Rosenfeld, § 9 I; Ullmann, 10; quanto ad entrambi i processi, v. Sauer, 140, 176, 180.

<sup>(11)</sup> In tal senso (ovviamente soltanto per il processo civile), Geib, § 8; cfr. anche Weismann, *Hptinterv.*, 43-44.

<sup>(12)</sup> Degenkolb, *Beitr.*, 60-61; Plósz, 15, 96, 101, 106; Sintenis, 373; Wach, 116, 186; Weismann, *Hptinterv.*, 95.

direttamente<sup>(13)</sup> ora per il tramite del giudice<sup>(14)</sup>, che sarebbero ora diritti ed obblighi in senso proprio<sup>(15)</sup>, ora semplici “vincoli”<sup>(16)</sup>, i quali (ultimi) d'altronde, sono di volta in volta considerati ora come presupposto<sup>(17)</sup>, ora invece come effetto<sup>(18)</sup> dell'agire processuale. Infine, c'è pure chi<sup>(19)</sup> ha cercato di risolvere la trilateralità del rapporto giuridico processuale in *tre* rapporti giuridici, ciascuno con un carattere bilaterale.

In tempi più recenti è tuttavia prevalsa l'opinione secondo cui il rapporto giuridico processuale ha natura puramente pubblicistica, cioè è esclusivamente un rapporto giuridico tra le parti, da un lato e il giudice, dall'altro lato<sup>(20)</sup>, precisandosi talvolta<sup>(21)</sup>, che è lo stesso giudice adito (e non già lo stato in generale) a divenire soggetto del rapporto processuale. La diversità di opinioni più significativa tra i fautori del rapporto processuale concerne, però, la questione se questo sussista già in virtù della proposizione di qualsiasi domanda<sup>(22)</sup> oppure possa darsi soltanto in presenza dei c.d. *presupposti processuali*<sup>(23)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Così, v. Canstein, *Z.*, XVI, 10 ss.; Degenkolb e Geib, *op. cit. loc. cit.*; Kleinfeller, § 12 III; Plósz, Sauer e Wach, *op. cit. loc. cit.*; e ciò, financo per il processo penale: v. Kries, § 2.

<sup>(14)</sup> Birkmeier, § 2 II 2; cfr. anche Weismann, *Hptinterv.*, 44.

<sup>(15)</sup> Così, Birkmeier, v. Canstein, Kleinfeller, v. Kries, Plósz, Sintenis, Wach, *op. cit. loc. cit.*; Sauer, 176, 180.

<sup>(16)</sup> Bülow, *Z.*, XXVII, 232 (v. però anche *infra*, alla nt. 464b); Degenkolb, *Beitr.*, 61 (v. però anche *infra*, alla nt. 672); Kremer, 342; Schwalbach, *ZivArch.* LXIII, 398-399; cfr. anche Langheineken, 81-82.

<sup>(17)</sup> Degenkolb, 27; Id., *Beitr.*, *loc. cit.*

<sup>(18)</sup> Bülow, *Z.*, XXVII, 232; Kremer, Langheineken e Schwalbach, *op. cit. loc. cit.*

<sup>(19)</sup> Si tratta di Schwalbach, *ZivArch.* LXIII, 393.

<sup>(20)</sup> Così, spec. Bierling, *ZStW.* X, 307; Hellwig, *Klagr. u. Klagmögl.*, 84; Id., *Lehrb.*, II, 36; Id., *Syst.* I, § 138 II; Höpfner, 35-36; Oertmann, *Grundriß*, § 11; Planck, I, 201; Seuffert, N. I *sub* § 274; Id., *Z.*, XI 200. Quanto al processo penale, Beling, *Enz.*, § 20 II; Binding, *Grdr.* § 1 IV; Schoetensack, *Rechtsgang* III, 21 nt. 2.

<sup>(21)</sup> V., precisamente, Hellwig, *Klagr. u. Klagmögl.*, 85; Id., *Lehrb.*, II, 28; Id., *Syst.* I, § 138 II I; *contra*, Degenkolb, *Beitr.*, 55 (che però, in *ZivArch.* CIII, 406, nt. 25, del tutto a sproposito, accusa Hellwig di voler, così, cercare di salvare la compatibilità tra *Rechtsschutzanspruch* – o pretesa alla tutela giuridica – e rapporto processuale; in realtà, la compatibilità tra le due figure ben può salvarsi battendo un'altra via: cfr. Goldschmidt, *Mater. JustizR.*, 10 ss.); cfr. anche R. Schmidt, 22-23.

<sup>(22)</sup> Così, Degenkolb, *ZivArch.* CIII 398, 402, 407-408; Förster-Kann, N. I *sub* § 274; Hellwig, *Klagr. u. Klagmögl.*, 53 ss. e 77 (che è però in contraddizione con quanto osservato dallo stesso A., *op. cit.*, 57, nt. 14); Id., *Lehrb.*, II, § 66 (che è però in contraddizione con quanto osservato da Hellwig nella stessa *op. cit.*, § 66, nt. 11); Id., *Syst.* I, § 138 III 2; Höpfner, 36-37; Kremer, 333; M. Rümelin, *ZivArch.* CIII, 17. Cfr. anche R. Schmidt, 23; Weismann, I, 385. Secondo W. Hein, *Identität*, I, 167 ss., il rapporto processuale è destinato a sorgere già con il provvedimento con cui il giudice fissa la (prima) udienza (“*Terminbestimmung*”); similmente, anche Nagler, *Rechtsgang*, I, 124, nt. I e Sauer, 186 (che fa scaturire il rapporto processuale “dal deposito del ricorso”).

<sup>(23)</sup> In tal senso è orientata la dottrina prevalente, anzitutto Bülow, *Prozeßreden*, 5 ss.; Id., *Z.*,

Peraltro, inizialmente, al “rapporto giuridico processuale” non erano certo mancati i critici e gli avversari<sup>(23a)</sup>. A questi appartenevano anzitutto, coloro<sup>(24)</sup> che disconoscevano l’unità del rapporto giuridico processuale, negando, così, che i suoi presupposti potessero tendenzialmente ascrivere alla categoria dei fatti processuali. E poi, pure quegli studiosi<sup>(25)</sup> che, in via di principio, erano propensi a porre piuttosto in primo piano la caratteristica del processo come procedimento, come fatto o financo come atto giuridico. E ancora: coloro<sup>(26)</sup>, le cui fila più di recente si sono ingrossate, che evidenziavano come, facendosi normalmente rientrare nel concetto di rapporto giuridico processuale – peraltro, non solo con riguardo alle relazioni reciprocamente intercorrenti tra le parti<sup>(27)</sup> – anche semplici “vincoli”, il concetto di “rapporto giuridico”, in tale contesto, assumesse quantomeno una valenza diversa da quella consueta. Infine, c’è stato pure chi – seppur isolatamente – ha sostenuto a gran voce che il concetto di rapporto giuridico processuale, così come ricostruito dalla moderna scienza processuale a partire da Bülow, si rivela privo di qualsiasi ragion d’essere<sup>(28)</sup>.

---

XXVII, 236 e poi, spec. Bierling, *ZStW.* X, 302; v. Canstein, I2, § 12; Heyssler, in *Grünhut*, I, 114 ss.; Kleinfeller, § 12 VI; Kohler, *Prozeß*, 52; Id., *Grdr.* § 37; Id., *Enz.*, § 47; Plósz, 7; R. Schmidt, §§ 4 III, 104 II; Seuffert, N. I *sub* § 274; Stein, I I *sub* § 274; Id., *Enz.*, § 6; Weizsäcker, 25 ss. Quanto al processo penale, Bennecke-Beling, § 4; Beling, *Enz.*, § 20 I; Binding, *Grdr.* § 95; Birkmeier, § 86; Graf Dohna, 47; Eisler, 587 ss.; Gleispach, § 2; John, I, 130; v. Kries, § 58; Rosenfeld, § 46; Schoetensack, *Rechtsgang* III, 21 nt. I; Ullmann, § 66. Wach, 38 distingue “il rapporto processuale nel *Vorverfahren* (avente ad oggetto l’accertamento dei presupposti processuali: fase *in iure*)” e quello “nel *Hauptverfahren* (vertente sull’esistenza del rapporto giuridico sostanziale: fase *apud iudicem*)”.

<sup>(23a)</sup> A tal riguardo, v. già Degenkolb, *ZivArch.* CIII 387 ss.

<sup>(24)</sup> In particolare, Planck, Schultze, Skedl e successivamente, anche Kisch; cfr. sopra, nt. 8.

<sup>(25)</sup> V. spec., Bekker, O. Fischer, Schultze, cfr. sopra, nt. 6; v. anche Kisch, *GöttGelAnz.*, 1901, p. 231; Weismann, I, § 89 nt. 42; per il processo penale, v. Lilienthal, § I IV. Quanto ad entrambi i processi, assai di recente, Sauer, 147, 175 ss.

<sup>(26)</sup> O. Fischer, *Z.*, X, 430; Kisch, § 2 VII 3; ma cfr. già in tal senso, Id., *GöttGelAnz.*, 1901, p. 230; Oetker, I, 37 ss.; Id., *JurLitBl.* VI, 13 ss.; Schrutka v. Rechtenstamm, in *Grünhut*, XVI, 621; Weismann, I, §§ 5 V, 89 XI.

<sup>(27)</sup> Cfr. sopra, nt. 16.

<sup>(28)</sup> Cfr. Schott, I, 67, per il quale il rapporto processuale è “puro spirito, senza carne ed ossa” e, come tale, “mai e poi mai si lascia afferrare”. Pure Schlesinger, 883-884; Kisch, *GöttGelAnz.*, 1901, p. 230 e Sauer, 147, 162, 178, 183, considerano il rapporto giuridico processuale come un concetto comunque infruttuoso.

## II.

# IL RAPPORTO GIURIDICO PROCESSUALE E I COSIDDETTI PRESUPPOSTI PROCESSUALI

SOMMARIO: II.1. Il diritto tedesco vigente (§ 2). – II.2. Il diritto romano: a) Fase *in iure* e fase vertente sui presupposti processuali, fase *apud iudicem* e fase sul rapporto sostanziale (§ 3); b) Sul preteso carattere sostanziale (o di merito) di tutte le eccezioni (§ 4); c) Il *iudicium* (o fase *apud iudicem*) quale preteso “rapporto processuale in senso proprio”. La c.d. obbligazione processuale; (§ 5); d) L’inidoneità al giudicato (materiale) della *denegatio actionis*; la *sententia iudicis* come decisione circa la fondatezza o infondatezza dell’azione (§ 6). – II.3. Diritto germanico, diritto medievale italiano, diritto comune tedesco e diritto mitteleuropeo; le eccezioni impedienti il processo (§ 7).

### II.1. *Il diritto tedesco vigente* (§ 2)

La ragion d’essere di un concetto, in ultima analisi, dipende sempre da ciò cui serve. Ed infatti chi ha scoperto il rapporto giuridico processuale ne ha subito evidenziato l’importanza dal punto di vista pratico<sup>(29)</sup>, nel senso che tale concetto condurrebbe direttamente a quello dei presupposti del rapporto giuridico processuale, i c.d. presupposti processuali, come vengono denominati da Bülow in poi, cui spetterebbe la massima rilevanza pratica non solo quanto all’articolazione del procedimento, al contenuto e agli elementi costitutivi della sentenza che definisce il giudizio, ma anche con riguardo alla distribuzione dell’onere di allegazione e della prova<sup>(30)</sup>.

Perciò, in dottrina rapporto giuridico processuale e presupposti processuali sono, quasi sempre<sup>(31)</sup>, trattati congiuntamente.

Peraltro, si è di recente diffusa la convinzione che quelli che Bülow ha chiamato presupposti processuali, in realtà non siano, quantomeno nel vigente diritto tedesco, dei “presupposti processuali”, cioè delle condizioni di esistenza del (supposto) rap-

---

<sup>(29)</sup> Cfr. già, R. Schmidt, 22; v. anche Schoetensack, *Rechtsmittel*, 12.

<sup>(30)</sup> Bülow, *Prozessreden*, 5 ss.

<sup>(31)</sup> Cfr. sopra, nt. 23.