

GIUSEPPE IGNAZIO LUZZATTO

Prof. ord. di diritto romano nella Università di Bologna

**VECCHIE E RECENTI PROSPETTIVE SULL'ORIGINE
DEL PROCESSO CIVILE ROMANO (*)**

(*) Conferenza tenuta all'Università di Urbino il 7 maggio 1962. Ho riprodotto immutato il testo, trasferendo nelle note l'eventuale apparato critico e i riferimenti bibliografici e testuali.

1. *Studi Urbinati*, 1959-1960.
-

Due parole di giustificazione e di scusa per la scelta del tema. Dell'origine del processo civile romano, nonchè dei successivi sviluppi fino all'introduzione del processo formulare, mi sono più volte occupato nel corso di quest'ultimo quindicennio, sia per tentar di delinearne le origini e la storia più antica, sia in sede di revisione critica di ipotesi o ricostruzioni altrui ⁽¹⁾; potrebbe, quindi, apparire ozioso ritornarvi ancora una volta.

La giustificazione, per quanto mi concerne, sta nel fatto che, in questo momento, sto iniziando lo studio di un altro aspetto del processo che, per quanto assai più tardo, presenta parecchie caratteristiche di un problema di origine ⁽²⁾; il sorgere della *cognitio extra ordinem*. Mi è parso quindi opportuno tornare ancora una volta (e, salvo imprevisti, vorrei fosse l'ultima) sui

⁽¹⁾ *Procedura civile romana* I/III, Bologna, Zuffi 1946; 1948; 1950; *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, ZSS, 1956, p. 29 ss.; rec. a G. BROCCINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, BIDR, 1959, p. 301 ss.; *La storia delle legis actiones*, rec. a H. LÉVY BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Labeo 1961, p. 75 ss.; rec. a G. JAHR, *Litis contestatio. Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionen und im Formularverfahren*, SDHI, 1960, p. 407 ss. Cfr. anche la rec. a F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano*, I, *Translatio iudicii*, IURA, 1957, p. 455 ss., particolarmente, p. 459 s.

⁽²⁾ A prescindere dal problema delle fonti, particolarmente delicato e, spesso, caratterizzato anch'esso, per le origini dell'istituto, da considerevoli lacune, si pone infatti, anche qui, il problema se il sorgere della *cognitio extra ordinem* sia frutto di un passaggio graduale, alla stregua di quanto è avvenuto (almeno se si accolga l'evoluzione che ho tentato di delineare) per la nascita del procedimento per *legis actiones* e per il passaggio da questo al processo formulare, o se, invece, il sorgere della *cognitio*, piuttosto che affondare le proprie radici nell'ordinamento preesistente, segni una rottura con i precedenti sviluppi, in funzione dell'intervento di fattori esterni: primo tra questi la nuova struttura dell'ordinamento costituzionale romano e la concezione del *princeps legibus solutus*.

precedenti sviluppi, allo scopo di riscontrare, alla luce delle indagini più recenti (numerose e, spesso, di notevole valore) se e fino a che punto la ricostruzione che ho tentato di delineare un po' più di un decennio fa sia tuttora valida.

D'altro lato, debbo pure giustificare la scelta del problema d'origine, quando tutto un complesso di indagini di notevole valore ed interesse sembra debba indirizzare la prevalente attenzione degli studiosi verso la nascita del processo formulare ⁽³⁾.

L'esame di quest'ultimo problema ci avrebbe però portato nel pelago dei *iudicia bonae fidei* e della relazione fra questi ultimi e la nozione originaria del *ius gentium* ⁽⁴⁾; un problema in cui, allo stato attuale delle nostre conoscenze, ritengo che gli interrogativi e le lacune superino di gran lunga le possibili con-

⁽³⁾ Cfr. particolarmente, per non citare che le indagini più significative al riguardo: SERRAO, *La iurisdictio del praetor peregrinus*, Roma 1954; MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Parigi 1954; *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Parigi 1958; BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit.; JAHR, *Litis contestatio* cit.; VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, p. 612 ss.; KASER, *Römisches Privatrecht*, I, p. 180 ss. e cit. ivi; *Zum Ursprung des geteiltes Zivilprozessverfahrens*, Festschr. Wenger, I, 106 ss. Per una sommaria rassegna e presa di posizione, da parte mia, sulle diverse impostazioni al riguardo rinvio alle cit. rec. a BROGGINI, *op. cit.*, in *BIDR*, 1959, p. 301 ss. e JAHR, *op. cit.*, *SDHI*, 1960, p. 407 ss., particolarmente 414 ss.

⁽⁴⁾ Oltre a KASER, MAGDELAIN, BROGGINI cit. nella n. prec. cfr. particolarmente KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, Festschr. Koschaker, II, p. 5 ss.; FREZZA, *Ius gentium*, *RIDA*, 1949 (Mél. De Visscher 1), p. 259 ss.; PRINGSHEIM, *L'origine des contrats consensuels*, *RHD*, 1954, p. 475 s.; L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961 particolarmente p. 9 ss. e 105 ss. e cit. ivi.

Il risultato verso cui sembrano indirizzate le più recenti indagini, pur sotto profili diversi, pare rivolto a identificare l'origine dei *iudicia bonae fidei* nell'ambito del *ius civile*, anziché, come tradizionalmente, del *ius gentium* e della recezione di rapporti e di istituti sorti nel mondo Mediterraneo; risultato che io stesso inclino a condividere. Debbo però riconoscere che anche dopo le più recenti indagini, il problema delle origini, nonché dei rapporti tra i *iudicia bonae fidei* e gli istituti del *ius gentium*, e dell'origine stessa di questi ultimi (che, almeno per quanto si riferisce ai contratti consensuali, non trovano alcun parallelo nei diritti del mondo mediterraneo dai quali dovrebbero essere stati recetti in Roma; cfr. da ultimo i fondati rilievi di VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, p. 496 ss. e n. 1). sembra resistere, almeno a tutt'oggi, ad una interpretazione abbastanza convincente.

clusioni positive, e la cui trattazione avrebbe, in ogni caso, largamente esorbitato dai limiti di una conferenza. Da ciò il presente ulteriore ritorno al problema d'origini del processo romano.

È noto come, fino a pochi decenni fa, la dottrina romanistica accogliesse, al riguardo, quasi senza eccezione, l'ipotesi del Wlassak ⁽⁵⁾, che identificava l'origine del processo civile romano nella recezione, da parte dello stato, dell'arbitrato privato dapprima volontario, e successivamente vincolante per le parti ed i terzi attraverso il *iussum iudicandi* impartito dal magistrato al giudice privato. La statizzazione del processo è infine completa quando il ricorso al giudice è reso obbligatorio e si sostituisce in toto all'esercizio della difesa privata.

Attraverso una tale ipotesi di sviluppo troverebbe la propria spiegazione il carattere privato e volontaristico del processo civile romano, che conserva tale carattere in ogni sua fase, dall'atto introduttivo, la *ius vocatio*, fino all'esecuzione personale, nella forma della *manus iniectio*. Sempre in relazione con tale interpretazione, l'elemento centrale di tutto il processo civile si identificherebbe con la *litis contestatio*: l'accordo delle parti di *accipere iudicium*, che costituirebbe il fondamento della pronuncia del giudice; mentre il *iussum iudicandi* si ridurrebbe al semplice ordine, sempre rivolto al giudice, di accettare la nomina concordata tra le parti e di adempiere regolarmente ai doveri del proprio ufficio.

Un corollario di tale interpretazione, più volte ribadito dal Wlassak, sarebbe l'obbligo del convenuto di comparire in giudizio, e di *se defendere* (quest'ultimo limitato alle *actiones in personam*) per rendere possibile la conclusione della *litis contestatio* e la conseguente pronuncia del giudice ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Per i riferimenti al riguardo, rinvio senz'altro al mio vol., *Procedura civile romana*, II, particularm. p. 214 ss.; 291 ss., e all'art. *Von der Selbsthilfe*, cit., p. 30 ss.. Ivi anche per la letteratura prec.

⁽⁶⁾ Anche su questo punto, per una presa di posizione nei confronti della tesi Wlassakina sull'obbligo di *se defendere* del convenuto nelle *actiones in*

È pure noto che una prima, vigorosa critica a tale interpretazione è stata formulata in uno scritto, apparso postumo, del nostro Carrelli, e che tale critica ha aperto la strada ad un vasto processo di revisione, che è tuttora largamente in atto.

Il Carrelli ha avuto soprattutto il merito di rilevare come il processo civile romano riposi, fin dal suo stadio più antico, su due distinte fondamenta: l'una privatistica (la *litis contestatio*, in quanto accordo delle parti di sottostare alla pronuncia del giudice): l'altra pubblicistica (il *iussum iudicandi*, decreto autonomo di investitura del giudice, in base al quale la pronuncia di quest'ultimo diventa operativa per i terzi, estranei al rapporto processuale). Conseguenza di tale richiamo all'intervento magistratuale, l'accentuazione dell'elemento pubblicistico, fin dalla iniziale statizzazione del processo civile romano, e il rilievo che non tutti gli aspetti e le caratteristiche del procedimento possono trovare la loro spiegazione nella recezione dell'arbitrato privato (⁷). Ma soprattutto, attraverso l'accentuazione dei due elementi che caratterizzano inizialmente il processo civile romano, vien posta in rilievo la difficoltà di spiegare, attraverso il semplice richiamo alla recezione dell'arbitrato privato, la struttura del processo dell'*ordo iudiciorum privatorum*, caratterizzato com'esso è dalla divisione nelle due fasi *in iure* e *apud iudicem*. Non si comprende, cioè, adeguatamente perchè la funzione del magistrato debba limitarsi all'investitura del giudice, riserbando a quest'ultimo la pronuncia della sentenza.

personam, cfr. *Procedura civile romana*, II, p. 295 ss. e cit. ivi. Per i rapporti fra *litis contestatio* e *iussum iudicandi* rimane fondamentale il vol. di E. CARRELLI, *La genesi del processo formulare*. Per la letteratura precedente, e per la divergente impostazione di GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano*, particolarmente p. 65 ss.; *Ius, lex, praetor*, SDHI, 1947/48, p. 109 ss., e, ora, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* rinvio alla cit. *Procedura civile romana*, II, cit., p. 311 ss. e III, p. 101 ss. e qui, più oltre.

(⁷) Di particolare interesse il rilievo che quest'ultimo, di per sè solo, non spiega come mai la sentenza del giudice-arbitro divenga vincolativa anche nei confronti dei terzi estranei al rapporto processuale.

Se, infatti, ci prospettiamo l'origine del processo sotto il profilo di un intervento diretto dello stato, che crea organi *ad hoc*, muniti di un potere coattivo, il processo si dovrebbe svolgere dall'inizio alla fine dinanzi al magistrato; se lo consideriamo, invece, sotto il profilo della recezione coattiva dell'arbitrato privato, è il *iudex* che, una volta investito delle proprie funzioni, dovrebbe presiedere ad esso in ogni sua fase. In entrambi i casi, la divisione in due stadi, rispettivamente dinanzi al magistrato ed al giudice, rimane inspiegabile.

Nè, d'altra parte, come vedremo, appare sufficientemente giustificata l'ipotesi, recentemente ripresa ⁽⁸⁾, di una divisione facoltativa, che troverebbe la propria origine in una delega magistratuale.

Le critiche del Carrelli hanno quindi aperto la via al largo processo di revisione dell'interpretazione Wlassakiana, cui stiamo oggi assistendo. Successivamente, il Noailles ⁽⁹⁾, in una serie di finissimi studi sul processo romano per *legis actiones*, ha inteso porre in luce il carattere magico-rituale di queste ultime. Esse costituirebbero un complesso di atti di difesa privata ritualizzata, nei quali peraltro la difesa privata non ha più il carattere della mera violenza, dell'atto cioè con cui l'attore pone in essere, direttamente, il contenuto della propria pretesa, vincendo l'eventuale reazione di fatto avversaria; ma semplicemente l'affermazione, a carattere costitutivo, dell'esistenza di un proprio diritto, affermazione creatrice di un vincolo munito di efficacia religioso-giuridica, e alla quale la controparte, una volta che l'attore abbia compiuto le cerimonie ritualmente prescritte, non sarebbe più in grado di contraddire.

È, in altre parole, così come è stata efficacemente sintetizzata dallo stesso Noailles, la nozione religioso-giuridica del « rite

⁽⁸⁾ Cfr. KASER, BROGGINI, JAHR cit., a n. 3, e oltre p. 34 s.

⁽⁹⁾ *Fas et ius. Études de droit romain*, p. 45 ss.; particolarm. 81 ss.; *Du droit sacré au droit civil*, p. 52 ss.; p. 275 ss.

qui crée le droit»; nozione che trova la propria espressione nel formalismo delle *legis actiones* più antiche ⁽¹⁰⁾.

Già da questa sommaria esposizione risultano sufficientemente chiari, per chi le abbia entrambe presenti, i punti di contatto e le divergenze fra la tesi del Noailles, e l'evoluzione che ho, a suo tempo, tentato di delineare ⁽¹¹⁾.

Le coincidenze concernono il fatto che alla fase *in iure*, dinanzi al magistrato, ne sarebbe preceduta storicamente un'altra, in cui il compimento dei gesti e la pronuncia delle formule rituali avveniva stragiudizialmente, alla sola presenza dei testimoni, che constatavano che l'esecuzione era stata compiuta ritualmente.

Come pure (il che sottolineo fin d'ora, in relazione a talune critiche recenti) ⁽¹²⁾, il rilievo che la violenza delle *legis actiones* è, fin dalla fase iniziale, una violenza soltanto formale, ritualizzata, che si estrinseca nel compimento di atti solenni, nei quali è da ravvisare l'affermazione del proprio diritto: affermazione cui l'ordinamento giuridico attribuisce, se non contraddetta, efficacia costitutiva, e vincolativa per la controparte.

A questo punto, peraltro, le due tesi divergono pressochè radicalmente.

A prescindere da taluni rilievi di carattere secondario, per i quali rinvio a quanto già scritto altrove ⁽¹³⁾, ecco, infatti, talune obiezioni che mi paiono fondamentali.

⁽¹⁰⁾ *Legis actio sacramento*, *legis actio per manus iniectioem*, nonchè la particolare *manus iniectio* che verrebbe attuata all'atto della *in ius vocatio*, e della quale l'A. sostiene l'autonomia. Cfr., nello stesso senso, PERRIN, *La manus iniectio vocati chez Ovide*, Annales Univ. Sarav, 1952, p. 111 ss. *Contra* cfr. *Procedura civile romana*, II, cit., p. 26 ss., e il già cit. art. *Von der Selbsthilfe*, ZSS, 18956, p. 33 n.

⁽¹¹⁾ Rinvio, al riguardo, alla cit. *Procedura civile romana*, II, p. 76 e n. 1. Le critiche ivi contenute si riferiscono agli art. dell'A. sulla *in ius vocatio*, sulla *manus iniectio* e sulla *legis actio sacramento*, in *RHD*, 1940, 1 ss.; 205 ss.; e 1942, p. 1 ss., rifusi successivamente nel cit. vol. *Fas et jus*, p. 45 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. oltre p. 29 ss. Mi riferisco, in particolare, all'art. di BROGGINI, *Vindex und Iudex, Zum Ursprung des römischen Zivilprozesses*, ZSS, 1959, p. 113 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. la cit. *Procedura civile romana*, II, p. 95 ss., particolarmente, p. 104 ss.,

In primo luogo la ricostruzione si appoggia sopra una concezione magica della religione e del diritto romano, che, per quel che sappiamo in proposito, appare, all'età delle XII tavole (quando abbiamo, cioè, le prime testimonianze relative al processo), del tutto superata sul piano giuridico. Sul piano religioso sembrano persisterne talune sopravvivenze, ma, in ogni caso, la nozione ormai dominante appare identificarsi con l'esistenza di un ordinamento fisso e immutabile, che trova la propria espressione nella volontà degli dei, manifestata ed interpretata secondo il rito augurale.

D'altro lato, anche ponendoci sul piano della concezione magica del rito che riproduce il fenomeno naturale, è abbastanza evidente che la violenza ritualizzata, che crea il vincolo fra le parti in contesa, non è che la riproduzione e la sopravvivenza di un'originaria violenza effettiva, che ci riporta, pertanto, alla difesa privata come origine del fenomeno processuale.

Infine, e soprattutto, la concezione secondo la quale l'affermazione del proprio diritto, se compiuta *iure*, porterebbe senz'altro alla creazione di un vincolo, di carattere costitutivo, fra le parti, avrebbe troncato in germe, se corrispondente alla realtà, ogni ulteriore evoluzione. Rimarrebbe quindi inesplicito, da un lato, come mai si sia giunti alla possibile reazione della controparte, e all'intervento di un giudice-arbitro imposto dallo stato; dall'altro, come mai sia potuta permanere così a lungo, e quanto meno fino all'età degli Antonini, la concezione (che appare chiarissima nelle fonti romane, e la cui esattezza è stata riaffermata anche nelle indagini più recenti) ⁽¹⁴⁾ secondo la quale la difesa privata, se compiuta *iure*, è perfettamente legittima, e lo stato

nonchè l'art. in ZSS, 1956, cit., p. 54 s. e la rec. a LÉVY BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Labeo, 1961, p. 75 ss., particularm. 79 e 82 s.

⁽¹⁴⁾ Cfr. particularm. NIEDERMEYER, *Crimen plagii und crimen violentiae. Zur Geschichte iuristischer Begriffe*, St. Bonfante, II, 381 ss.; *Ausgewählte Introduktionen zu Ulpian und zur Rechtslehre von der Vis*, St. Riccobono, I, 193 ss.; PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, p. 24 ss.; la mia *Procedura civile romana*, I, p. 107 ss., particularm. 169 ss., e la rec. ad essa di PUGLIESE, *IURA*, 1950, p. 409 ss.; MAYER MALY, v. *Vis* (II, *Vis als Selbsthilfe*), in *PW*; da ultimo

non entra nell'ambito dei rapporti giuridici privati, finchè questi non costituiscono un pericolo per il suo ordinamento e per la conservazione della pace sociale.

Questa premessa e l'accento ai contatti e alle divergenze nei riguardi della tesi del Noailles mi permettono, ora, di riassumere brevemente l'evoluzione che ho tentato di delineare in passato, e che ritengo, in complesso, tuttora valida.

Le premesse su cui si basa tale ricostruzione, e per le quali non posso che rinviare a talune mie indagini precedenti ⁽¹⁵⁾, sono sostanzialmente due. La legittimità della difesa privata nell'esercizio del proprio diritto; legittimità che, come ho già rilevato, persiste sino ad epoca assai avanzata del principato, e che non scompare del tutto se non nella compilazione giustiniana nella quale, da un lato, è introdotta la nozione dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, e i testi nei quali si fa riferimento alla difesa privata vengono sistematicamente trasformati in altrettanti casi di legittima difesa; mentre, d'altro lato, anche l'esercizio di quest'ultima è limitato attraverso l'introduzione dell'eccesso di difesa, del *moderamen inculpatae tutelae*.

L'altra premessa, pure più volte riaffermata ⁽¹⁶⁾, è costituita dalla debolezza e dal carattere rudimentale dello stato primitivo, cui mancano organi *ad hoc* per l'esercizio della funzione giu-

G. WESENER, *Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht*, Festschr. Steinwenter, p. 100 s. e cit. ivi, nonché DÜLL, *Fälle des Amburi im Lichte des Retorsions- und Kompensationsgedankens im antiken Recht*, ZSS, 1957, p. 384 ss.; CANNATA, v. *Difesa*, in *NNDI* e cit. ivi. Non vidi STASZKOW, *Vindicta*, in *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego* (Prawno II), 1956, p. 5 ss., le cui conclusioni, riguardanti peraltro la sola difesa privata nella *legis actio sacramento*, conosco soltanto dal riassunto in *IURA*, 1957, p. 691, n. 40.

⁽¹⁵⁾ *Procedura civile romana*, I, cit., alla n. prec.; ZSS, 1956, cit., p. 36 s. e n. 5 e 6.

⁽¹⁶⁾ Cfr. per tutti le mie *Organizzazioni preciviche e lo stato*, Modena, 1948, e *Rilievi critici in tema di organizzazioni preciviche*, St. Cicu, I, p. 457 ss. Per la letteratura successiva e la critica al riguardo rinvio alla relazione su « *Il passaggio dall'ordinamento gentilizio alla monarchia in Roma e l'influenza dell'ordinamento delle gentes nella costituzione romana durante la monarchia e la prima repubblica* », Atti del Conv. Accad. Lincei « *Dalla tribù allo stato* » Problemi attuali di scienza e di cultura, Quad. n. 54, 1962, p. 193 ss.

risdizionale, nonchè per la repressione penale e la polizia interna; con la conseguenza che quelle funzioni di protezione e difesa dell'individuo che negli ordinamenti moderni sono esercitate dallo stato, venivano esercitate, nella Roma più antica (e il parallelo vale, a grandi linee, anche per i diritti greci e germanici) da raggruppamenti vari e di carattere diverso, sorti nell'ambito dello stato primitivo, appunto per adempiere a quelle funzioni cui quest'ultimo non era in grado di corrispondere. Venivano così a svilupparsi quelle forme di solidarietà di gruppo, le cui sopravvivenze persistono largamente nel campo dei rapporti processuali ed obbligatori ⁽¹⁷⁾.

Entrambe le premesse, di cui la prima è del resto una conseguenza dell'altra, sembrano spiegarci come mai l'evoluzione che ha portato alla statizzazione del processo civile sia avvenuta soltanto assai lentamente e gradualmente, vincendo le resistenze opposte dalla solidarietà di gruppo, e inquadrando progressivamente, in un prescritto rituale e in un complesso di norme limitatrici l'esercizio della difesa privata.

Per quanto riguarda questo secondo aspetto, l'intervento dello stato si manifesta nel porre limiti alla difesa privata, e nell'inquadrare nel processo quelle forme di interventi, che erano sorti originariamente come manifestazioni di solidarietà di gruppo, nell'ambito della difesa privata.

Per quanto riguarda gli sviluppi che hanno portato all'introduzione di un processo civile statizzato, la successione (che del resto appare rispecchiata, direi quasi plasticamente, nelle *legis actiones* più antiche: *legis actio per manus iniunctionem*, e *legis actio sacramento*) appare la seguente ⁽¹⁸⁾: dapprima inqua-

⁽¹⁷⁾ Per i dati concernenti l'inquadramento delle originarie manifestazioni della solidarietà di gruppo sotto il profilo della solidarietà processuale e nell'ambito dei rapporti obbligatori, rinvio egualmente alle cit. *Organizzazioni preciviche*, p. 34 s., e a ZSS, cit., p. 44 ss.

⁽¹⁸⁾ Per un più dettagliato svolgimento dell'ipotesi in questione, e per la sua giustificazione (pur sempre ipotetica) sul piano della ricostruzione storica, rinvio alla più volte cit. *Procedura civile romana*, II, particolarm., p. 291 ss.; 340 ss.

drammento della difesa privata entro un rituale caratterizzato da un complesso di atti formali, e dalla pronuncia di formule solenni, prescritte dalla legge a pena di nullità; in una fase ulteriore, lo stato prescrive che l'esecuzione formale, che in un primo tempo si svolgeva stragiudizialmente, si compia *in iure*, davanti al magistrato che *ius dicit*: che indica, cioè, quali sono le formalità prescritte, e che, se tutto si svolge regolarmente, pronuncia l'*addictio*.

La fase successiva è anch'essa una conseguenza del fatto che il processo nasce dal progressivo inquadramento di atti di difesa privata ritualizzata. Posta una tale origine, è chiaro infatti (e ho cercato di dimostrarlo altrove, sottolineando l'inesistenza, nelle *legis actiones*, dell'obbligo di comparire in giudizio e di *se defendere*, come sostenuto dal Wlassak) ⁽¹⁹⁾ che il processo romano più antico non può non avere un carattere esecutivo; che esso si risolve, cioè, nell'apprensione formale dell'oggetto della contesa: o, se si tratti di un rapporto obbligatorio, della persona del debitore.

Il procedimento di cognizione (ed è tipica, al riguardo, la *legis actio sacramento*) nasce in un secondo momento, e soltanto nel caso che la controparte si opponga all'azione, contestandone la legittimità.

Soltanto in questo caso sarà necessario, attraverso la nomina di un *iudex*, accertare quale delle due parti abbia agito *iure* e quale *iniuria*. Si comprende, quindi, come il procedimento

⁽¹⁹⁾ *Procedura civile romana*, II, p. 295 ss. e cfr. la rec. PUGLIESE, in *IURA*, 1950, p. 417 ss. I rilievi del P. circa la portata degli indizi testuali addotti (che, per quanto ne so, sono però gli unici che possono essere invocati per il problema in questione) non annullano la sostanza delle conclusioni, che rimangono, di necessità, ipotetiche, ma verso le quali appare propendere l'A. stesso. Resta, in ogni caso, la constatazione che non esiste alcun obbligo di *rem defendere* nei riguardi delle *actiones in rem*, e che non si vede alcun valido motivo che giustificerebbe una diversa soluzione nei riguardi delle *actiones in personam*; e che in ogni caso, ammesso un diverso regime per una delle due categorie di azioni, viene a cadere l'interpretazione che il Wlassak traeva dall'obbligo della difesa, ai fini dell'ipotesi dell'origine arbitrale del processo romano.

di cognizione nasca, storicamente, soltanto in un secondo momento e come un incidente del processo di esecuzione. Ed è anche chiaro che a questo punto, con l'introduzione del *iudex*, che pronuncia *utrius sacramentum iustum sit*, l'evoluzione che ha portato al progressivo inquadramento della difesa privata nel processo è sostanzialmente conclusa.

Ma è anche chiaro, da un lato, perchè il processo civile romano conservi per tutta l'età classica quei caratteri di volontarietà che si riallacciano alla sua origine come inquadramento della difesa privata; dall'altro, come in un tale sviluppo rimangano nettamente distinte la funzione del magistrato che *ius dicit*: che dirige e sorveglia, cioè, l'osservanza del rituale prescritto, rimanendo del tutto estraneo al rapporto tra le parti in contesa, e la funzione del giudice che, intervenendo nel modo incidentale sopra accennato, è chiamato a pronunciare la sentenza.

Mi sembra, in altre parole, ancora oggi, che l'evoluzione sopra delineata si presti, meglio di altre ipotesi, a giustificare le caratteristiche del processo civile romano primitivo, e a superare le difficoltà derivanti dalla divisione del procedimento dell'*ordo iudiciorum* nelle due fasi, *in iure* e *apud iudicem*.

Prima di passare ad un cenno, di necessità piuttosto sommario, delle indagini più recenti, mi sembra necessaria una premessa di carattere generale: che tali indagini appaiono difficilmente riconducibili, almeno fino ad oggi, ad unità; e ciò soprattutto per il fatto che qualche autore ha finora enunciato soltanto una parte dei risultati delle proprie ricerche ⁽²⁰⁾, riserbandosi di riprenderle più organicamente in seguito: il che, da un lato, rende piuttosto difficile e delicata una valutazione complessiva: ma rischia, nel contempo, di rinviare eccessivamente, nell'attesa dei risultati definitivi, una presa di posizione al riguardo.

⁽²⁰⁾ In particolare, BROCCINI nel cit. art. *Vindex und iudex*, ZSS, 1959, p. 134, n. 74, preannuncia la pubblicazione dell'apparato critico della propria tesi nella v. *Vindex*, in *PW*, finora non pubblicata.

Possiamo limitarci ad un breve cenno delle tesi che negano alla *litis contestatio* il carattere di accordo delle parti rivolto ad *accipere iudicium*, ed il conseguente effetto novatorio.

Da un lato, infatti, io stesso ritengo che tale carattere le sia proprio soltanto nelle *legis actiones* più recenti (*legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e *legis actio per conductionem*); mentre, nella *legis actio sacramento*, essa si sarebbe identificata soltanto con l'invito ai testimoni perchè constataessero che erano state adempiute le prescritte formalità. D'altro lato, dovrò ritornare sulla questione a proposito della tesi di Kaser e Broggin, che attribuiscono alla divisione in due fasi del processo dell'*ordo* un carattere soltanto facoltativo ed eventuale ⁽²¹⁾.

Le interpretazioni anti-Wlassakiane della *litis contestatio* sono sostanzialmente due: il Biscardi attribuisce ad essa, per il periodo delle *legis actiones* più antiche, il carattere di invocazione agli dei, per la consacrazione di ciò che le parti giuravano nella *legis actio sacramento*, come introduzione a un procedimento di carattere ordalico ⁽²²⁾. Essa sarebbe divenuta un invito ai testimoni soltanto in un momento successivo, con la laicizzazione della procedura.

L'ostacolo maggiore ad una tale interpretazione (a prescindere dalle obiezioni all'ipotesi ordalica, cui la tesi si riallaccia) mi sembra sia costituito proprio dalla testimonianza di Festo su cui la tesi si fonda ⁽²³⁾. Questo autore parla infatti, con riferi-

⁽²¹⁾ Cfr. oltre p. 34.

⁽²²⁾ *Quelques observations sur la litis contestatio*, RIDA, 1959 (Mél. De Visscher, III), p. 159 s. e particularm. *La litis contestatio nella procedura per legis actiones*, St. Arangio Ruiz, III, p. 461 ss.

⁽²³⁾ Cfr. FEST. v. *Contestari litem*; *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote.*

Superstites, testes praesentes significat. Cuius rei testimonium est, quod superstitibus praesentibus, ii, inter quos controversia est, vindicias sumere iubentur.

Il parallelo colla *clarigatio* del diritto internazionale, cui anche il B. accenna (cfr. VOLTERRA, *L'istituto della clarigatio e l'antica procedura delle legis actiones*, St. CARNELUTTI, IV, p. 243 ss.; DONATUTI, *La clarigatio o rerum repetitio e l'istituto parallelo dell'antica procedura civile romana*, IURA, 1955, p. 30 ss.) appare valido

mento alla *legis actio sacramento*, di *ordinato iudicio* e di *testes (superstites) praesentes*, il che, a prescindere da ogni altra considerazione, non può che essere interpretato con riferimento a persone fisiche, e riporta l'invocazione alla divinità ad una remota antichità, e a un precedente piuttosto ipotetico.

Per la tesi del Jahr ⁽²⁴⁾, secondo il quale la *litis contestatio* avrebbe avuto, in ogni fase di sviluppo del processo romano, solamente un carattere documentale, dapprima come invito orale ai testimoni, successivamente come redazione di un documento scritto e sigillato, non posso che rinviare alle critiche svolte in altra sede ⁽²⁵⁾; prima fra tutte la mancanza di ogni indizio, nelle fonti, di quel tipo di documento cui si riferisce l'autore, e la difficoltà di inquadrare la documentazione formale, così come l'ipo-

fino a un certo punto. A prescindere dal rilievo che il cerimoniale della *clarigatio*, a differenza della *legis actio sacramento*, si svolge unilateralmente da parte dei Feziali romani, senza che avvenga analoga dichiarazione formale da parte degli organi religiosi della nazione cui la *clarigatio* è rivolta, la quale si limita a ricevere la dichiarazione, nelle forme prescritte (cfr. DE FRANCISCI, *Appunti e considerazioni intorno alla Columna bellica*, Rend. Acc. Pontif. Archeol., 1952/54, particularm, p. 193 s.) sta di fatto che il *ius Fetiale* è tutto dominato dalla concezione religiosa di Giove, come custode della santità dei trattati e dei rapporti internazionali, ed è quindi naturale che egli venga chiamato a testimonio della pretesa infrazione.

Nell'ambito del processo, la *legis actio sacramento* appare laicizzata fin dalle più antiche testimonianze al riguardo (cfr. oltre p. 23 s.). Il richiamo alla divinità non può quindi che essere fatto risalire, ipoteticamente, ad una remota antichità, e non lo si può in ogni caso desumere dai testi pervenutici. Contro l'applicazione *sic et simpliciter* delle concezioni privatistiche ai rapporti internazionali, cfr. del resto Gai 3, 94, a proposito della *sponsio pacis futurae*. Il fatto che, normalmente, i romani si valgano, per l'inquadramento teorico dei rapporti pubblicistici e internazionali, della terminologia e delle categorie privatistiche, non toglie che essi non abbiano chiara la nozione della diversità strutturale dei due tipi di rapporti, e che di tale diversità sia necessario tener conto nella valutazione dei relativi istituti.

Concordo invece con l'A. (ma soltanto per le *legis actiones* più antiche) nell'escludere il carattere originariamente convenzionale della *litis contestatio* (rinvio al riguardo, da ultimo, alle cit. rec. a BONIFACIO, *Translatio iudicii*, IURA, 1957, particularm. p. 460 e n. 9 e a JAHR, *Litis contestatio*, SDHI, 1960, p. 414 ss.

⁽²⁴⁾ *Litis contestatio. Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionen und im Formularverfahren.*

⁽²⁵⁾ Rec. cit., in SDHI, 1960, p. 407 ss., particularm. 414 ss.

tizza lo Jahr, nel principio, tipico del processo romano classico, della libera formazione del convincimento del giudice. In ogni caso la trattazione dell'autore tocca soltanto marginalmente il problema d'origine ⁽²⁶⁾, per il quale egli si riallaccia alla già accennata ipotesi del carattere facoltativo della divisione in due fasi del processo dell'ordo.

Un complesso di indagini sempre più numeroso ⁽²⁷⁾ vorrebbe spiegare il carattere della *legis actio sacramento* primitiva attraverso il ricorso all'ipotesi ordalica.

Il magistrato sorveglierebbe soltanto l'adempimento delle formalità rituali. Il giudizio finale spetterebbe alla divinità, chiamata a testimoniare da quale parte sia il buon diritto. L'intervento del *iudex* si sarebbe verificato soltanto in un secondo tem-

⁽²⁶⁾ *Op. cit.*, p. 23 ss. e *passim*.

⁽²⁷⁾ Per la letteratura in proposito rinvio al mio art. *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, ZSS, 1956, cit., p. 55, n. 42, e alle op. cit. in DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, I, p. 169, n. 15; nonché particolarm. a DÜLL, *Zur Frage des Gottesurteils im vorgeschichtliche römischen Zivilstreit*, ZSS, 1938, p. 17 ss.; DEKKERS, *Des ordalies en droit romain*, RIDA, 1938, p. 17 ss.; BOHACEK, *Arbitration and State-organized tribunal in the ancient procedure of the Greeks and Romans*, IURA, 1952, p. 191 ss. e Listy Filolog., 1951, p. 7 ss.; FREZZA, *Ordalia e legis actio sacramento*, Pisa, St. Class e Or., 1953, p. 63 ss.; *Preistoria e storia della lex publica*, Festschr. Pringsheim ('Αρχαίων ἱδιωτ. δικαίου), 1953, p. 56 ss.; KASER, *Altrömisches Jus*, p. 13 ss.; LÉVY BRUHL, *Le simulacre de combat dans le sacramentum in rem*, in *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, p. 171 ss. (= St. Bonfante, III, p. 81 ss.) (e cfr. *Introduction*, p. 9 e s.); *Le très ancien procès romain*, SDHI, 1952, p. 1 ss.; *Le dialogue du sacramentum*, Rev. Ét. Lat., 1952, p. 295 ss.; *La manuum consortio*, IURA, 1953, p. 169 ss.; *Les témoins de la litis contestatio*, Mél. Schwarz (Ann. Istanbul, 1955, p. 1 ss.); *Le sacramentum in personam*, St. Arangio Ruiz, II, p. 15 ss.; BISCARDI, *La litis contestatio nella procedura per legis actiones*, cit., St. Arangio Ruiz, III, p. 461 ss.; *Quelques observations sur la litis contestatio*, RIDA, 1950, cit., p. 159 ss.; GIOFFREDI, *Contribui allo studio del processo civile romano*, cit., p. 47 ss.

Adde, ora, per quanto mi consta, LÉVY BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, p. 5 ss., particolarm. p. 76 ss.; GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, p. 100 ss.; GROSSO, *Provocatio per la perduellio, provocatio sacramento e ordalia*, BIDR, 1960, p. 213 ss.; e già qualche cenno nell'art. *Monarchia, provocatio e processo popolare*, St. De Francisci, II, p. 3 ss.; J. PH. LÉVY, *Le problème des ordalies en droit romain*, St. De Francisci, II, p. 409 ss.; HORVAT, *Deux phases du procès romain*, Mél. Lévy Bruhl, p. 163 ss.

po, quando il processo avrebbe perso ogni residuo carattere religioso, e si sarebbe completamente laicizzato. E tale laicizzazione non sarebbe avvenuta in sede di *legis actio sacramento*, ma attraverso l'introduzione di un procedimento arbitrale; introduzione che, a sua volta, avrebbe coinciso con la creazione della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.

Tralascio le obiezioni relative a quest'ultima, che anche nella letteratura più recente appare un po' come il *deus ex machina* nell'evoluzione del processo civile romano; obiezioni che trovano il loro fondamento nel Gaio Antinoese, e che ho già formulato in sede di critica al volume del Lévy-Bruhl, cui è dovuta la trattazione più coerente e completa al riguardo ⁽²⁸⁾.

Per quanto concerne l'ordalia debbo richiamare quanto ho già avuto occasione di rilevare in altra sede ⁽²⁹⁾. E cioè: che l'ordalia non è diretta al convincimento del giudice, ma soltanto della controparte; che nell'ordalia il procedimento non è fissato per legge, ma preceduto dall'accordo delle parti circa la prova e le sue modalità; che l'ordalia ha luogo proprio in quei casi in cui un procedimento giudiziario è impossibile, e per sostituire quest'ultimo: caratteri tutti che differenziano nettamente il procedimento ordalico dalla *legis actio sacramento* ⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ In proposito non posso che rinviare alle conclusioni e alle critiche già formulate altrove, in particolare mettendo in rilievo l'inverosimiglianza che un'azione che Gaio stesso ci qualifica come causale, e limitata alle applicazioni esplicitamente previste da una legge specifica (Gai, 4, 17 a) potesse essere il punto di partenza per una evoluzione che trasforma radicalmente la struttura del processo civile romano. Cfr. particularm. *Procedura civile romana*, II, p. 313 ss.; III, p. 51 ss.; *Von der Selbsthilfe*, cit., p. 61; Rec. a BROCCINI, *Iudex arbiterve*, cit., *BIDR*, 1959, particularm. p. 309 ss.; rec. a LÉVY BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, cit., Labeo 1961, p. 84 ss.

⁽²⁹⁾ ZSS, 1956, cit., p. 57 ss. e riferim. ivi.

⁽³⁰⁾ Va da sè, che i rilievi in questione non escludono affatto il possibile ricorso all'ordalia, sia nell'ambito della religione, sia nella prassi della vita giornaliera (cfr. al riguardo più oltre, a proposito dei sensati rilievi di J. PH. LÉVY, *Le problème des ordalies*, p. 422 ss.).

Tanto se ci si rifaccia ai dati che sembrano indicare come genericamente esistenti le concezioni giuridico-religiose che costituiscono il presupposto dell'ordalia anche in Roma, quanto se ci si riferisca agli indizi più specifici raccolti nelle ultime

Vi sono ancora talune considerazioni di carattere generale. Nel mondo greco, l'ordalia scompare in epoca storica, proprio in funzione della netta separazione fra religione e diritto, e del fatto che sono venuti meno o in ogni caso si sono ridotti ai minimi termini gli influssi derivanti da concezioni religiose, nell'ambito del diritto e del processo. Analoga tendenza a ridurre ai minimi termini gli influssi e le sopravvivenze religiose appare manifesta, almeno se si accolgano le conclusioni dei più recenti studi in materia, nel diritto e nel processo delle XII tavole ⁽³¹⁾. Vi è soprattutto il rilievo ⁽³²⁾ che nella *legis actio sacramento* la *manuum consertio* precede, anzichè seguire la *devotio*, e che il *piaculum* non è prestato, almeno sulla base dei testi pervenutici, da entrambe le parti, ma soltanto da colui che risulta soccombente. Vi è, soprattutto, la quasi totale assenza (malgrado i tentativi, talora piuttosto audaci, di ritrovarne a ogni costo una qualche testimonianza) di tracce di ordalia nella tradizione italico-romana ⁽³³⁾.

indagini in proposito, rimane però caratteristica la constatazione che si tratta di una prassi svolgentesi stragiudizialmente, e che pertanto non entra in causa come possibile fattore di sviluppo nell'ambito del processo civile romano, nè per quanto concerne il procedimento *in iure*, nè ai fini della decisione della controversia in sede giudiziaria.

⁽³¹⁾ Cfr. per tutti J. PAOLI, *Les définitions Varroniennes des jour Fastes et Néfastes*, RHD, 1952, p. 293 ss. (appare ispirato a una diversa concezione, ma soltanto nel titolo, l'interessante art. di P. BRAUN, *Les Tabous des Feriae*, Année sociol., 1959, p. 49 ss.; le *feriae* coinciderebbero con le *operae* dovute alle forze soprannaturali); LATTE, *Religiöse Begriffe im frühromischen Recht*, ZSS, 1950, p. 47 ss.; WIEACKER, *Zwölftafelprobleme*, RIDA, 1956, particularm. p. 478 ss., soprattutto nel senso di ridurre al minimo i residui di concezioni magico-religiose; VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, SDHI, 1953, p. 38 ss.

⁽³²⁾ Cfr. *Procedura civile romana*, II, p. 105 s. e cit. *ivi*.

⁽³³⁾ Gli indizi che, a tutt'oggi, la dottrina ha ritenuto di accogliere a favore di un procedimento di carattere ordalico nelle fonti romane, non vanno molto al di là di quelli elencati nel testo. L'estrazione a sorte, e la parodia di duello nella Casina Plautina, la cui derivazione da fonte greca si può considerare accertata (cfr. da ultimo J. PH. LÉVY, cit., p. 420 e n. 4). Rimane la difficoltà, fattami cortesemente rilevare dal Prof. Forni, di un riferimento all'ordalia, risalente a una fonte greca del III secolo a.C.; ma la difficoltà concerne, in ogni caso, la fonte greca, piuttosto che l'istituto romano. Per il duello giudiziario si potrebbe invece

A parte la testimonianza della Casina Plautina citata dal Düll, nella quale la fattispecie è tratta con notevole probabilità dai diritti greci, i dati in proposito si riducono alla testimonianza di Nicola Damasceno sul duello giudiziario presso gli Umbri, testimonianza tardissima, e che non è chiaro se si riferisca all'inquadramento di atti di difesa privata o ad un procedimento di carattere ordalico: alla leggenda sul combattimento degli Orazi e Curiazi e sul successivo processo di *perduellio* dell'Orazio superstita, richiamata di recente a questo proposito dal Grosso, ma

pensare all'origine umbra di Plauto, e porre la testimonianza in relazione con l'altra di Nicola Damasceno, su cui più oltre. Restano, comunque, i problemi relativi a quest'ultimo (difesa privata o ordalia?).

Per la testimonianza di Nicola Damasceno, Hist. Gr. min. 1, 146 fr. 7 cfr. la mia *Procedura civile romana*, II, p. 100 e cit. ivi.

Sono ancora richiamati, al riguardo: il procedimento praticato dai Siculi, presso il santuario dei Palici (Diod. 11, 89, 5/8; Macrob., Saturn. 5, 19, 28/29; cfr. FREZZA, *Ordalia*, cit., p. 64 ss. e oltre n. 35) riallacciandosi ad un rito antichissimo e svolgentesi stragiudizialmente. Analogo rilievo vale per la prova dell'acqua in Sardegna, cit. in Solinus, 11, 89 (cfr. DEKKERS, cit., p. 64; LÉVY, cit., p. 241, n. 6).

È infine citato l'episodio della prova del fuoco affrontata dinanzi a Porsenna da Muzio Scevola, e il combattimento fra gli Orazi e Curiazi, col successivo processo di *perduellio* dell'Orazio vincitore. Testimonianze tutte assai dubbie, in quanto si tratta di leggende suscettibili di diverse interpretazioni.

Per l'episodio degli Orazi e Curiazi, cfr. da ultimo GROSSO, *Provocatio per la perduellio*, cit., e oltre n. 34. Quanto alla leggenda di Muzio Scevola J. PH. LÉVY, *Problèmes des ordalies*, cit., p. 421 la riferisce esplicitamente ad una prassi etrusca.

Si riferisce infine a una prassi dei Franchi la prova del pane consacrato in ps. Acron., sch. a Hor., Epist. 1, 10, 10: LÉVY, cit., p. 421, n. 7.

Quanto agli episodi delle vestali Tuccia ed Emilia e della matrona Claudia Quinta posti in luce dall'A. (ibid. p. 410 ss., e ivi anche per le testimonianze in proposito) a prescindere dal fatto che gli episodi stessi non vengono intesi come ordalie nelle fonti relative, si tratta in ogni caso di assoggettamento volontario e unilaterale da parte della donna accusata, ad una prova che si svolge stragiudizialmente, senza alcuna formalità, e di sola iniziativa di colei che è accusata o sta per esserlo. Manca pertanto ogni accordo circa la prova da compiere e le relative formalità; manca ogni traccia dello Schwurgericht che contraddistingue l'ordalia greca e germanica. Se pure la concezione religiosa che sta alla base degli episodi in questione è quella stessa cui si riallaccia l'ordalia, mancano però i presupposti formali di quest'ultima. Restano, infine, le allusioni, raccolte con encomiabile diligenza dallo stesso Lévy nelle fonti retoriche e oratorie, a quel complesso di eventi che vengono qualificati *divina testimonia*. A prescindere, anche qui, dal

rispetto alla quale vale l'obiezione, già rilevata a proposito della *legis actio sacramento in rem*, che la tradizione storica, pur con tutte le sue incertezze, ci presenta il combattimento (e cioè la presunta ordalia) come anteriore, e non successivo alla *provocatio*, e, pertanto, non sembra esservi traccia diretta di ordalia nel corso del procedimento ⁽³⁴⁾. Vi è ancora la testimonianza rela-

problema estremamente delicato e tuttora aperto, di valutare il valore delle fonti retoriche come testimonianze di diritto applicato, è da rilevare che gli eventi cui si fa riferimento vengono considerati, nelle fonti stesse, sotto il profilo della teoria della prova, e, quindi, tra i vari fattori che concorrono, nel diritto romano classico, alla formazione del libero convincimento del giudice (cfr. i dati raccolti dall'A. a p. 417 ss.). Siamo quindi in tutt'altro terreno da quello dell'ordalia, nella quale la pronuncia della divinità, una volta che si sia manifestata nel modo e secondo il cerimoniale concordato in precedenza fra i contendenti, aveva carattere definitivo, e troncava ogni ulteriore procedimento.

Le conclusioni, anche dopo l'esauriente ricerca del Lévy, mi pare si restringano a quelle che l'A. stesso ha formulato, con commendevole prudenza. La possibilità, cioè, che esistesse anche in Roma e presso le popolazioni italiche la concezione di un intervento della divinità a favore di chi afferma il giusto, o è ingiustamente accusato. Una concezione analoga, cioè, a quella che nella società germanica e greca costituisce il presupposto dell'ordalia. La possibilità, anche, di talune applicazioni stragiudiziali di quest'ultima, per quanto già a questo proposito le tracce ne siano estremamente scarse ed incerte.

Nessuna dimostrazione sicura, invece, dell'ordalia, come procedimento per dirimere controversie, e tanto meno di un suo riferimento al processo civile. Che anzi, per quanto riguarda l'ordalia in genere, l'A. rileva come il fatto che già nelle fonti dell'età repubblicana o del primo principato i possibili originari riferimenti ad essa vengono, in genere, snaturati o fraintesi presuppone la scomparsa da gran tempo di ogni tradizione in proposito.

Per la *legis actio sacramento*, l'A. stesso si limita a rilevare che l'interpretazione ordalica presenta minori difficoltà di altre, il che equivale a riconoscere come non ve ne sia alcun indizio, nemmeno indiretto, nella struttura dell'azione.

⁽³⁴⁾ *Provocatio per la perduellio, provocatio sacramento e ordalia*, cit., BDR, 1960, p. 213 ss. L'A. cerca di superare la difficoltà rilevata nel testo, ipotizzando che sull'episodio degli Orazi e Curiazi si sia inserita una successiva *provocatio*; la sfida, cioè, con relativo ricorso all'ordalia, fra i *IIviri perduellionis* e l'accusato. In tale sfida i *IIviri*, anziché presentarsi come giudici, (come avverrebbe nel caso che il processo si fosse svolto dinanzi ai *quaestores parricidii*) si presenterebbero nella veste di accusatori, pronti a sostenere la prova ordalica per l'accusa stessa.

Indipendentemente dal carattere ipotetico dei dati su cui riposa tale ricostruzione, e dalla difficoltà di concepire una magistratura che avesse per funzione costante quella di sottoporsi alle prove che, di volta in volta, dovrebbero giusti-

tiva all'ordalia praticata dai Siculi presso il santuario dei Palici, risalente ad un culto italico antichissimo, e comunque svolgentesi stragiudizialmente.

Esempi tutti troppo incerti, e comunque troppo indirettamente connessi con il processo romano, perchè se ne possano trarre deduzioni sufficientemente probanti.

Lo stesso Frezza ⁽³⁵⁾, del resto, tenta di giustificare l'assenza di testimonianze storiche, supponendo che nel processo romano si sovrapponevano due elementi diversi: la difesa privata ritualizzata, che trova la propria espressione nella *manuum consertio* della *legis actio sacramento*, e un giudizio di carattere ordalico, le cui modalità verrebbero fissate di volta in volta dalle parti, il che spiega come non ne sarebbero rimaste che scarsissime testimonianze indirette. Ma una tale interpretazione equivale al ricondurre comunque l'origine del processo alla difesa privata, e al riconoscere come non esistano testimonianze persuasive di un procedimento ordalico presso le popolazioni romano-italiche ⁽³⁶⁾.

Un diverso tentativo di collegare la *legis actio sacramento* con l'ordalia è stato compiuto dal Lévy-Bruhl, seguito ora da J. Ph. Lévy e dallo Horvat ⁽³⁷⁾. La *legis actio sacramento*, come

ficare l'accusa, la maggiore difficoltà mi pare peraltro consista nell'ammettere due diversi tipi di processo popolare, fondati su concezioni nettamente antitetiche, come la *perduellio* e il *parricidium*: il primo, fondato sulla *provocatio* e il ricorso all'ordalia; il secondo sulla difesa privata legalizzata e delimitata sotto il profilo del taglione, così come è posto in luce dal COLI, *Paricidas esto*, St. Paoli, p. 171 ss.; ricostruzione che sembra essere accolta dallo stesso GROSSO, *op. cit.*, p. 218.

⁽³⁵⁾ *Ordalia*, cit., p. 66 ss.; cfr. inoltre J. PH. LÉVY, cit., p. 430 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. i rilievi formulati più sopra, n. 30 e 33.

⁽³⁷⁾ *Recherches sur les actions de la loi*, cit., p. 71 ss., nonché le altre op. dell'A. cit., a n. 27. Cfr., nello stesso senso, NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil*, p. 275 ss.; *Fos et jus*, p. 45 ss.; HORVAT, *Deux phases du procès romain*, Mél. Lévy Bruhl cit., p. 163 ss.

Tralascio le semplici affermazioni apodittiche, che si trovano talora nella dottrina, e che giustificano l'ipotesi ordalica sotto il mero profilo della probabilità, in quanto altrimenti il problema d'origine del processo primitivo non presenterebbe via d'uscita. Quanto all'affermazione dello HORVAT, *Deux phases*, cit., p. 169, che il processo si esauriva, in sostanza, nella fase *in iure*, lasciando al-

ci appare attraverso la testimonianza di Gaio e delle fonti letterarie, rispecchierebbe il procedimento più recente, laicizzato.

Nell'età regia il processo si arresterebbe, una volta che le parti avessero compiuto esattamente le formalità prescritte, al sacrificio della vittima piaculare. Tale sacrificio, che successivamente è sostituito dal deposito della *summa sacramenti*, sarebbe stato originariamente compiuto da entrambe le parti, e non dal solo soccombente. L'*extispicium*, l'esame delle interiora della vittima, permetterebbe di determinare quale dei due sacrifici è accetto alla divinità, e pertanto quale delle due parti ha pronunciato il vero, e di arrestare quindi a questo punto il procedimento. Se nonchè, a prescindere da altri rilievi già formulati altrove⁽³⁸⁾ (la somma, che la parte soccombente perde non prima, ma dopo la decisione della controversia, non è che il *piaculum* per il falso sacramento e nulla lascia supporre a un suo diverso carattere originario) sta di fatto che l'esame delle interiora non ha affatto lo scopo di dedurne un giudizio della divinità. Esso indica soltanto che la vittima è, o meno, regolare, e pertanto gradita; e, in caso di un suo rifiuto da parte del dio, implica solamente la necessità di immolarne una nuova, per ottenere la *litatio*⁽³⁹⁾.

l'arbitrio della divinità la manifestazione del giudizio, affermazione che si riallaccia, *mutatis mutandis*, alle interpretazioni del FREZZA, del LÉVY BRUHL, del KASER (*Altrömisches Ius* p. 18 ss.) e di J. PH. LÉVY, cit., è a rilevare che lo spostamento del centro di gravità del processo, accentuandone alla prima fase (conclusione del resto che io stesso condivido), non induce necessariamente ad ammettere l'ipotesi ordalica, ma, di per sé, è suscettibile di molteplici interpretazioni. Esso si adatta, infatti, tanto all'ipotesi ordalica, quanto all'interpretazione, che ritengo di accogliere, e che fa derivare il processo civile dall'inquadramento della difesa privata, alla quale soltanto soprintende, nel periodo più antico, il magistrato; quanto, infine, con l'ipotesi Wlassakiana della recezione dell'arbitrato, rimessa esclusivamente all'accordo tra le parti.

⁽³⁸⁾ Rec. in Labeo, 1961, cit., p. 82 ss., e cit., ivi. Cfr. anche i rilievi di FREZZA, *Ordalia*, cit., p. 66 e n. 1 e *Preistoria e storia della lex publica*, Festschr. Pringsheim p. 70 ss. e di J. PH. LÉVY, *Problème des ordalies*, cit., p. 431 ss.

⁽³⁹⁾ Cfr. THULIN, v. *Haruspices*, in *PW*, e i testi ivi cit.; J. PH. LÉVY, cit., p. 432, n. 1; CATALANO, v. *Aruspici*, in *NNDI e Contributi allo studio del diritto augurale*, I, p. 204 e cit., ivi.

Nessuna ricerca del volere della divinità, quindi nessun possibile riferimento all'ordalia.

Se, a queste considerazioni, aggiungiamo l'inverosimiglianza che (a differenza di quanto è accaduto nel mondo germanico *sacramentum*, e, infine, l'assegnazione definitiva (anzichè interirresse comunemente presso le popolazioni italiche, sia scomparso senza lasciare che qualche traccia assai problematica; se, infine, rileviamo che, ammesso un tale procedimento, questo sarebbe rimasto fine a se stesso, e non si comprende (a meno di ricorrere, come s'è visto, al *deus ex machina* della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*) come si sia potuta sviluppare la figura del *iudex*, e il relativo processo laicizzato, diviso nelle due fasi che gli sono caratteristiche per tutta l'epoca classica, se ne ricaverà, ancora oggi, la conclusione che gli argomenti contrari all'ipotesi ordalica, malgrado il suo frequente riaffiorare, appaiono notevolmente prevalenti rispetto a quelli favorevoli.

Son tornato piuttosto diffusamente sul problema dell'ordalia, sia per il favore di cui il richiamo ad essa gode nella dottrina più recente, sia perchè le critiche al riguardo costituiscono il punto di partenza per valutare la ricostruzione del Gioffredi ⁽⁴¹⁾.

Tesi centrale dell'Autore è che lo *ius* è il frutto, di volta in volta, della risoluzione della controversia da parte del magistrato giurisdicente. La norma non preesiste, ma emerge dalla risolu-

⁽⁴⁰⁾ Cfr. il già cit. art. *Von der Selbthilfe*, ZSS, 1959, p. 59. La scomparsa di tracce sicure di ordalia presso le popolazioni romano-italiche è tanto più significativa se confrontata con le testimonianze, numerose nel mondo germanico: più rare, ma sicure, e abbastanza cospicue, fino al V sec. a.C. nel mondo greco. Anche in tali diritti il procedimento ordalico si svolgeva stragiudizialmente, secondo un cerimoniale concordato tra le parti, e per il caso in cui un procedimento giudiziario fosse difficilmente ammissibile, e quindi in sostituzione di quest'ultimo. I presupposti di partenza sono quindi gli stessi che vengono adottati per giustificare l'assenza, o quanto meno l'estrema scarsità e l'insicurezza delle testimonianze relative al processo romano. Tanto più significativo, quindi, il contrasto.

⁽⁴¹⁾ *Contributi allo studio del processo civile romano*, p. 9 ss.; ripresi ora e rifusi nel vol. *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, particolarmente p. 87 ss.

zione della controversia, e costituisce il precedente per la soluzione dei casi analoghi. Principale argomento in favore di tale interpretazione, sarebbe l'antichità della nozione di *iurisdictio*, nel senso della pronuncia autoritativa che risolve la controversia. *Iudex*, nel senso di colui che *iudicat* sarebbe invece una accezione recenziore. (È però a dire che i testi nei quali il magistrato è qualificato col nome di *iudex* sono scarsi e tutti relativamente tardi: la qualifica originaria del magistrato giurisdicente è sempre quella di *praetor*)⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ I testi cit. dal GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit., p. 59 s., son tutti tardi e generici (Cic., De Leg. 3, 3, 8; Liv. 3, 55, 12; Varr., De lingua lat. 6, 88). E, del resto, la tesi secondo la quale il magistrato supremo di Roma, fin dalle origini si sarebbe qualificato *iudex* urta contro l'obiezione che, finora, mi sembra insuperabile, che la qualifica più antica di esso sembra essere stata quella di *praetor*, anzichè *iudex* (cfr. Liv. 3, 55, 11/12 e GIOFFREDI, op. cit., p. 62, n. 15, nonchè, in particolare, DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, I, p. 171, e n. 20, 21 e la rec. di PUGLIESE a *Diritto e processo*, cit., IURA, 1956, p. 196).

Del resto, lo stesso Gioffredi deve ipotizzare che la qualifica di *iudex* sarebbe stata soppiantata già *ab antico* da quella di *praetor*, in conseguenza della necessità di una guida militare nelle ripetute guerre di Roma. Manca però nelle fonti qualsiasi traccia, tanto di tale sostituzione, quanto del fatto che la qualifica di *iudex* sarebbe stata, delle due, quella originaria.

Vi è anche un altro aspetto, sotto il quale potrebbe essere configurata l'originaria investitura del magistrato come organo preposto alla funzione giurisdizionale; che, cioè, il termine *praetor* possa derivare da *praeire verbis*, e cioè dall'indicazione del rituale da seguire nell'esercizio della *legis actio*. Ed è tale interpretazione, già proposta a suo tempo dal TÄUBLER, *Imperium romanum*, p. 13, che ho tentato di giustificare, ipoteticamente, raccogliendo una serie di indizi in proposito, nell'art. su *Il verba praeire delle più antiche magistrature romano-italiche. Spunti per la valutazione dell'imperium*, Symb. Taubenschlag, I, p. 439 ss., e cit., ivi. Senonchè, proprio contro una tale interpretazione sono rivolte le critiche del GIOFFREDI, *Sulle attribuzioni sacrali dei magistrati romani*, IURA, 1958, p. 22 ss.; e debbo riconoscere che talune critiche sono valide, pur non avendo forse l'A. tenuto adeguatamente conto del fatto che nel citato art. in Symb. Taubenschlag la funzione sacerdotale è tenuta distinta dall'intervento magistratuale, e che soltanto il magistrato, in quanto titolare degli *auspicia*, può compiere la pronuncia vincolativa per le parti, che al sacerdote non era possibile: pronuncia che rimane pertanto distinta dall'indicazione sacerdotale (cfr. da ultimo, in senso analogo, ma lasciando aperte entrambe le soluzioni, CATALANO, *Diritto augurale*, cit., p. 209 ss.; 256 e cit., ivi).

In ogni caso, è infine da rilevare che una tale pronuncia riguarderebbe soltanto il rituale da seguire, e non potrebbe identificarsi con la pronuncia del giudicato, avente carattere costitutivo, così come la configura l'A.

Per quanto riguarda la *legis actio sacramento*, la struttura di tale azione, così come ci appare nella legge delle XII Tavole e nelle testimonianze relative, sarebbe il risultato di successive stratificazioni, ciascuna delle quali corrisponderebbe a un diverso tipo di processo: un procedimento a carattere ordalico, che si identificherebbe col duello giudiziario espresso, nella *legis actio sacramento*, dalla *manuum consertio*; successivamente, il doppio *sacramentum*, e, infine, l'assegnazione definitiva (anzichè interinale come in seguito) delle *vindiciae* alla parte che avesse presentato il maggior numero di *coniuratores*. Tali *coniuratores* vengono poi identificati dall'A. con la figura del *vindex*, cioè della persona che interviene autoritativamente a sostegno delle parti in contesa; e questa identificazione verrebbe giustificata sulla base dell'etimologia proposta dal Devoto: *vindex* da *ven-dicere*, anzichè da *vim-dicere*, come riteneva la dottrina tradizionale ⁽⁴³⁾.

Il libro del Gioffredi rappresenta un contributo notevolmente bello e importante anche per chi non ne condivida che in parte assai ridotta le conclusioni.

È però chiaro, anche a prescindere dalle obiezioni di carattere particolare che ho già formulato altrove ⁽⁴⁴⁾, e da una certa inverosimiglianza che appare *in re ipsa*, a chi consideri la complessità della sovrapposizione dei diversi procedimenti che avrebbero portato alla *legis actio sacramento* (complessità, del resto, già da altri rilevata) ⁽⁴⁵⁾, che l'ostacolo principale contro

⁽⁴³⁾ DEVOTO, *I problemi del più antico vocabolario giuridico romano*, Atti Congr. Int. dir. rom., Roma I, p. 30; *Tabulae Eugubinae*, p. 339; *Relitti lessicali della vita della Sippe. Paricidas, Vindex*, St. Besta, I, p. 552; nonchè LEIFER, *Zum römischen Vindex-problem*, Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss, 1935, p. 5 ss.; GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., p. 91 ss.; ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique*³, II, s.v. p. 1302 s.

Per quanto riguarda il *vindex* cfr. però oltre, in sede di critica a Brogini. Per i *coniuratores*, come manifestazione di solidarietà di gruppo, e per il loro inquadramento nel processo sotto un profilo diverso da quello prospettato dall'A. cfr. il già cit. art. *Von der Selbsthilfe*, p. 54, e cit., ivi e PRINGSHEIM, *Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque*, RIDA, 1951, p. 161 ss.

⁽⁴⁴⁾ *Procedura civile romana*, II, p. 173 ss.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. PUGLIESE, rec., cit., a GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., IURA, 1956, p. 198.

le conclusioni in esso enunciate è costituito, anche qui, dalla difficoltà ad ammettere l'ipotesi ordalica, sia sotto il profilo tradizionale, che attraverso la più recente formulazione del Lévy-Bruhl. Vi è ancora qualche altro rilievo: l'ipotesi dell'A., come le altre precedentemente esaminate, porta ad un procedimento che si esaurisce in se stesso. La sentenza, in ciascuna delle tre fasi ipotizzate (che si riallacciano tutte a concezioni egualmente primitive: ciò che rende, pertanto, difficilmente ipotizzabile il processo che avrebbe portato a una successiva stratificazione nella *legis actio sacramento*) è rimessa alla pronuncia costitutiva della divinità, o, successivamente del magistrato-*iudex*, senza che si possa comprendere per quale via si siano inseriti gli sviluppi ulteriori e soprattutto, la divisione del processo in due fasi, la seconda delle quali caratterizzata dall'intervento del *iudex* privato. Vi è, infine, un ulteriore rilievo che mi sembra di un certo peso. Il Gioffredi ravvisa l'origine della nozione di *ius* nella pronuncia, di carattere costitutivo, formulata dal magistrato in sede di risoluzione della controversia singola ⁽⁴⁶⁾. Egli si riallaccia pertanto alla concezione del Kaser ⁽⁴⁷⁾, che identifica la nozione più antica del diritto sotto il profilo del Fallrecht: della casistica concreta che costituisce il precedente per la risoluzione di casi analoghi.

Se, peraltro, la ricostruzione del Kaser appare, nelle sue linee essenziali, e a prescindere dall'ordalia, abbastanza coerente, è a dire che, sia che si veda la risoluzione della controversia sotto il profilo dell'ordalia (la pronuncia della divinità che indica quale delle due parti abbia agito a buon diritto), sia che la si veda sotto il profilo del magistrato che *ius dicit*: che enuncia, cioè, con carattere vincolativo quale è il rituale e quale la norma cui devono conformarsi le parti, entrambe le nozioni pre-

⁽⁴⁶⁾ *Contributi allo studio del processo civile romano*, cit., p. 44 ss.; *Diritto e processo*, cit., particularm., p. 58 ss.; *Ius, Lex, Praetor*, cit.

⁽⁴⁷⁾ *Das altrömische Ius* cit., particularm. p. 33 ss.; per i rilievi al riguardo cfr. la mia rec. in *SDHI*, 1959, p. 287 ss., e la *Epigrafa giuridica greca e romana*, III, *SDHI*, 1951, Suppl. p. 351.

suppongono, più o meno esplicitamente, l'esistenza di un ordinamento fisso e immutabile al quale si ricollegano, rispettivamente, la pronuncia della divinità o del magistrato ⁽⁴⁸⁾. Ed è proprio in questa contraddizione fra la pronuncia concreta, sotto il profilo del Fallrecht, e l'esistenza del *ius* concepito come un ordinamento fisso a carattere generale (concezione che, per un complesso di indizi, ritengo ancor oggi fundamentalmente valida) che mi sembra si debba individuare l'obiezione più seria alla ricostruzione del Gioffredi, come già del Kaser ^(48-bis).

La necessità di rifarmi alla dottrina tradizionale e alle maggiori difficoltà che essa presenta, per giustificare, alla luce di essa, gli sviluppi critici e interpretativi più recenti, mi ha costretto a prolungare la mia esposizione più del previsto.

Per non esorbitare eccessivamente dai limiti di una conferenza, dovrò quindi trattare della tesi del Broggini ⁽⁴⁹⁾ in modo

⁽⁴⁸⁾ Per la concezione dell'esistenza di un ordinamento giuridico inderogabile, oltre al fondamentale art. di ARANGIO RUIZ, *La règle de droit et la loi dans l'antiquité classique*, in *L'Égypte contemporaine*, 1938, (estr.), cfr. particolarmente la letteratura cit. nella rassegna, *Epigrafia giuridica greca e romana*, III, p. 365 e *Rassegna epigrafica greco-romana*, IV, *IURA*, 1957, p. 427 (in particolare FREZZA, *Preistoria e storia della lex publica*, cit.).

Per il presupposto di tale immutabilità sul terreno della liceità religiosa, del *fas*, cfr. particolarmente ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano nel diritto di Roma*, Riv. int. filos. dir., 1941, p. 1 ss. Che, del resto, già in età abbastanza remota, al di sopra della pluralità degli dei, ciascuno preposto ad una funzione specifica, si sia sviluppata la nozione del *Fatum*, come ordinamento religioso immutabile, che gli dei esprimono attraverso i segni augurali, può essere considerato come sufficientemente sicuro, anche se rimane dubbio fino a che punto tale nozione sia stata influenzata, in epoca relativamente recente, dalla concezione greca della *Moirai*. Cfr. per tutti DE SANCTIS, *Storia dei romani*, I, p. 251 ss., 279 ss.; WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, p. 213 s.

^(48-bis) Per quest'ultimo cfr. già la cit. rec. in *SDHI*, 1949, p. 294 ss.

⁽⁴⁹⁾ *Vindex und Iudex. Zum Ursprung des römischen Zivilprozesses*, ZSS, 1959, p. 113 ss.; cfr. inoltre, dello stesso A., *Iudex arbiterve*, cit., particolarmente p. 24 ss.; *Der Ursprung der römischen iurisdictio*, Zeitschr. f. schweiz. Recht, 1957, p. 333 ss.; *La prova nel processo romano arcaico*, *Ius*, 1960, p. 348 ss., in cui l'A. si riallaccia, per le origini, sostanzialmente all'ipotesi ordalica e alle conclusioni di J. PH. LÉVY, cit. Per quanto concerne la *legis actio sacramento*, anche l'A. suppone che il procedimento si arrestasse alla duplice *devotio*, lasciando la pronuncia definitiva alla divinità.

estremamente sommario, anche perchè in questa sede intendo limitarmi al problema d'origine del processo, rinviando, per la parte che riguarda il passaggio al procedimento formulare, alle critiche già espresse altrove ⁽⁵⁰⁾.

L'A. parte da una presa di posizione antitetica nei confronti dell'interpretazione, più sopra enunciata, che ritiene che le *legis actiones* abbiano avuto origine dal progressivo inquadramento di atti di difesa privata da parte dello stato. L'A. esclude invece, fin dall'inizio, che la difesa privata abbia mai potuto costituire la fase iniziale dei rapporti fra individui o fra gruppi. Il processo sarebbe stato, fin dalla più remota antichità, una delle funzioni essenziali ed irrinunciabili dello stato, e sarebbe caratterizzato, nella sua fase originaria, dall'intervento autoritativo del *vindex*, del rappresentante del gruppo agnatizio, che aveva luogo nelle *vindicationes* (*manus iniectio iudicati* o *damnati*).

L'intervento del *vindex* presuppone pertanto, a sua volta, un precedente giudicato che aveva luogo o che era in corso di svolgimento dinanzi al *iudex* o al *rex*. Con lo sparire del consorzio agnatizio, e cioè già prima della legge delle XII Tavole, sarebbe sparita anche la figura più antica del *vindex* in quanto rappresentante di tale gruppo, e l'azione verrebbe intentata direttamente dal *paterfamilias*.

A sostegno di tale tesi l'A. presenta talune argomentazioni di carattere generale, e altre basate sulle fonti e sulla struttura del processo. Argomentazioni di carattere generale: lo stato non si può mai essere disinteressato di una funzione essenziale, quale l'esercizio della giurisdizione. La tesi che ravvisa l'origine del processo nell'esercizio della difesa privata si baserebbe sulla concezione razionalistica dell'*homo homini lupus*, ma, all'infuori di tale concezione, non avrebbe alcun fondamento storico.

Gli altri argomenti concernono l'interpretazione dei raggruppamenti minori nell'ambito dello stato, per i quali l'A. si

(50) Cfr. la mia rec. cit. in *BIDR*, 1959, p. 301 ss.

riallaccia alla dottrina del Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici ⁽⁵¹⁾.

E infine, più direttamente, l'etimologia proposta dal Devoto e già accolta dal Gioffredi ⁽⁵²⁾, di *vindex* da *ven-dicere*, anzichè da *vim-dicere*: per indicare, cioè, colui che, anzichè contestare la illegittimità della violenza, interviene autoritativamente a favore dell'una o dell'altra parte in contesa.

Sembra abbastanza facile rispondere alle argomentazioni di carattere generale. È piuttosto evidente, infatti, l'equivoco in cui cade l'A. quando riconduce l'esercizio della difesa privata, nella fase originaria del processo civile, alla reazione di fatto, al *bellum omnium contra omnes*.

Ho volutamente riportato, più sopra, per sottolineare il carattere esecutivo del più antico procedimento *per legis actiones*, talune mie affermazioni del 1948 ⁽⁵³⁾. Da esse risulta infatti chiaramente come la difesa privata non venga mai concepita, nell'ambito dello stato primitivo, come semplice reazione di fatto, ma come solenne affermazione del proprio diritto: il che consente di porre in moto, a favore di colui che ha compiuto tale affermazione, e nel caso che questa non venga contestata, quelle forme di solidarietà di gruppo che, nella debolezza dello stato primitivo, sono sorte per assicurare la tutela dell'individuo; mentre, in caso di contestazione, da quest'ultima nascerà il processo di cognizione, così come l'ho precedentemente prospettato.

Ma un tale rilievo permette, a sua volta, di meglio valutare la seconda obiezione del Brogginì. In realtà, la ricostruzione del passaggio dalla difesa privata al procedimento *per legis actiones*

⁽⁵¹⁾ *Iudex arbiterve*, cit., p. 25 ss. Per le obiezioni all'applicazione pura e semplice della dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici alle organizzazioni familiari e gentilizia romana rinvio ai miei *Rilievi critici in tema di organizzazioni preciviche*, St. Cicu, I, p. 459 ss., e, da ultimo, a ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, Ius, 1961, p. 1 ss., e bibliogr. cit., a p. 15 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. sopra p. 25 e n. 43, e particolarm. oltre p. 32 e n. 63.

⁽⁵³⁾ *Procedura civile romana*, II, p. 76 n.

non trova il proprio fondamento in concezioni razionalistiche, quanto piuttosto in un impiego, che mi sembra scientificamente valido, del cosiddetto metodo naturalistico ⁽⁵⁴⁾.

I presupposti che la giustificano sono, oltre alle sopravvivenze della solidarietà di gruppo che la critica ha largamente riconosciuto, sia nell'ambito del processo che dei delitti privati ⁽⁵⁵⁾, il persistere, in Roma, della liceità della difesa privata fino ad un'epoca assai inoltrata del principato, con un'ampiezza che a noi moderni appare inconcepibile (anche questo, un risultato che nelle indagini più recenti può essere considerato acquisito) ⁽⁵⁶⁾. E, ancora, l'interpretazione dello stato primitivo, e dei rapporti fra questo e i raggruppamenti minori, secondo le linee che ho più volte cercato di delineare, e sulle quali non posso ritornare in questa sede ⁽⁵⁷⁾.

È in questo quadro, infatti, che trovano la propria spiegazione le diverse forme nelle quali si manifesta la solidarietà di gruppo, e gli stadi successivi del suo inquadramento nel processo: e qualsiasi tentativo di affrontare quest'ultimo problema prescindendo da un'indagine approfondita dei rapporti fra gruppi rischia di portare a conclusioni unilaterali.

Il Brogginì sembra riallacciarsi alla teoria patriarcale, nella forma in cui è oggi sostenuta dal Westrup, nella quale il consorzio agnatizio costituirebbe l'anello intermedio fra la *familia* e

⁽⁵⁴⁾ Anche su questo punto debbo limitarmi a rinviare, per tutti, all'art. *Il passaggio dall'ordinamento gentilizio alla monarchia in Roma, e l'influenza dell'ordinamento delle gentes nella costituzione romana durante la monarchia e la prima repubblica*, Atti Conv. Lincei, *Dalla tribù allo stato*, p. 205 ss. e n. 22.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. il già cit. art.; *Von der Selbsthilfe*, p. 43 ss. e cit., ivi, e, da ultimo, *Il passaggio dell'ordinamento gentilizio alla monarchia*, cit., p. 225 ss.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. la letteratura cit., a p. 9 e n. 14, e particolarmente, da ultimo, G. WESENER, *Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht*, Festschr. Steinwenter, p. 100 ss. e cit. ivi.

⁽⁵⁷⁾ Rinvio per tutti, anche su questo punto, alla già cit. relazione *Il passaggio dall'ordinamento gentilizio alla monarchia*, e alla bibliografia, ivi, p. 193 e n. 2.

i raggruppamenti più ampi (genti, curie) ⁽⁵⁸⁾. Senza entrare in un argomento di cui mi sono occupato più volte, è però significativo che il Brogginì, per giustificare il primitivo intervento dell'*arbiter* nelle controversie tra gruppi si riallacci alla pratica dell'*endoplorare*, così come viene ricostruita nell'interpretazione del Wieacker ⁽⁵⁹⁾, attraverso gli stadi successivi dello *Jammer-ruf*, che diviene in seguito *Hilferuf* e *Gerichtsruf*; si riallacci cioè ad un tipico caso di processo collettivo, che trova il proprio fondamento in quella difesa privata che l'A. intende escludere ⁽⁶⁰⁾.

Per quanto riguarda, infine, l'intervento autoritativo del *vindex* (a prescindere dal fatto che l'intera costruzione si fonda su un'etimologia non del tutto sicura) ⁽⁶¹⁾ è sufficiente rilevare

⁽⁵⁸⁾ Anche per la recente letteratura sull'interpretazione patriarcale della *familia* e della *gens*, e sul preteso consorzio agnatizio, come anello intermedio tra l'una e l'altra, e per i rilievi critici al riguardo, cfr. la relaz. *Il passaggio dall'ordinamento gentilizio alla monarchia in Roma*, p. 209 e n. 34, 35.

⁽⁵⁹⁾ *Iudex arbiterve*, cit., p. 25 ss., e cit., ivi; cfr. WIEACKER, *Endoplorare. Diebstahlverfolgung und Gerüft im altrömischen Recht*, Festschr. Wenger, I, p. 129 ss., e cit., ivi; nonché, per l'inquadramento del Gerüft in un originario processo collettivo basato sull'evidenza: in una forma, cioè, di difesa privata legalizzata, le rec. al vol. *Iudex arbiterve*, cit., di PUGLIESE, *IURA*, 1958, p. 216; WIEACKER, *ZSS*, 1959, p. 583 ss.

⁽⁶⁰⁾ Per gli indizi relativi ad un originario processo collettivo basato sull'evidenza dei fatti, e per il riferimento a un tale processo della pratica dell'*endoplorare*, oltre alle op. cit. alla n. prec. cfr. il mio vol. *Per un'ipotesi sull'origine e la natura delle obbligazioni romane*, p. 159 ss., e cit., ivi; *Procedura civile romana*, I, p. 158 ss.; II, p. 73 ss.

⁽⁶¹⁾ Dobbiamo prescindere dal fatto che l'interpretazione strutturale dell'intervento del *vindex*, come risulta dalle fonti pervenute, sembra doverci ricondurre alla etimologia tradizionale da *vim-dicere*. La constatazione spiega bensì le resistenze degli storici del diritto ad accogliere una diversa etimologia, e le divergenze tra questi e i glottologi. Ma, a parte quanto verrà rilevato più oltre (p. 32 e n. 63) circa l'equivalenza delle diverse interpretazioni proposte ai fini della valutazione circa la natura di tale intervento, appare di tutta evidenza che il richiamo ad una etimologia da *vim-dicere*, sulla base di un'interpretazione strutturale che rimane anch'essa in larga parte ipotetica, si risolverebbe in un mero apriorismo.

Comunque, anche a prescindere da un tale rilievo, cfr. per le etimologie proposte, ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, cit., II, p. 1303 nonché le cit. in GIOFFREDI, *Diritto e processo*, p. 93 e n. 25.

che, indipendentemente dal dato etimologico, le fonti ci riportano o all'interpretazione del Lenel (il *vindex* è colui che contesta la legittimità della *manus iniectio*) ⁽⁶²⁾ o, comunque, all'intervento dei testimoni come garanti processuali, come appaiono nelle interpretazioni del Pringsheim o del Gioffredi ⁽⁶³⁾. Ci riportano, cioè, ad un'interpretazione che, *mutatis mutandis*, rientra nell'ambito della solidarietà di gruppo, e dell'inquadramento della difesa privata nel processo.

Mi sembra però che, al di fuori dei rilievi fin qui formulati, se ne presentino altri di portata più generale.

L'A. ha qualificato anti-Wlassak l'impostazione del suo vo-

⁽⁶²⁾ Fest. s.v. *Vindex*; Gell. 16, 10, 5; 20, 10, 45; Cic., Top. 2, 10; Gai. 4, 21; Lex Col. Iul. Genet. (*Fontes*, I, n. 21), cap. 61, e probabilm. Liv. 6, 14. Cfr. *Procedura civile romana*, II, p. 59 ss., e ivi, p. 15 ss. per il problema del *vindex* nella *in ius vocatio*.

⁽⁶³⁾ Qualunque interpretazione, infatti, si accolga dei testi al riguardo: sia quella del LENEL, *Der Vindex bei der in ius vocatio*, ZSS 25, (1904), p. 232 ss., (e cfr. NOAILLES, *Manum iniicere*, RHD, 1942, p. 1 ss.; *Fas et ius*, p. 147 ss., *Du droit sacré*, cit., p. 42 ss.), che ritengo tuttora la più convincente, e che presenta il *vindex* come colui che interviene a contestare la legittimità della *manus iniectio*, o rispettivamente della *in ius vocatio*, sia quella dello SCHLOSSMANN, *Der Vindex bei der in ius vocatio*, ZSS, 1903, p. 279, ss.; *Praes, Vas, Vindex*, ZSS, 1905, p. 285 ss. che configura il *vindex* sotto il profilo di un semplice garante processuale, è chiaro che l'interpretazione ne riconduce la figura nell'ambito di quelle manifestazioni di solidarietà processuale, che non sono altro che l'inquadramento nel processo di originarie forme di solidarietà effettiva. Nel primo caso, (e vi rientra l'interpretazione proposta dal Broggin), si tratta dell'intervento autoritativo del rappresentante del gruppo, a contestare la legittimità dell'esecuzione privata; nel secondo caso, di una forma di garanzia processuale, che trova il proprio fondamento nella solidarietà di gruppo, analogamente a quanto si verifica per l'intervento dei *coniuratores*. Rinvio, al riguardo, su questa e altre interpretazioni ai rilievi già prospettati nella cit. *Procedura civile romana*, II, p. 15 ss.; 59 ss.

Che, del resto, anche l'etimologia da *ven-dicere* ci riporti nell'ambito della solidarietà di gruppo e, pertanto, dei presupposti della difesa privata, così come è prospettato nel testo, appare confermato dallo stesso DEVOTO, che riconduce in tale ambito l'etimologia in questione. *Relitti lessicali della vita della Sippe. Parricidas, Vindex*, St. Besta I, p. 552 ss. Per la sostanziale identità della posizione del *vindex* nella *ius vocatio* e nella *legis actio per manus iniunctionem*, cfr. ora LA ROSA, *Il vindex nella in ius vocatio e il garante del vadimonium*, St. Betti, p. 17 ss. (estr.) e cit. ivi, e già la mia *Procedura civile romana*, II, p. 25 ss.

lume sul *Iudex arbiterve*, e, successivamente, anti-Luzzatto l'articolo sul *Vindex-iudex* ⁽⁶⁴⁾.

Il richiamo dell'accostamento non vuol certo essere auto-elogiativo (non ne sarebbe assolutamente il caso). Esso vuole soltanto indicare come, escludendo contemporaneamente l'ipotesi della recezione dell'arbitrato e l'altra dell'inquadramento della difesa privata, l'A. si sia in certo qual modo preclusa la strada alla risoluzione del problem d'origine del processo romano.

In altre parole, sarebbe perfettamente legittimo, sul piano della ricerca storica, riconoscere che allo stato attuale delle nostre conoscenze il problema d'origine del processo può apparire insolubile, e limitarsi all'esame della struttura del più antico processo, così com'è ricostruibile in base ai dati testuali. È invece contraddittorio presupporre fin dall'inizio l'esistenza di un processo impostato e risolto autoritativamente dallo stato, e presentare una tale impostazione non come l'esame della struttura di un determinato tipo di procedimento, ma come l'impostazione del problema d'origine.

Con una tale impostazione il problema fondamentale sul terreno storico, che non consiste soltanto nell'ipotizzare, sul piano razionalistico, un determinato sviluppo, ma nel presentare una ricostruzione che si adatti, nel modo più completo ed armonico possibile, alle caratteristiche che ci appaiono tipiche del processo romano dell'*ordo*, appare sostanzialmente eluso.

L'esattezza di un tale rilievo mi sembra confermata da un esempio, che direi tipico.

È comunemente ammesso il carattere del tutto privato e volontaristico del processo civile romano, che trova la propria espressione, per tacer d'altro, nella *in ius vocatio* e nel procedimento esecutivo, come atti esclusivamente di parte; nella *litis contestatio*, come accordo tra le parti di *accipere iudicium*, e nella divisione del processo nelle due fasi *in iure* e *apud iudicem*.

(64) Cfr. rispettivam. *Iudex arbiterve*, cit., p. 5 ss.; *Vindex und Iudex*, cit., p. 122 ss.

È egualmente noto che proprio per giustificare tali caratteristiche il Wlassak ha formulato l'ipotesi dell'origine del processo attraverso la recezione dell'arbitrato privato, e proprio per superare talune difficoltà presentate da tale ipotesi ho tentato, a mia volta, di giustificare la nascita del processo attraverso l'inquadramento di atti di difesa privata legalizzata.

Ho accennato più sopra alle difficoltà che si oppongono al concepire la *litis contestatio* come una semplice prova documentale, contro la testimonianza esplicita di Gaio ⁽⁶⁵⁾.

Per quanto riguarda la divisione del processo in due stadi, il Brogginì ⁽⁶⁶⁾ accoglie l'ipotesi del Kaser, per il quale tale divisione avrebbe avuto, originariamente, soltanto carattere fa-

⁽⁶⁵⁾ Cfr. sopra p. 14 e la cit., rec. a JAHR, *Litis contestatio*, SDHI, 1960, p. 414 ss. Mi sembra particolarmente da accentuare il rilievo, che ho già altrove formulato, che, svalutandosi la testimonianza di Gaio, 3, 180 s., nei riguardi della *litis contestatio*, e 4, 17a circa il carattere causale, e limitato a talune fattispecie previste da una legge specifica, per quanto concerne la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*; svalutandosi, infine, le testimonianze di Gaio e Gellio relative alla *lex Aebutia*, si eliminano le uniche fonti testuali relative a taluni aspetti fondamentali della struttura del procedimento *per legis actiones* e al passaggio al procedimento formulare, e le si sostituisce con ipotesi spesso ingegnose, ma in ogni caso meramente congetturali.

⁽⁶⁶⁾ *Iudex arbiterve*, cit., p. 54 ss.; 144 ss.; cfr. KASER, *Zur Ursprung des geteiltes Zivilprozessverfahrens*, Festschr. Wenger I, p. 106 ss.; *Römisches Privatrecht*, I, p. 180 ss.; JAHR, *Litis contestatio*, cit., p. 3 ss. e cit. ivi. *Contra*, cfr. i rilievi in rec. a Brogginì cit., BIDR, 1959, p. 307; e rec. a JAHR, *Litis contestatio*, cit., SDHI, 1960, p. 417.

Per il valore del richiamo, in tal senso, di Gai 4,48, e per la difficoltà di dedurne che la *condemnatio in ipsam rem*, ivi menzionata, alludesse ad un originario processo unitario, così come ritiene il Brogginì (non il Kaser), cfr. la più volte cit. *Procedura civile romana*, II, p. 118 ss. Per le difficoltà di lettura che il testo presenta, cfr. del resto BROGGINÌ stesso p. 145 ss.

All'ipotesi di una delega si riallaccia, per altra via, JOLOWICZ, *The iudex and the arbitral principle*, Mél. De Visscher, I, p. 477 ss. Le difficoltà maggiori nei confronti di tale ipotesi, comunque formulata, mi sembra coincidano con le obiezioni di fondo già più volte espresse, e formulate dallo stesso Wlassak, in relazione all'interpretazione data dal Keller della divisione in due fasi del processo romano. La difficoltà, cioè, di spiegare come mai l'episodio della delega abbia dato origine ad una caratteristica strutturale, che permane per tutta la durata dell'*ordo iudiciorum* classico; e, ancora, di giustificare perchè mai le conseguenze del rapporto processuale si ricolleghino alla *litis contestatio*, anzichè all'instaurazione della lite dinanzi a colui che sarebbe insieme il magistrato e il giudice, o alla pronuncia di quest'ultimo, con relativa condanna.

coltativo, e trarrebbe origine da una delega del magistrato giurisdicente.

A prescindere dalle difficoltà che si oppongono, sul piano dogmatico, a una tale interpretazione per quanto concerne la *litis contestatio* classica (gli effetti obbligatorio e estintivo sono collegati alla *litis contestatio*, e non all'instaurazione del procedimento o alla sentenza, come sarebbe logico attendersi in un processo che si ipotizza, di regola, unitario) la maggiore difficoltà sussiste pur sempre sul piano dell'evoluzione storica. Riesce difficile comprendere come mai da un procedimento soltanto facoltativo ed eventuale, e che, traendo origine da una delega magistratuale, lasciava le cose come prima, si sia sviluppata una caratteristica permanente del processo civile romano; caratteristica così profondamente radicata da non scomparire che insieme all'*ordo*, e tale da influenzare in modo determinante gli altri elementi strutturali del processo civile romano (lo stesso Jahr ⁽⁶⁷⁾ ricollega la *litis contestatio* e l'*accipere iudicium* alla divisione in due fasi del procedimento).

Il problema storico non consiste, pertanto, nella negazione di determinati momenti o caratteristiche, ma nella necessità di giustificarle inquadrandole nell'origine e negli sviluppi del processo civile romano.

La conclusione è ormai abbastanza evidente, e si può riassumere in pochissime parole. La teoria che il processo romano sia sorto attraverso l'inquadramento progressivo di atti di difesa privata non è nulla più che un'ipotesi di lavoro e di ricostruzione storica; ipotesi, peraltro, che si giustifica attraverso il tentativo di spiegare nel modo più completo possibile le caratteristiche del processo romano dell'*ordo*. È quindi da ritenere che ulteriori approfondimenti o l'apporto di nuovi dati possano indurre a modificarne in tutto o in parte le conclusioni. Allo stato attuale delle nostre ricerche e nei riguardi dei recenti tentativi di una diversa spiegazione la ritengo, peraltro, tuttora valida.

(⁶⁷) *Litis contestatio*, cit., p. 120 ss.; 154 ss.; 226.