

ADALBERT POLAČEK

I PRINCIPI DEL PROCESSO CIVILE ROMANO
E LE TEORIE MODERNE

(SAGGIO D'INTERPRETAZIONE STRUTTURALISTICA) (*)

(*) Questo articolo riproduce il testo, in parte rielaborato, della conferenza tenuta presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino il 29 marzo 1974.

SOMMARIO: I. *Il diritto e la vita della società*. — II. *Lo strutturalismo*. - 1. Linguistica strutturale. - 2. I principî della dottrina. - 3. Sistemi ed elementi. - 4. Genesi delle attività legislative. - 5. Monocausalità del modo di pensare. - 6. Pericolo delle generalizzazioni. - 7. Conservatorismo del diritto. - 8. Claude Lévi-Strauss, proibizione dell'incesto. - 9. Analisi statica e diacronica. — III. *Il processo*. 1. Tappe storiche. - 2. Genesi del processo. - 3. Organizzazione del sistema della società romana. - 4. Consigli familiari e reali. - 5. Prime liti. - 6. *Denegatio*. - 7. Caduta del regno. — IV. *Teorie moderne*. - 1. Teoria « democratica ». - 2. Teoria « della giustizia arbitrale ». - 3. Teoria del Kaser. — V. *Strutturalismo quale metodo di lavoro*.

I. Potrebbero forse sembrare strani i tentativi di porre in circolazione idee nuove che facciano vacillare gli uditori o i lettori nella loro fedeltà al retaggio lasciato loro da generazioni di insigni studiosi. Ma è ugualmente noto che certe discipline storiche, non eccettuato il diritto antico, hanno perduto molto della loro attrattiva nella società contemporanea ⁽¹⁾. Pur tuttavia sarebbe motivo di profondo rammarico se dovessimo limitarci a constatare soltanto come siffatte conclusioni, sebbene di frequente citate, vengano in pratica misconosciute. Conviene rievocare l'idea enunciata già un secolo e mezzo fa da uno studioso tedesco, il cui nome è garanzia di un esempio autorevole e risalente. Questi, il Savigny, avvertì che il diritto non possiede un'esistenza in sè, in quanto esso non è che la vita della società, osservata da un punto di vista particolare ⁽²⁾. Si riconosce generalmente che il diritto non è prodotto di autogenesi, ma opera di uomini, e risultato di lotte per la sua formazione ed il suo funzionamento. Eccoci dunque arrivati ad un punto essenziale dell'analisi dei fe-

(1) È particolarmente il metodo di interpretazione usato in queste discipline spesso come una specie di « l'art pour l'art » che è la pietra dello scandalo più scottante.

(2) Cf. F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, p. 30, ora in J. STERN, *Thibaut und Savigny. Zum 100jährigen Gedächtnis*, Berlin 1914, p. 88 s.

nomeni sociali: conviene studiare non solamente gli aspetti formali, esteriori, di questi fenomeni, ma anche l'interdipendenza tra essi e la loro base materiale ⁽³⁾. Di qua, la via conduce alla necessità di studiare la struttura ed il funzionamento della società in questione.

II. 1. Le parole « struttura », « funzionamento » evocano necessariamente il quadro della lotta per un movimento teorico che suscitò attenzione ed eccitazione nel mondo scientifico già qualche anno fa. Oggi, l'interesse si è evidentemente attenuato. Si potrebbe dire, forse, che sarebbe quasi inutile parlare di problemi già superati.

Però anche il cosiddetto strutturalismo come prodotto dello spirito umano era ed è soggetto alle leggi ch'esso stesso ha scoperto e formulate. Proprio da questo punto di vista è da spiegare la sua caduta. Parecchi strutturalisti, particolarmente i francesi, aspiravano a collocare questo movimento sul piedistallo di una nuova filosofia, se non su quello di una nuova ideologia sociale. In questa direzione, lo strutturalismo non era in grado di riuscire. La società umana e la sua vita sono fenomeni troppo eterogenei e troppo eteromorfi per esser compresi in schemi prevalentemente artificiali. Sarebbe falsa l'assimilazione dello strutturalismo al pensiero di una società tecnocratica o di una società del consumo ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ L'espressione « base materiale » è usata in un senso un po' diverso da quello usato per es. da K. Marx. Qui la « base materiale » è uguale au « sistema materiale » i cui elementi diedero o danno la spinta decisiva a questo o quell'istituto sociale. A proposito di Marx, cfr. più oltre la n. 11.

⁽⁴⁾ La letteratura generale sullo strutturalismo è immensa, mentre è assai modesta quella concernente lo strutturalismo nelle scienze giuridiche. Per economia di spazio saranno citati solamente alcuni lavori nei quali il lettore troverà rinvii bibliografici ulteriori. — Cf. A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris 1973; J. M. AUZIAS, *La chiave dello strutturalismo* (trad. dal francese), Milano 1969; R. BASTIDE, *Sens et usage du terme Structure dans les sciences humaines et sociales*, 's-Gravenhage 1962; A. HERNANDEZ GIL y otros, *Estructuralismo y Derecho*, Madrid 1973; POLAČEK, *Strukturalismus in der Rechtsgeschichte - Methode oder Illusion?*, in *IVRA* 23 (1972), pp. 26 ss. Cfr. anche, *infra* la n. 8.

È stata la linguistica strutturale che ha scoperto leggi e strumenti di lavoro resistenti agli oltraggi del tempo, strumenti che potrebbero trovare l'applicazione utile anche nell'orbita dello studio dei diritti dell'antichità.

2. Ecco gli aspetti principali della questione :

Il padre della linguistica strutturale, e ugualmente, dello strutturalismo moderno, *Ferdinand de Saussure* ⁽⁵⁾, descrive la lingua come un sistema di segni sul cui significato il rispettivo collettivo (stirpe, nazione) si è accordato. Questa convenzione preliminare è *condicio sine qua non* di ogni lingua. Così, la lingua (*langue*) è un « patrimonio » di segni che la prassi del parlare (*parole*) ha accumulato nelle persone appartenenti allo stesso gruppo linguistico. Dunque, la lingua è, secondo questa dottrina, un sistema grammaticale, esistente virtualmente nel cervello di ogni individuo, che però, nella sua totalità, è solamente patrimonio della rispettiva collettività sociale. Il « parlare », al contrario, è un atto individuale, un atto di volontà dell'individuo, in quanto esso dipende dal grado dell'evoluzione e dell'intelligenza di chi parla.

Sappiamo per esperienza che la stessa parola non designa sempre ed in ogni caso la stessa cosa. Ecco la differenza tra il *significante*, cioè l'espressione linguistica, ed il *significato*, cioè il contenuto dell'espressione. È soltanto l'uomo con la sua attività d'interpretazione che era ed è in grado di dare a concrete espressioni un contenuto ed un senso concreto. Il significato viene ad essere subordinato al significante, e l'uomo solo può attivare questo rapporto. È evidente che queste nozioni sarebbero applicabili, *mutatis mutandis*, nell'ambito di altre scienze sociali, incluso il diritto.

Lo stesso Saussure scoprì ancora un altro teorema utile ugualmente per gli studi giuridici, e specificamente storico-giu-

(5) Opera postuma, *Cours de linguistique générale*³, Paris 1967, trad. italiana a cura di T. De Mauro, Bari 1967.

ridici e cioè: solamente un'analisi *s i n c r o n i c a* che si occupi dei rapporti logici e psicologici, colleganti termini e fenomeni coesistenti e formanti un sistema, è capace di rilevare le qualità costituenti del sistema. La linguistica *d i a c r o n i c a* studia invece i rapporti, colleganti termini successivi, non percepiti da una medesima coscienza collettiva. In altri termini: questo teorema avverte che solo un'analisi statica, una visuale in sezione dell'epoca di cui si tratta, è in grado di presentare un quadro preciso del come in quell'epoca la società effettivamente viveva, e quali fattori esercitavano influenza sulla sua vita.

La dottrina saussuriana non è rimasta senza imitatori e neanche senza critici. Non è questa la sede per analizzare i dettagli di queste polemiche teoriche. I principî della dottrina strutturalistica non hanno perduto la loro attualità, sebbene le discussioni su problemi di struttura siano sfociate in colorite dispute filosofiche ⁽⁶⁾. È infatti deplorabile la riluttanza degli studiosi occidentali a mettersi d'accordo su una comune linea, o almeno su un'unica definizione dello strutturalismo come tale ⁽⁷⁾.

3. Però, la situazione non è così drammatica come si potrebbe credere ad un primo sguardo. Il tallone d'Achille della scienza ed anche della politica del mondo cosiddetto libero, la discordia, è un sintomo caratteristico del sistema stesso, che il metodo strutturalistico sarebbe in grado di spiegare facilmente.

D'altra parte, liberate le conclusioni *m e t o d o l o g i c h e* alle quali sono arrivati gli scienziati a est e a ovest dall'alluvione

(6) Per farsi una idea di come la filosofia astratta sia in grado di intimorire un giurista abituato a formulazioni chiare, conviene dare una occhiata al lavoro di uno degli strutturalisti francesi più importanti, JEAN POUILLON, il quale ha presentato nella rivista *Les Temps Modernes*, n. 246, novembre 1966, la descrizione seguente:

« In ogni insieme organizzato e ridotto a sistema, esiste una configurazione di elementi più ristretta che lo definisce, contemporaneamente nella sua singolarità e nella sua comparabilità poichè è la variabilità di questa configurazione che lo colloca fra gli altri insieme definiti secondo la stessa procedura ». Dice di questa spiegazione un altro autore francese, Jean-Marie Auzias (l.c. p. 13): « Speriamo che tutte queste parole in *tà* chiariscano il lettore ».

(7) Cf. *IVRA* cit., n. 8.

di ornamenti speculativi, si presenterà al lettore un quadro coerente ed univoco ⁽⁸⁾.

Così si può dire in coscienza che — per la dottrina orientale e occidentale — un sistema è un insieme, una totalità di elementi, uniti — in certo rapporto ed in certe relazioni — gli uni agli altri. Un elemento è la parte elementare, indivisibile, del sistema. Naturalmente, secondo la legge linguistica, l'uso dei termini corrisponde sempre a una situazione concreta. Dunque, un certo ordine sociale è un sistema materiale i cui elementi sono le classi (gli strati) sociali. Le classi sociali sono ugualmente sistemi i cui elementi sono le singole persone o certi gruppi di queste.

Gli elementi ricevono impulsi esterni (si parla qui di « inputs ») oppure producono proprie spinte (gli « outputs »). Il modo in cui gli elementi sono uniti gli uni agli altri, caratterizza — in sostanza — la struttura della società (= del sistema). C'è una differenza fondamentale tra la nozione di « struttura » e quelle di « funzione ». La funzione di un sistema o di un elemento risponde alla questione come quel sistema o quell'elemento reagisce agli impulsi ch'esso ha ricevuti.

La dottrina distingue sistemi materiali e immateriali. Esempio classico di sistema materiale è la società umana. Dipende dalla situazione — come è stato spiegato sopra — se prendiamo per sistema tutta la società umana per tutto il mondo o una società locale come Stato, nazione, stirpe e così via.

Esempio modello di sistema immateriale è quello che ha fondato tutto lo strutturalismo: la lingua. Anche il diritto è un tipo di sistema immateriale. Anche questo rappresenta — analogamente alla lingua — un patrimonio di « segni » o di espressioni linguistiche unite in complessi obiettivi, regolanti da un

⁽⁸⁾ Per la letteratura « orientale » (dei paesi socialisti) cf. particolarmente *I sistemi di segni e lo strutturalismo sovietico*. A cura di R. FACCANI e U. ECO, Milano 1969; *Marxistische Philosophie. Lehrbuch.*, Berlin RDT 1967, part. pp. 207-263, 552-624; A. KONDRATOV, *Suoni e segni* (trad. dal russo), Roma 1973.

punto di vista speciale, cioè dal punto di vista giuridico, le reciproche relazioni tra membri della stessa collettività oppure le relazioni tra membri di questa collettività e membri di un'altra collettività, di un sistema materiale estraneo.

4. Affinchè un'idea divenga — per una certa collettività sociale — regolamento obbligatorio, essa deve passare attraverso parecchie tappe. Essa può nascere, teoricamente, nel cervello di ogni membro della società. Ognuno può formularla, parlando. Sino a questo punto ci bastano — per interpretare la situazione — le regole della linguistica strutturale. Tuttavia, la realizzazione pratica dipende da fattori di gran lunga più concreti. È necessario, in questo caso, che la stessa idea sia emessa, difesa, propugnata e convertita in una norma obbligatoria da quei membri della società che hanno il *p o t e r e* di farlo con tacito o esplicito consenso, con volontario o forzato accordo di tutta la società. Da questo punto di vista, la società umana è stata *s e m p r e* divisa in due grandi gruppi: la classe dirigente e tutti gli altri. Questa divisione è, naturalmente, troppo grossolana e superficiale. Le fonti storiche provano che gli impulsi per questa o quella attività legislativa provenivano e provengono da differenti elementi sociali del sistema. Quella divisione sembra essere precisa solamente a proposito della tappa finale, relativa all'approvazione legale della norma in questione. Però, anche in questo caso, non senza eccezioni. Il diritto consuetudinario, per esempio, nasce a poco a poco, senza che sia possibile individuarne il creatore. In ultima istanza, naturalmente, anche il diritto consuetudinario deve la sua esistenza al consenso tacito o esplicito della classe dirigente ⁽⁹⁾.

È universalmente noto che non vi furono mai sistemi assolutamente invariabili. Il teorema formulato da Eraclito “*πάντα ῥεῖ*”,

(9) Si dice che la Repubblica Popolare Cinese ha fatto un salto dal medioevo all'alta cultura moderna. Ecco la concezione cinese del diritto: « Il diritto non è che una forma della volontà dello Stato, pubblicata dalla classe dirigente e realizzata per forza ». Cf. LYUN-HSYON-SU, in *Osteuropa-Recht*, III, 1969, p. 157.

non ha mai perduto la sua attualità. Era ed è l'uomo che poteva e può dare la spinta alla nascita, alla modificazione ed anche all'abolizione di questo o di quell'elemento del sistema giuridico. Però, l'interpretazione puramente formale, in cui l'uomo anonimo appare come l'autore dei singoli elementi del sistema giuridico, isola — prendendo il via da questo punto di vista — l'effetto sia dalla sua base originaria sia da tutti gli impulsi che hanno esercitato un'influenza decisiva al raggiungimento di esso. In tal modo essa viene a distaccare l'edificio non soltanto dal terreno, ma altresì dai suoi veri costruttori.

5. È ugualmente necessario menzionare ancora, almeno di volo, un altro fenomeno molto importante così per l'attività di ogni individuo come per l'attività della collettività: il modo di pensare. La psicologia, particolarmente la psicologia strutturale, ha dimostrato che il modo di pensare dell'uomo è prevalentemente *monocausale*. Questo modo prende le mosse da un unico nesso causale, spesso adattato e rimaneggiato nel cervello dell'individuo non solamente in dipendenza del grado della sua intelligenza ma anche dal suo desiderio personale e/o dal desiderio del relativo gruppo sociale.

Questo punto di partenza esercita influenza decisiva su tutta l'attività di ogni elemento della società. La stessa presa di posizione è ancorata, in prevalenza, già nella subcoscienza dell'individuo, come conseguenza dell'influsso dell'ambiente, delle proprie disposizioni mentali, delle intenzioni personali e di quelle del gruppo. S'aggiunge che l'uomo è spesso pronto a concepire le situazioni in « corto circuito », ciò che può facilmente condurre a semplificazioni troppo grossolane ed inesatte, oppure anche erronee.

Nessuno è completamente immune dagli effetti di questo modo di pensare. L'esperienza offre numerosissimi esempi che non di rado gli organi decisionali avevano in partenza una certa idea delle decisioni da prendere, e solo dopo ne hanno cercato le

rispettive motivazioni. Parecchi errori giudiziari vanno imputati proprio a questo, per non parlare dei cosiddetti processi politici.

Sarebbe veramente erroneo desumere da quei casi estremi una regola assoluta. La varietà e la variabilità di situazioni, desideri, sforzi ed effetti mantengono il relativo modo di pensare e di agire degli individui in continua agitazione se non addirittura in conflitto. Il principio sopra menzionato di perpetuo movimento (« panta rhei ») serba la sua validità anche nell'orbita dei fenomeni or ora spiegati.

6. Bisogna aggiungere che l'uomo ha propensione per le generalizzazioni: metafore e metonimie sono in uso anche nella lingua del popolo dai tempi più antichi. Invece di additare concretamente l'autore, si usano espressioni generali come, per esempio, « le autorità repubblicane » o « imperiali », « il clero », « la Chiesa » (oppure oggi anche « la stampa »), o comunque non si parla affatto dell'autore. Talvolta una generalizzazione può essere motivata, talaltra essa svisa il quadro. Esempio pratico: gli schiavi. A volte, da un certo punto di vista, essi infatti rappresentano un elemento o un sistema sociale omogeneo, altre volte sarebbe, invece, erroneo ridurli tutti al medesimo denominatore. Ugualmente non si concluderebbe nulla se — per spiegare mutamenti del funzionamento degli istituti sociali — si volesse finire col cercare un espediente nel ricorrere a affermazioni troppo generali oppure a allusioni vaghe alle « necessità economiche » o agli « imperativi sociali »! ⁽¹⁰⁾.

7. Si dice che il diritto, questo campo d'azione particolare dello spirito umano, si distingue per la sua stabilità, per il suo conservatorismo. O, in altre parole, il diritto come il sistema immateriale di « sovrastruttura » ⁽¹¹⁾ dipende dalla sua base ma-

⁽¹⁰⁾ Cf. J. GAUDEMET, in *Labeo* 19 (1973), p. 63.

⁽¹¹⁾ Si tratta della notissima formulazione di K. MARX, *Per la critica dell'economia politica*, Prefazione, ed. italiana, 1957, p. 10 s., il quale distingue tra « base

teriale. Fino a che non si operano mutamenti sostanziali nella base, la società non sente il bisogno di cambiare il sistema delle regole di convivenza, limitandosi solamente a questa o a quella modificazione particolare. Non vengono mutate, abolite o create che singole norme, in conformità alle regole del *giuoco* delle forze sociali nel sistema.

L'interpretazione che è comunemente in uso, particolarmente l'interpretazione chiamata « dogmatica », trae le sue conclusioni dalle decisioni dei competenti organi legislativi o dai rapporti registrati nelle opere dei giuristi. Però, questo modo di procedere non è esclusivo. Le riflessioni ed analisi relative all'argomento possono svolgersi anche nel senso inverso.

Perchè, anche ove la società di questa o quell'epoca non avesse avuto leggi scritte, i membri della stessa, come organismo (= sistema) organizzato, sarebbero stati costretti in *ogni caso* a osservare certe regole di convivenza, cioè regole di *funzionamento* del sistema. Era il desiderio della società di vivere in condizioni che assicurassero questo fine. Era il gioco delle forze, cioè l'effetto della rispettiva attività degli elementi del sistema, che concretizzava quei desideri in adeguate formulazioni, in conformità alle regole scoperte dalla linguistica strutturale.

Fenomeni di lotta d'interessi possono trovarsi — *mutatis mutandis* — in ogni tappa storica della società umana, non essendo essi dipendenti dal tempo, ma immediatamente collegati alle qualità personali dell'individuo. Come i documenti scritti degli ultimi cinque millennî provano, l'uomo non è, a tutt'oggi, sostanzialmente cambiato, rispetto alle sue buone o meno buone qualità personali (inclusi invidia, sete d'oro e sete di potere). La

reale » (materiale) da lui chiamata anche « struttura economica della società (= rapporti di produzione) e « sovrastruttura giuridica e politica ».

Questa concezione non è affatto identica alle nozioni strutturalistiche moderne, spiegate nel testo sopra. La « sovrastruttura » di Marx è, piuttosto da questo punto di vista, simile ai « sistemi immateriali ».

Però, la differenza non è sostanziale, e dipende solamente — secondo le leggi della linguistica strutturale — dal senso che si attribuisce al significante ed al significato.

struttura e la funzione del sistema decidevano e decidono quando l'individuo era o è in grado di realizzare da sé o in unione con altri, le sue intenzioni relative a un cambiamento dello stato presente.

Dunque, nè interpretazioni dogmatiche nè speculazioni teoriche sono in grado di spiegare da sole tutte le relazioni e tutti gli impulsi che davano, ed anche oggi danno, la spinta a questi o quei regolamenti giuridici. Invece di analizzare prima le singole norme o i singoli istituti giuridici, e solo dopo dedurne anche conclusioni economico-sociali, sarà utile esaminare prima la struttura della società dell'epoca in questione ed il suo funzionamento.

8. Ormai è il momento di menzionare uno dei più importanti strutturalisti moderni, Claude Lévi-Strauss, e di sviluppare qui almeno la sua teoria relativa alla proibizione dell'incesto, un fenomeno che interesserà, senza dubbio, e i giuristi e i sociologi (¹²).

L'autore dice su questo punto: « La proibizione dell'incesto è il processo per mezzo del quale la natura opera da sola, essa accende la scintilla sotto l'azione della quale si forma una struttura di un nuovo tipo e di carattere più complesso che si sovrappone, integrandole, alle strutture più semplici della vita animale. Essa agisce e da sola determina l'avvento di un ordine nuovo ».

Sotto questa spiegazione, un po' poetica, si occulta un fatto naturale che è la consanguineità, e un fatto culturale, l'alleanza, il matrimonio. L'alleanza richiede un fenomeno speciale che Saus-

(¹²) C. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris 1949, pp. 31, 129 ss., 147 ss., 198 s.; Id., *Antropologia strutturale* (trad. a cura di P. Caruso), Milano 1964.

AUZIAS, *L.c.*, pp. 86 s. apprezza la spiegazione presentata da Lévi-Strauss a proposito delle relazioni natura-cultura come « una delle maggiori conquiste dello strutturalismo ».

Cf. anche D. 50 ,17, 30 Ulp.: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*. (A proposito dell'integrità del testo cf. *Ind. itp., ad legem*).

sure unisce alle parole: l'arbitrarietà. È la convenzione che serve come base generalmente riconosciuta per la nascita dell'istituto culturale nuovo, chiamato matrimonio. È una norma con la quale l'organizzazione sostituisce il caso. Di più, a partire dal momento in cui il gruppo (= un sistema sociale sinora chiuso) va a cercare le sue femmine al di fuori, in via di cosiddetta esogamia, si assiste a un progresso sociale perchè dei gruppi più vasti s'integrano gli uni con gli altri. Questa integrazione presuppone il principio di reciprocità realizzato attraverso lo scambio dei doni. La femmina non è più oggetto di mera soddisfazione sessuale, ma un dono che i membri dei gruppi scambiano. Per usare l'idea dell'autore francese diremo, che in questo modo il passaggio dalla Natura alla Cultura sboccia in Istituzione. Il matrimonio è una parte di un sistema di prestazioni, come la Previdenza Sociale.

Per bene comprendere tutto questo bisogna sottrarsi alle illusioni che ci hanno presentato alcuni autori moderni. Per spiegare la mentalità della società d'allora, si è fatto spesso ricorso a un paragone pericoloso e falso con la mentalità « primitiva ». È veramente l'ora di finirla con i tentativi di confondere l'antico con il primitivo e il primitivo con l'infantile. La società umana ha sempre affrontato problemi la cui soluzione richiese e richiede intelligenza e abilità. Kant e il suo moderno editore Cassirer considerano — come si sa — il progresso umano non come una somma di fatti che si aggiungono gli uni agli altri, ma come ripresa e sviluppo di forme e processi. Bisogna aggiungere la notissima tesi di Lenin per cui lo sviluppo della società umana deve essere interpretato non come un moto rettilineo o circolare, ma come un moto a spirale: la società percorre forme che sembra avere già attraversate. Sarebbe, certo, molto utile applicare queste nozioni anche allo studio ed alle indagini storico-giuridiche.

Lévi-Strauss ha spiegato il fenomeno sopra menzionato, la proibizione dell'incesto, su base strutturalistica. Le strutture elementari sono, secondo lui, quelle della parentela. Lo scambio

delle femmine è o fu una serie di segni, dai quali si riconosce un essere come un altro del quale si ha bisogno e le relazioni sono allora concepite come « delle prestazioni totali ». Le donne ne sono il mezzo, che realizza e lo scambio e la cultura. L'autore ha spiegato minutamente che come il rapporto di scambio, anche quello relativo alle femmine, è dato anteriormente alle cose cambiate e indipendente da esse. E se i beni isolatamente sono identici tra loro, cessano di esserlo quando li si collocano nel posto che loro appartiene nella struttura in questione. Si mostra che la struttura, nella sua profondità, è una specie di meccanismo. È utile menzionare — in questo ordine di idee — anche la cosiddetta analisi dogmatica. Questa prenderebbe il via semplicemente dal fatto che « in questa o quella società valevano in questa o quell'epoca regolamenti relativi alla ' proibizione dell'incesto ' », senza preoccuparsi del funzionamento del sistema e degli *inputs* e *outputs* che dettero la spinta decisiva per la genesi dell'istituto.

9. Era naturale che neanche la dottrina di Lévi-Strauss sfuggisse alle critiche. L'autore ha formulato le sue concezioni sulla base di indagini svolte in società da lungo tempo immobili nel loro sviluppo. Da ciò i suoi oppositori deducono che sarebbe impossibile applicare il suo metodo alle società che presentano delle macro-variazioni, quali quelle che, per esempio, caratterizzano da un secolo le società industriali.

Nondimeno, queste divergenze sono soltanto apparenti. È chiaro che l'analisi strutturalistica possiede un campo di operazione solido e sicuro, se osserva sistemi immobili. Questo è, fra l'altro, un invito diretto e indiretto, indirizzato a tutte le ricerche storiche. Quando la storia non si è ancora impossessata di una società, la struttura di questa sembra operarvi nella sua permanenza.

Però, una siffatta conclusione non sarebbe che un sofisma, un'illusione ibrida. È vero che nella società d'oggi con le po-

tenziali o effettive macro-variazioni le strutture sembrano operarvi. Però, anche in queste società moderne — oppure riguardo a queste — è possibile trattenere il tempo, sezionare il sistema in questione per svelarne e la funzione e la struttura.

Nell'ambito delle scienze storiche si obietta ugualmente contro un'analisi strutturalistica che questa, concentrandosi su concreti punti storici, perde di vista lo sviluppo progressivo della società e delle sue istituzioni sociali. Viene spesso citata, in questo rapporto, la famosa legge fisica d'incertezza messa in evidenza dal premio « Nobel » Heisenberg. Per lui, quando si conosce la velocità di un elettrone, non si conosce affatto la sua posizione. Quando si conosce la sua posizione, non se ne conosce la velocità.

Pur tuttavia, l'applicazione di questo teorema all'analisi strutturalistica non è che un formalismo. Si dimentica che l'analisi strutturalistica *s t a t i c a* non esclude l'analisi diacronica. Al contrario, ambedue le analisi si completano l'un l'altra.

La situazione è uguale al metodo usato da molti anni con incontestabile successo nella criminalistica. Come si sa, la polizia, per chiarire certi avvenimenti sospetti, si serve a volte del film: l'attività delle persone osservate viene fotografata (di nascosto). Poi, il film viene proiettato. In certi momenti, la proiezione viene arrestata per offrire agli investigatori la possibilità di analizzare la situazione. Poi il film continua a scorrere: a velocità normale, al rallentatore, con ritorno all'indietro.

Come si sa questa tecnica di film investigativi non trova applicazione esclusiva solamente nell'ambito dell'attività della pubblica sicurezza. Sono particolarmente le scienze tecniche e naturali che usano il film in modo analogo. Tornerebbe, certo, a vantaggio delle scienze storiche, se anche queste facessero uso — *mutatis mutandis* — di metodi investigativi sperimentati in altre discipline da molto tempo.

L'antropologia strutturale, e con essa tutte le altre scienze sociali, dimostrano, che lo strutturalismo consiste essenzialmente in una distinzione quasi aristotelica tra la forma e il contenuto.

Convieni di nuovo mettere in rilievo il teorema scoperto dalla linguistica strutturale che le parole sole dicono poco o nulla sul contenuto del segno. Non è necessario che al livello di vocabolario già esistano relazioni obbligatorie ⁽¹³⁾! Un teorema di cui conviene tener conto particolarmente nelle scienze storiche.

III. 1. Prima di esaminare il secondo punto principale di questo articolo, cioè la questione dei principî (e primordi) del processo civile romano, sarà forse utile — per la plasticità del quadro — fissare le pietre miliari dell'evoluzione politica dello Stato romano:

Avvenimento:	A.U.C.	A.C.	Dopo la caduta del regno	Fra i singoli avvenimenti
Fondazione di Roma (tradizione)	—	753	—	—
Caduta del regno	245	509	—	245
Fine della repubblica . . .	727	27	482	482
Legge delle XII tavole . .	304	450	59	59
Praetor urbanus	387	367	142	83
Rottura del monopolio giuridico dei sacerdoti	454 500	300 254	209 255	67 ⁽¹⁴⁾ 113 ⁽¹⁵⁾
Praetor peregrinus	512	242	267	58
Lex Aebutia	± 604	± 150	± 359	± 92
Riforme di Silla: 8 pretori a Roma	673	81	428	± 69
Lex Iulia iudiciorum privatorum	737	17	492	64
Decadenza del processo formulare			Fine del III secolo d.C.	

⁽¹³⁾ LÉVY-STRAUSS, *Antropologia* cit. (citato qui secondo l'edizione tedesca, Frankfurt/M. 1967, p. 49; cfr. anche p. 224 *ibid.*).

⁽¹⁴⁾ Pubblicazione dello « *ius Flavianum* »; la *lex Ogulnia* aprì formalmente l'accesso alle cariche di sacerdoti ai plebei.

⁽¹⁵⁾ Ti. Coruncanus, primo pontefice plebeo; primo sacerdote di questa dignità che dava consultazioni giuridiche in pubblico.

Come si vede, il regno durò appena 250 anni. Una vita di doppia lunghezza fu concessa alla repubblica, e — come si sa — la stessa durata fu accordata all'impero occidentale. Solo dopo 60 anni, cioè al tempo della seconda generazione dopo la caduta del regno, il diritto consuetudinario che era stato in uso fino ad allora, venne codificato. Seguirono altre tre generazioni e i Romani non ebbero ancora uno specifico magistrato giusdicente. Ci volle uno spazio di più di 200 anni per rompere il monopolio giuridico dei sacerdoti in favore della più vasta laicizzazione del processo civile. Anche gli avvenimenti ulteriori si fecero aspettare: passarono quattro generazioni tra il primo pretore urbano e quello peregrino, tre generazioni tra questo e la legge Aebutia, e, come mostra la tabella che precede, solamente al tempo della seconda generazione un nuovo avvenimento riformatore potè realizzarsi, verso la fine della repubblica.

È naturale che lo spazio cronologico tra i singoli avvenimenti non dica, al primo sguardo, nulla della loro incidenza riformistica o rivoluzionaria. Pur tuttavia, la lunghezza dei singoli spazi da una parte e l'attualizzazione di cambiamenti in sostanza rivoluzionari dall'altra parte segnalano l'esistenza di diverse forme di negazione interna degli istituti in questione. Le spinte emesse nel fluire del movimento da singoli elementi della comunità, mostrarono con urgenza sempre maggiore che la funzione di quegli istituti non era più in grado di tener dietro allo sviluppo della vita pratica. La forma presente fece il suo tempo per essere sostituita da una forma nuova.

2. Dobbiamo ricercare la genesi del processo civile romano nell'epoca in cui c'era già un *sistema* sociale, cioè un insieme organizzato con una certa struttura e una certa funzione. Questi erano già i più antichi gruppi che — isolati gli uni dagli altri — abitavano il paese. È logico e naturale che, già in quell'epoca primitiva, gli uomini non vivessero in condizioni paradisiache, che già in quell'epoca nascessero nel seno di quegli organismi con-

flitti tra singoli membri (= elementi) del sistema. La funzione del sistema esigeva la presenza di un elemento che — come autorità riconosciuta dagli altri elementi del sistema — fosse in grado di risolvere i problemi in questione.

La vita in un certo paese non potè lasciare questi gruppi per sempre in isolamento. Contatti reciproci provocavano impulsi fuori e dentro i gruppi, e conducevano all'arricchimento del patrimonio lessicale e delle regole di convivenza indispensabili.

Il fatto che un giorno quei gruppi più o meno isolati si siano uniti in una collettività, rappresenta un cambiamento non solamente quantitativo ma anche qualitativo: i piccoli sistemi sinora indipendenti si sono uniti per creare un nuovo sistema di ordine superiore, i cui elementi erano quei piccoli elementi anteriori. Non mirava, certo, questo cambiamento a un modo di vita completamente nuovo. Mancavano per una tale intenzione non solamente parole (cioè espressioni con la rispettiva forma e contenuto), ma anche condizioni materiali. Con la creazione di un nuovo sistema, i suoi membri risolsero soltanto quei problemi coi quali essi erano alle prese.

3. Sorge naturalmente la questione di sapere chi o che cosa rappresentava il sistema e gli elementi. Roma antica era — come è notissimo — una comunità agraria, nella quale le singole famiglie rappresentavano unità sociali ed economiche.

Sistema superiore a quello della famiglia erano le *gentes*. È ancora largamente controversa, in dottrina, la natura delle *gentes*. In ogni caso, v'era una differenza sostanziale tra *gens* e *familia*. Capo autoritario della *familia* era — da tempi antichissimi — il *pater familias*. Le fonti non documentano un *pater gentis*. Ecco anche la differenza tra il sistema *familia* e il sistema *gens*. Nella famiglia, c'era soltanto un membro (un elemento) autorizzato a giudicare e regolare i fatti dei membri del sistema. Nella *gens*, c'erano parecchi sistemi-*familia* uniti, senza pregiudici-

zio della posizione degli elementi dirigenti delle singole famiglie nei loro proprii sistemi di famiglia.

Appare così che la funzione di questi due sistemi, cioè dei sistemi *familia* e dei sistemi *gens* era diversa. Un'unione di questa specie fu possibile solo nel momento in cui le condizioni materiali furono mature per facilitarla. Non mancava poi che l'ultimo passo per trasformare il sistema *gens* in un sistema centralmente organizzato, per creare lo Stato.

Gli elementi dirigenti dei sistemi *familia*, i *patres familias*, serbarono anche nel tempo del regno il loro ruolo dirigente; essi formavano — fra l'altro — il senato primitivo, l'assemblea dei *patres familias*.

Rimane aperta la domanda del come stessero le cose nel sistema delle *gentes*. Non è ancora sufficientemente chiaro, come le *gentes* fossero organizzate, se in modo monocratico o collettivo, cioè se le *gentes* avessero un gerente, un « leader », o se i *patres familias* decidessero in comune.

Però, come abbiamo visto sopra, le famiglie romane erano sistemi chiusi: gli impulsi decisivi, cioè, si concentravano inevitabilmente in un unico punto centrale, il *pater familias*. Il sistema delle *gentes*, invece, era un sistema aperto: i suoi elementi, le famiglie, unite in *gentes*, non si trovarono in un rapporto di superiorità o di subordinazione, i loro impulsi reciproci avevano, in principio, lo stesso valore. Erano senza dubbio, in primo luogo, piuttosto impulsi di carattere personale, provenienti dal di fuori, che conducevano le singole famiglie, o più esattamente, i loro rappresentanti, i *patres familias*, a riunirsi per discutere problemi di comune interesse, come ad esempio i matrimoni tra membri di famiglie diverse e i relativi affari materiali e personali. I principî delle relazioni matrimoniali elaborati da Lévy-Strauss riguardano, senza dubbio, anche la situazione or ora menzionata. Si aggiungevano sicuramente altri problemi d'interesse comune, quali quelli relativi all'agricoltura o all'allevamento del bestia-

me: ma tutti questi non oltrepassarono, evidentemente, l'ambito delle limitate attività locali.

Soltanto l'aumento progressivo dei diversi impulsi, particolarmente di quelli provenienti dai sistemi esterni, aprirono il cammino ad una forma d'organizzazione superiore, ad un sistema centralmente organizzato, allo Stato. Gli elementi dirigenti della comunità romana sentivano — con progressiva insistenza — la necessità dell'organizzazione e guida unitaria da una parte, e le pressioni dei conquistatori etruschi dall'altra parte (¹⁶).

4. C'è un principio verificato dall'esperienza umana che avverte che potere ed autorità sugli uomini sono la base legale per la loro differenziazione giuridica e sociale.

Questo principio di autorità valeva anche nella società romana. La *potestas* dei *patres familias* riservava loro una posizione straordinaria riguardo ai membri della loro *familia*. Le fonti non offrono molte informazioni su questa attività interna dei *patres familias*. Nondimeno possiamo credere — alla luce dei

(¹⁶) Per un primo orientamento su questioni ricadenti in questo quadro: F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, Napoli I. 1958; *Intorno all'origine della repubblica romana e della magistratura*, in « *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* », J. Vogt zu 75. Geburtstag gewidmet (a cura di H. TEMPORINI), I. 1, Berlin-New York 1972, pp. 217 ss.; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959; F. F. ABBOT, *A History and Description of Roman Political Institutions*, New York 1963; J. GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Paris 1967; F. CASSOLA, *La repubblica romana*, in « *Nuove questioni di storia antica* », Milano 1968, pp. 283 ss.; E. FERENCZY, *Zur Verfassungsgeschichte der Frührepublik*, in « *Beiträge zur Alten Geschichte und deren Nachleben. Festschrift für Franz Altheim* », a cura di R. STIEHL e H. E. STIER, I. Berlin 1969, pp. 136 ss.; A. GUARINO, « Dal 'regnum' alla 'respublica' », in *Labeo* 9 (1963), pp. 346 ss. e « *Post reges exactos* », *ibidem* 17 (1971), pp. 309 ss.; S. I. KOVALIOV, *Storia di Roma*, I, Roma 1971; L. R. MÉNAGER, *Nature et mobiles de l'opposition entre la plèbe et le patriciat*, in *RIDA* 19 (1972), pp. 367 ss.; M. CAPOZZA, *Roma fra monarchia e decemvirato nell'interpretazione di Eutropio*, Roma 1973.

Per le relazioni relative al processo civile anche M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966 (con vasta bibliografia).

risultati delle ricerche del Kunkel ⁽¹⁷⁾ — che il *pater familias* — prima di decidere nell'ambito del suo *ius vitae necisque*, o prima di decidere le questioni di maggior rilievo — convocasse di regola i membri della sua famiglia ad un consiglio di casa. C'erano naturalmente, anche in quell'epoca, liti fra membri della stessa famiglia che ugualmente venivano deferite all'autorità del capo della famiglia affinché questi — nella sua saggezza — suggerisse alle parti i criteri direttivi di una giusta composizione.

Costituitosi il sistema superiore — come abbiamo rilevato — era naturale che il modo di risolvere i problemi famigliari non cambiasse. Sorsero, però, problemi nuovi nel momento in cui l'impulso per una lite partì da un elemento del nuovo sistema per colpire un altro elemento. Pensiamo qui ai casi in cui, per esempio, un *pater familias* avesse ferito un altro *pater familias*, o un membro di una famiglia avesse ferito un membro di un'altra famiglia. Era necessario che si facesse attivo il sistema superiore: nella organizzazione gentilizia i *patres* come tali, e nel regno? — ecco la questione. Anche se attribuissimo ai primi re romani soltanto l'autorità di comandante militare, per la loro attività non era decisiva — secondo gli assiomi della linguistica strutturale — la sola descrizione della loro posizione nel sistema, ma il contenuto reale della stessa e la loro autorità come tale. I potenti cercavano — dai tempi antichissimi — di serbare e assicurare la loro posizione per assicurare così il loro potere. Il grado di questo potere di cui essi s'impadronivano, dipendeva sempre dai risultati del giuoco delle forze, da quegli interni *inputs* e *outputs* nel sistema.

Non può sorprendere che anche i re romani si siano circondati di una schiera di accompagnatori e consiglieri. I rappresentanti dei gruppi (elementi) autorevoli del sistema (i rappresentanti delle *gentes* e delle *familiae*) ritenevano — allora, come in ogni tempo — che fosse un loro diritto quello di « esser pre-

(17) W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München 1962, in particolare p. 86 s.

senti » e « di prender parte al discorso ». Oltre a ciò, i « duci » si circondavano sempre e intenzionalmente di accompagnatori che sceglievano tra i potenti rappresentanti di importanti gruppi sociali. Senza o addirittura contro la volontà di questi, i re o gli altri elementi dirigenti non erano mai in grado di serbare e mantenere la loro posizione.

5. Sorge la questione di sapere chi fosse autorizzato a rivolgersi al re e con che liti. Dobbiamo tener conto del fatto che la comunità romana contava, verso la fine del regno, appena da 10 a 15 mila membri su un territorio di appena 12 km quadrati. Quindi il numero delle persone con capacità attiva o passiva di presentare una lite al re, era assai limitato. Si trattava in sostanza di patrizi *patres familias*, il cui numero non poteva oltrepassare i limiti della reciproca conoscenza. Era limitato anche il numero delle liti per le quali l'individuo poteva rivolgersi al re: praticamente entravano in considerazione solamente casi corrispondenti alla struttura e alla funzione del sistema. A quell'epoca, per esempio, il furto, se il quadro non aveva potuto essere ucciso sul luogo, oppure il danno cagionato da *iniuria*, da persone *in potestate* o da un animale domestico; oppure liti nascenti dal giro d'affari, allora naturalmente assai limitato; oppure liti di eredità.

Ci si può porre la domanda se — in quei tempi remoti — era assolutamente necessario che le parti si rivolgessero con le loro liti al re.

Ogni evento di controversia che sorge in una collettività, è un impulso che turba l'equilibrio tra gli elementi nel sistema. Sappiamo che la natura stessa provvede alla eliminazione di ogni disturbo sostanziale dell'equilibrio esistente. Se le parti (= i relativi elementi) si accordano l'una con l'altra, non è necessario che sia attivata una misura per restaurare l'equilibrio precedente. Se le cose non vanno così, la pace interna del sistema corre pericolo. Devono essere applicate le misure per la composizione della lite. Se i tentativi di accomodare la lite in modo amichevole nau-

fragano, rimane un solo *ultimum refugium* — se la pace violata deve essere restituita allo stato di prima — cioè: rivolgersi a quel membro del sistema la cui autorità, generalmente riconosciuta, offre una soluzione che può e deve essere accettata. Ecco la conclusione che non sorge solamente da un'analisi strutturalistica, ma che venne ripetutamente verificata dall'esperienza dell'umanità.

Finchè la giustizia dei Romani fu sotto l'influsso della religione, e gli Dei erano interrogati per decidere le liti private, la relativa sentenza era semplicemente presentata come la « comunicazione della volontà degli Dei ». Però, la società romana si liberò presto — come si sa — di questa forma di giustizia. È naturale che questo sviluppo fosse immediatamente collegato allo svolgimento della vita materiale dei Romani e col rilassarsi del loro vincolo personale all'antica struttura del sistema sociale. I contatti economici, politici e anche privati con altre nazioni o con singoli membri di esse davano numerosissime spinte a ripensare queste o quelle istituzioni della loro vita quotidiana ⁽¹⁸⁾. Inoltre, la laicizzazione della vita a Roma si affermò anche per motivi probabilmente più semplici: l'autorità dell'elemento dirigente che tutti potevano immediatamente vedere e udire, impedì di abbandonarsi al caso. Perchè l'esperienza ha sicuramente provato più volte che c'era una discrepanza evidente tra l'avviso degli dei e la vera giustizia, la realtà.

6. È naturale che con l'indebolirsi del sistema immateriale di ordalie, il ruolo del re come « magistrato giudicante » supre-

⁽¹⁸⁾ Cf. per es. POLAY E., *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*, Budapest 1964, pp. 14 ss., sebbene l'autore sembri esagerare la situazione sicuramente poco fortunata degli schiavi, mettendo da un lato il fatto che la schiavitù era solamente una forma speciale e specifica di rapporto di lavoro, un istituto sociale in quell'epoca indispensabile per la vita della società (cf. IVRA cit., cap. II 4). A proposito del trattamento degli schiavi antichi conviene far presente la « legislazione sanguinaria contro gli espropriati a partire dalla fine del secolo XV » che non era, in sostanza, meno dura del trattamento al quale erano esposti gli schiavi dei Romani dell'epoca regia e prima repubblicana. (Cf. IVRA cit., n. 29).

mo acquistasse risalto. Sorge la domanda se il re poteva decidere egli stesso la lite che gli era presentata, od anche se era *obbligato* a deciderla. Tocchiamo — fra l'altro — la notissima questione della *denegatio actionis* ai primordî della procedura civile romana, una questione che è stata oggetto di discussioni appassionate nei primi decenni del nostro secolo ⁽¹⁹⁾.

La risposta emerge dall'analisi della situazione.

Poteva anche accadere, in quei tempi remoti, che un querelante s'indirizzasse al re con un affare che palesava — al primo sguardo — frode e malizia, oppure con un affare così futile che il re avrebbe compromesso la sua dignità se avesse voluto occuparsi di siffatte cose. Oppure, al contrario, l'affare poteva essere così complicato che il re — fedele a tutti i suoi doveri — non era praticamente in grado di esaminarlo compiutamente da solo. Oppure, altri affari pubblici potevano occupare il re a tal segno, da non essere veramente in grado di esaminare minuziosamente ogni affare che gli era presentato.

Se il re avesse rifiutato di occuparsi di faccende futili o maliziose — ed il suo seguito avesse mostrato la stessa opinione — il circuito sarebbe stato chiuso: nessun altro elemento della società era in grado di prendere — *rebus sic stantibus* — una decisione diversa.

E se il caso esigeva un esame più profondo e il re ne incaricava uno o parecchi membri del suo seguito, chi era in grado di capovolgere tale decisione?

Se si trattava di un affare assai serio (omicidio di un cittadino libero; lite in merito ad una grande proprietà) la presenza di coloro che avevano il diritto riconosciuto di prender parte alla discussione sull'argomento, era gradita anche al re stesso, poichè gli consentiva di dividere la responsabilità del verdetto con i suoi consiglieri nobili.

V'era un particolare gruppo di nobili che esercitava una in-

⁽¹⁹⁾ Cf. KASER, *op. cit.*, p. 23 (ed anche 53 con richiami bibliografici); A. METRO, *La « denegatio actionis »*, Milano 1972, non mi è stato accessibile.

fluenza importante sul diritto: i sacerdoti. Membro di questo gruppo (elemento) della società era naturalmente anche il re, in quanto egli stesso esercitava, fra l'altro, funzioni religiose. Nel periodo delle ordalie, l'influsso dei sacerdoti era incontestabile. Ma anche dopo, il loro influsso non fu eliminato, ma venne portato su un nuovo livello. I sacerdoti rimasero gli unici esperti ed interpreti del diritto consuetudinario ereditato di generazione in generazione ⁽²⁰⁾. Era naturale che il re interpellasse, sui casi che doveva decidere, il suo consiglio di sacerdoti.

Prima di concludere, vediamo ancora la questione se nei casi in questione il re oppure le persone da lui incaricate fossero rappresentanti del potere esecutivo pubblico ⁽²¹⁾, o piuttosto persone di fiducia delle parti, la cui sentenza le parti erano pronte ad accettare. È evidente che ogni vicino sarebbe stato in grado di rendere un siffatto amichevole servizio alle parti. Resta da vedere se le parti avrebbero accettato l'opinione del vicino-giudice, qualora la sua sentenza non fosse piaciuta all'una o all'altra. Sappiamo che anche oggi, nei paesi ultramoderni, con un livello di civiltà assai elevato, le cose non stanno così. Lo si voglia o no, dobbiamo ritornare a uno dei punti di partenza: un complesso organizzato è inimmaginabile senza organizzazione. E un'organizzazione è inimmaginabile senza ordine realizzabile — sulla base di un accordo comune precedente — anche contro le intenzioni o i desideri di un membro della collettività, particolarmente ostinato.

Il re e le persone da lui incaricate erano persone di fiducia, ma non solamente delle parti litiganti, poichè il re era persona di fiducia di tutta la società che a lui aveva affidato la cura del funzionamento del sistema, compresa la risoluzione delle liti private.

I membri della società non potevano ottenere la sicura so-

⁽²⁰⁾ Cf. sopra n. 14 e 15.

⁽²¹⁾ Il termine è stato usato, in conformità agli assiomi della linguistica strutturale, per avvicinare la situazione alle nozioni proprie del lettore moderno.

luzione della loro « causa » se non da quell'elemento a cui la collettività aveva trasferito l'autorità in tale materia.

7. La caduta del regno fu — anche in quei tempi — questione di potere politico. La forma sociale in atto aveva fatto il suo tempo e i conflitti interni superarono i limiti della sopportabilità. Si realizzò un cambiamento qualitativo: dal funzionamento del sistema sulla base del regno si passò al funzionamento sulla base della repubblica.

A proposito di questo mutamento della struttura del sistema, la letteratura moderna ha assunto posizioni diverse. La questione del titolo originario dei primi magistrati repubblicani è — come si sa — il punto più discusso ⁽²²⁾. Però, proprio in questo punto si mostra l'utilità delle nozioni elaborate dalla linguistica strutturale: per il funzionamento del sistema, il titolo (la denominazione) del suo elemento dirigente era, in realtà, la questione meno importante. Gli antichi stessi esprimono francamente questa conclusione ⁽²³⁾.

Non è questa la sede per analizzare dettagliatamente tutte le questioni che rientrano nel quadro della storia dei primordi della repubblica romana. Nondimeno, possiamo affermare con sicurezza che la vita di ogni giorno non cambiò: le condizioni materiali rimasero le stesse di prima. Ecco: era necessario avere un

⁽²²⁾ Intorno alla vastissima bibliografia relativa alla questione del mutamento di costituzione, incluso l'anno di questo mutamento, e dei primi magistrati repubblicani, cf. CASSOLA, *l.c.*, pp. 287 ss.; DE MARTINO, *Intorno cit.*, pp. 233 ss.

⁽²³⁾ Cf. per es. CIC., *De leg.* 3, 3, 8: *Regio imperio duo sunt, iique a praeuendo, iudicando, consulendo praetores, iudices, consules appellamini.* - LIV., 3, 55, 12: *... iis temporibus nondum consulem iudicem, sed praetorem appellari mos fuerit.*

Diversa è anche la terminologia degli storiografi romani a proposito della nomina (creazione) dei primi magistrati repubblicani. Cfr. DE FRANCISCI, *l.c.*, pp. 384 ss., 406 ss.

Questa promiscuità di parole non significa che la critica moderna non debba far ogni sforzo per ricostruire quanto più esattamente è possibile il relativo quadro storico. Nondimeno, questa promiscuità segnala ugualmente che i Romani stessi davano spesso poco peso alla espressione esterna (al significante).

magistrato repubblicano per amministrare, fra l'altro, anche la giustizia. E gli stessi motivi inducevano i supremi magistrati repubblicani alle medesime misure che prendevano i loro predecessori regi nell'ambito della loro attività giudiziaria.

Le relazioni degli autori posteriori presentano solo un quadro di come questi s'immaginavano la vita dei loro antenati. Però se, ad esempio, con la caduta del regno e l'installazione della repubblica si fosse instaurato un ordinamento contenzioso completamente nuovo, gli scrittori antichi non avrebbero mancato di metterlo in rilievo. Non avendolo fatto, confermano l'argomento *per negationem*. Inoltre, l'analisi strutturalistica arriverà allo stesso risultato: niente fu cambiato a proposito del funzionamento interno del sistema. Soltanto un elemento politico anteriore (il re) fu eliminato e sostituito da un elemento formalmente nuovo, dai magistrati repubblicani. Quale sia stato l'effetto di questo evento, lo racconta Livio.

3, 9, 2: *C. Terentilius Harsa tribunus plebis... per aliquot dies patrum superbiam ad plebem criminatus, maxime in consulare imperium tamquam nimium nec tolerabile liberae civitati invehebatur: nomine enim tantum minus invidiosum, re ipsa prope atrocius quam regium esse; quippe duos pro uno dominos acceptos, immoderata, infinita potestate, qui soluti atque effrenati ipsi omnes metus legum omniaque supplicia verterent in plebem. Quae ne aeterna illis licentia sit, legem se promulgatarum ut quinque viri creentur legibus de imperio consulari scribendis; quod populus in se ius dederit, eo consulem usurum, non ipsos libidinem ac licentiam suam pro lege habituros.*

Lo storiografo romano c'informa che la plebe — un grande elemento nel sistema della società romana — si lagnava dell'insupportabilità della situazione dopo la caduta del regno, a seguito

dei provvedimenti emessi dai nuovi magistrati giudicanti. Questi si comportavano da usurpatori peggiori dei re.

L'interpretazione cosiddetta dogmatica si accontenterebbe della semplice constatazione di questo stato di cose. L'analisi strutturalistica è obbligata a penetrare nel fondo del fenomeno.

Perchè i nuovi magistrati repubblicani erano peggiori dei re? Colla caduta del regno è cambiata la funzione dell'elemento dirigente. Prima, il re era unico elemento dirigente e il periodo del suo potere non era limitato ad un periodo troppo breve. Dunque, il re (e come provano i documenti storici, ciò vale soprattutto per i migliori dei re) poteva reputarsi, si reputava ed era reputato padre di tutti, responsabile del benessere di tutta la popolazione: i faraoni egiziani colla loro ideologia politico-religiosa di *Maat* ne sono un esempio classico ⁽²⁴⁾.

I re romani, non oppressi immediatamente nè dal tempo nè dalla paura della fine del loro potere, potevano governare, cioè funzionare quale elemento dirigente del sistema, in modo più obiettivo e più giusto dei loro successori repubblicani.

È ovvio e fuori d'ogni dubbio, che neanche l'epoca dei re si sviluppò senza conflitti sociali. Sappiamo che, per esempio, Tarquinio Prisco raddoppiò il numero dei membri del senato, aggiungendo ai *patres antiqui* i *patres minorum gentium*. È notissimo che già la società antica era divisa in due grandi parti in antagonismo: il patriziato e il proletariato plebeo. Non è naturalmente questa la sede per analizzare le complesse relazioni tra

⁽²⁴⁾ Questo quadro risponde naturalmente alla situazione in cui le mutue relazioni dei singoli elementi del sistema — sebbene diverse nei particolari — sono in ultima istanza equilibrate. Impulsi che passano questi limiti, provocano per lo più reazioni a catena, sconvolgendo il sistema intero, colpendo anche elementi che in origine stavano a parte: cfr. le cause della caduta del regno (l'impulso definitivo fu, secondo la nota tradizione, il suicidio di Lucrezia, in seguito allo stupro con cui essa fu disonorata dai Tarquini) e le sue conseguenze (fu infine espulso anche il marito di Lucrezia, Lucio Tarquinio Collatino, pur senza aver commesso alcuna colpa). Cf., recentissimamente, CAPOZZA, *L.c.* pp. 30 ss., e 61 s., e, particolarmente, la valutazione dell'epoca regia presentata dallo storiografo romano del IV secolo d.C. Eutropio. Una dettagliata analisi della struttura e dei relativi impulsi sarebbe veramente stimolante.

questi due gruppi della *civitas Romana*. Nondimeno conviene, almeno, ricordare che quel funzionamento del sistema sociale romano con tanti impulsi contrari attirò ripetutamente l'attenzione degli studiosi moderni. Studiati la natura e i motivi dell'opposizione tra plebe e patriziato, parecchi autori dimostrarono come, già in quell'epoca remota, l'elemento dirigente del sistema sapesse assicurarsi il predominio sociale e politico ⁽²⁵⁾.

Il tentativo di Tarquinio il Superbo di usurpare il potere assoluto, dopo essersi prima assicurato l'appoggio di una parte del senato (probabilmente i suoi compagni di stirpe), accelerò lo scoppio della rivoluzione. Venne mutata la qualità personale dell'elemento dirigente del sistema. Non cambiò troppo la sua funzione, non venne meno la lotta di classi, che passò ed operò su un altro livello. Conosciamo le secessioni della plebe, l'istituzione dei magistrati plebei, la codificazione del diritto consuetudinario.

8. Però, la classe dirigente continuava a tenere fermamente in mano una delle più rilevanti e importanti funzioni del sistema: l'amministrazione della giustizia. Questa determinazione della classe dirigente emerge con chiarezza, per esempio, nel momento in cui i patrizi dovettero cedere uno dei due posti consolari ai plebei (367). Contestualmente i patrizi — come ho ricordato sopra ⁽²⁶⁾ — crearono la pretura, accessibile — per un periodo assai lungo — solo a membri della loro classe.

I patrizi dominarono la giustizia anche da un altro punto di vista: per il tramite dei sacerdoti e dei giudici. I primi tennero fino al periodo repubblicano avanzato il loro monopolio della giurisprudenza. I giudici furono — per un periodo ancora più lungo — esclusivamente membri della classe dominante. Così — per un periodo di secoli — il cerchio della giustizia romana rimase chiuso. Cambiò la posizione degli elementi, ma la struttura generale della società non cambiò.

⁽²⁵⁾ Cf. MÉNAGER, *l.c.* (*supra* n. 16).

⁽²⁶⁾ *Supra* III. 1.

Dobbiamo chiederci perchè il controllo e l'amministrazione della giustizia erano così importanti per la classe dominante. La spiegazione è molto semplice. In origine, la capacità di partecipare al giudizio spettava esclusivamente ai *patres familias* del patriziato. Oggetto delle liti erano prevalentemente affari di proprietà. L'interesse della classe possidente a tenere la giustizia nelle sue mani è conseguenza logica di questo stato di cose. Questo spiega anche — dallo stesso punto di vista — l'evidente conservatorismo del sistema giuridico romano. La classe dirigente avendo interesse vitale a non cambiare la funzione di questo sistema *immateriale*, non poteva aver interesse a cambiare dettagli di sistema, salvo in caso di necessità. Di qui nasce anche, fra l'altro, la vitalità del processo per *legis actiones*.

IV. 1. Concludendo, ancora un breve sguardo alla dottrina moderna sulle questioni afferenti alle nostre riflessioni ⁽²⁷⁾.

La cosiddetta « teoria democratica », legata al nome di Ihering ⁽²⁸⁾, teoria alla quale si sono associati parecchi studiosi posteriori (anche Wenger) ⁽²⁹⁾, insegna che la separazione del processo civile romano in due stadi, *in iure* e *in iudicio*, sorge dall'idea d'imparzialità: il cittadino romano aveva — secondo quanto afferma questa dottrina — il diritto inalienabile di affidare la sua lite ad un concittadino politicamente libero. Nondimeno, questa tesi urta contro la testimonianza delle fonti. Le parti ed anche i giudici erano membri del medesimo elemento. Dunque, contro chi era rivolto quel diritto all'imparzialità politica? E chi poté essere garante di questa imparzialità? Fino alla tarda repubblica i giudici erano membri dello stesso elemento sociale.

⁽²⁷⁾ La letteratura relativa a questo complesso di questioni è vastissima. Per le ragioni ricordate *supra* n. 4, l'attenzione sarà consacrata almeno agli aspetti più importanti. Per la completezza del quadro verranno ricordate anche tesi che la critica ha già univocamente respinto.

⁽²⁸⁾ *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*⁵, II. 1, Leipzig, 1895, pp. 78 s.

⁽²⁹⁾ *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli 1948, pp. 58 ss. (con rinvii bibliografici).

Inoltre, un altro elemento della stessa società, la plebe, poté ottenere una parte di quei « diritti democratici » solamente con una continua lotta contro la classe dominante.

2. Secondo un'altra tesi che dominò la dottrina per più di un mezzo secolo, la cosiddetta « Schiedsgerichtstheorie » (= teoria della giustizia arbitrale) ⁽³⁰⁾, alla quale si sono ugualmente associati parecchi studiosi (ci sia permesso di citare, almeno, l'insigne e compianto romanista E. Betti) ⁽³¹⁾ la *litis contestatio* formulare aveva un valore essenzialmente identico al *compromissum*, che dominava — secondo questa ipotesi — la decisione delle liti di tutta l'epoca precedente.

Anche questa teoria venne combattuta, non di rado con vigore polemico. Uno dei primi oppositori fu il Wenger che la combatté già un mezzo secolo fa ⁽³²⁾.

Si suppone che, nei tempi antichissimi, la società non abbia conosciuto mezzi di esecuzione, cioè mezzi di realizzazione immediata pronunciata dall'organo autorizzato dalle parti o dalla società a decidere le controversie per le quali i membri della stessa società si erano rivolti agli organi or ora menzionati. Però, l'umanità non si è mai fermata a metà strada, se una certa soluzione sembrava necessaria.

Sappiamo che, ad esempio, gli Egiziani antichi risolsero la questione dell'esecuzione della sentenza in modo veramente originale e efficace: le parti dovevano giurare di sopportare cento

⁽³⁰⁾ Padre di questa teoria è — come si sa — M. WLASSAK, particolarmente in *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien 1921, p. 247. Bibliografia ulteriore presso G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, Köln-Graz 1957, p. 4 n. 11.

⁽³¹⁾ Particolarmente *Processo civile (Diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino 1966, p. 110 ss.

⁽³²⁾ *Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts*, München 1925, pp. 22 s.; *Abhandlungen zur antiken Geschichte*, in *Festschrift für Gustav Hanausek*, Graz 1925, pp. 5 ss.; *Studi Solazzi* cit., 49 ss. Letteratura ulteriore presso BROGGINI, l.c., p. 7 n. 14; KASER, *Zivilprozeßrecht* cit., p. 20 n. 22 e 23; *Prätor und Iudex im römischen Zivilprozeß*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 31 (1964), p. 334.

colpi di bastone, se avendo perduto la causa, non fossero pronte a eseguire la sentenza.

L'interpretazione dogmatica si accontenterebbe di questa semplice constatazione. L'interpretazione strutturalistica no. Ci verrà in aiuto la linguistica strutturale. Come si è rilevato, all'inizio delle nostre riflessioni, nella parola si trova il germe di tutti i cambiamenti. Ciascun germe è inizialmente lanciato da un certo numero di persone prima di entrare nell'uso. È difficile immaginare che, anche nei tempi antichissimi, l'organo autorizzato dalle parti o dai membri del sistema a « giudicare » (cioè a risolvere la lite in questione) non si sia preoccupato della questione del come salvare e assicurare la sua autorità. Non sarebbe servito a nulla, se per esempio il re, coll'assistenza dei suoi consiglieri, avesse emanato una decisione che, in fin dei conti, fosse rimasta lettera morta.

Se leggiamo le XII tavole, vediamo che già in quell'epoca l'esecuzione della sentenza dell'organo giudicante era assicurata in modo efficace e persuasivo ⁽³³⁾.

Sarebbe illusorio presumere che i giudizi dei re fossero solo pantomime senza carattere obbligatorio per le parti, ed anche per tutta la società.

È stata la dottrina moderna che ha complicato la vita aggiungendo ai fenomeni ed agli istituti antichi, aspetti propri del nostro modo di pensare. Gli antichi consideravano — come è universalmente noto — i negozi giuridici semplicemente come realtà, e non si preoccuparono affatto dell'idea se il loro modo di assicurare la funzione desiderata del sistema, e le connesse formulazioni verbali, sarebbero piaciute agli eventuali ricercatori di qualche secolo o di qualche millennio più tardi.

3. Fedeli all'impegno di presentare le situazioni con oggettività, dobbiamo ricordare ancora una tesi proposta di recente.

Lo studioso tedesco M. Kaser ammette l'attività giudiziaria

(33) Cf. in particolare tab. I, 1.

dei re, però, quanto alla divisione del processo posteriore in due stadi, parte da una posizione diversa ⁽³⁴⁾. Accennando a due tipi di giudici del procedimento per *legis actiones*, lo *iudex* e l'*arbiter*, il Kaser pensa che la divisione del procedimento in due stadi fosse necessaria, perchè il pretore voleva sbarazzarsi di un peso eccessivo. Oltracciò, a proposito, dell'*arbiter*, perchè questo era un giudice il cui compito consisteva nell'inquisire e conciliare, a proposito del *iudex* per motivi giuridico-politici.

Il Kaser considera il pretore come uomo politico, e le sue decisioni come emanazioni di volontà (*Willensentscheidung*). La sentenza invece è — secondo l'autore citato — decisione basata su cognizioni oggettive. Per questa ragione il pretore cedette il compito di accertare il *quid iuris* al giudice.

Però anche questa teoria suscita obiezioni. Il duplice stadio del procedimento civile romano non fu innovazione introdotta dai pretori, ma era già noto — come riconosce il Kaser stesso ⁽³⁵⁾ — ai tempi del regno. L'istituzione della pretura non fu che un effetto della lotta di classe, ed, in ultima istanza, una misura tecnico-amministrativa.

Ugualmente deve essere considerata contraria alla verosimiglianza storica l'ipotesi che il collegio dei pontefici costituisse una specie di *consilium* del magistrato giusdicente e che le soluzioni da loro suggerite avessero una funzione vincolante per il magistrato. Una siffatta congettura dimentica l'autonomia del collegio dei pontefici, al quale era riservata la *interpretatio*, ma non mai l'*administratio iuris* ⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ *Tijdschrift* cit., 344 ss.; *Römische Gerichtsbarkeit im Wechsel der Zeiten*, in *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, 1966, pp. 33 ss.; *Prozeßrecht*, 33.

⁽³⁵⁾ *Prozeßrecht*, p. 31.

⁽³⁶⁾ L'attività del magistrato giusdicente a proposito dello *ius civile* e dello *ius honorarium* meriterebbe un'analisi oggettiva. Conviene ricordare, in particolare, che dalle circa 800 *leges* soltanto una ventina regolò questioni di diritto privato. Cf. F. SCHWIND, in *Studi Solazzi*, cit., p. 773; H. HÜBNER, *Jurisdiktionsgewalt und « demokratische » Bindung des römischen Prätors*, in *Gedächtnisschrift Hans Peters*, Berlin-Heidelberg-New York 1967, pp. 97 ss.

Neanche la posizione storica del *iudex privatus* corrisponde al quadro presentatoci dallo studioso or ora menzionato. Il *iudex* non era mai delegato del magistrato giusdicente, bensì organo della *civitas*. Inoltre, tanto il *iudex*, quanto il magistrato, erano membri della stessa classe sociale. Sarebbe illogico considerare i pretori come « juristische Laien » (= laici nel campo della giurisprudenza). È notissimo che la pretura era magistratura superiore, e i pretori avevano precedentemente ricoperto magistrature inferiori che postulavano evidentemente, fra l'altro, certe conoscenze di diritto. Inoltre nessun giovane romano era preparato nella casa familiare esclusivamente o per la carriera di pretore o per quella di giudice.

Infine, sarebbe contrario alla realtà storica ridurre l'attività (la funzione) del supremo magistrato giusdicente a quella di portavoce di un libero consorzio di uomini, del suo « consilium », la cui funzione era completamente diversa da quella del magistrato.

V. Prima di por termine alle nostre riflessioni, ancora qualche osservazione sul *metodo*. Non era naturalmente possibile svolgere in un contributo di modeste proporzioni tutti gli aspetti dei problemi giuridico-sociali e metodologici che rientrano nel quadro dell'argomento. Uno degli spunti per questa relazione è stato offerto dalle idee del Savigny, esposte al principio delle nostre riflessioni.

È vero, che nè il grande Savigny, nè in seguito altri studiosi insigni ⁽³⁷⁾ sono stati capaci di padroneggiare le indagini giuridiche o storico-giuridiche al di là delle vie battute. Ma è ugualmente vero che è stato ripetutamente provato, anche in tempi recentissimi e nella maniera più drastica, che il cosiddetto metodo

(37) Per es. Kantorowicz, Rittner, Krause (cf. *IVRA* cit., n. 45). Sarà utile menzionare *expressis verbis* almeno quest'ultimo: « Noch immer geht das Wort von Heinrich Brunner um, das er 1885 geschrieben hat: 'Für die Rechtsgeschichte bleibt, was sie dogmatisch nicht erfassen kann, totliegender Stoff' ». (In: *Historische Zeitschrift* 209, 1969, p. 19).

dogmatico può bloccare anche i giuristi più autorevoli ⁽³⁸⁾. Pensiamo, per esempio, alla pirateria dell'aria a seconda che — ad azione terminata — i pirati siano o non siano protetti da un'efficace forza politica. Oppure a cause, sia pubbliche (come per esempio i cosiddetti processi politici) sia private nelle quali « un interesse particolarmente importante » si sia fatto valere tra le quinte. Oppure ai recentissimi casi di rispetto e mancato rispetto delle norme di diritto internazionale nell'ONU. Emerge la necessità imprescindibile di non considerare i sistemi sociali immateriali (diritto incluso) come fenomeni sospesi nel vuoto. Si evidenzia la necessità di studiare non solamente i rapporti effettivi tra i singoli elementi di un certo sistema, ma anche le ragioni degli impulsi da questi elementi emessi o ricevuti.

È il metodo « strutturalistico » che segue questo cammino. La sua denominazione non è che il risultato dell'accordo esterno, secondo le regole della linguistica strutturale. Riguardo al *c o n t e n u t o* dell'espressione, il « metodo strutturalistico » non è che *s t r u m e n t o* di lavoro.

Il suo compito non consiste nel trasferire concezioni moderne nel modo di pensare delle nazioni ed epoche storiche. Nemmeno è suo compito sostituire il metodo dogmatico, ma completarlo. Il suo compito principale è analizzare il sistema materiale di un'epoca per collocare organicamente l'istituto, la norma, la decisione, le misure in questione in esatta relazione coi fattori (elementi e impulsi) che l'hanno provocata e che hanno stabilito la formulazione esterna di essa.

Si può dire che molti studiosi lavorano con un metodo che è uguale ed analogo al metodo strutturalistico. Ciò non solo è possibile, ma addirittura sicuro: ed invero le strutture sono preesistite a Ferdinand de Saussure. Ma, perchè non chiamare le cose col loro nome?

(38) Cf. per es. l'eccellente articolo di C. F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura tempo e luogo del commesso reato della bancarotta prefallimentare*, in *Scritti in onore di Mario Casanova*, Milano 1971, pp. 241 ss.

Pur tuttavia, resta aperto il problema, se questo metodo sarà in grado di superare il letargo che pesa sulla disciplina la cui sorte non ci può lasciare indifferenti, ed evitare che lo studio dei diritti antichi costituisca solamente un contributo alla conservazione dei sistemi giuridici in via di superamento, se potrà, soprattutto, riconquistare l'interesse della società d'oggi attraverso una più esatta valutazione dei condizionamenti storici, sociali, culturali entro cui si muove l'attività umana in tutte le epoche storiche. La risposta dipende, naturalmente, in primo luogo della volontà degli studiosi stessi.

È ugualmente nelle loro mani provare che lo studio di quei sistemi giuridici ha da essere non un mero lavoro archeologico, perchè più d'un istituto presentatoci oggi da questo o quel rappresentante della vita pubblica come « novissima scoperta della scienza », ha, sia la sua radice, sia il suo riscontro, negli istituti analoghi creati da uomini vivi già qualche secolo o qualche millennio fa. Occorre veramente provare non solamente come quei sistemi materiali e immateriali avrebbero dovuto dogmaticamente funzionare ⁽³⁹⁾, ma anche — ed in particolare — come essi in realtà funzionavano, e perchè funzionavano proprio così.

⁽³⁹⁾ Cfr., a mo' di esempio, J. M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford 1966. Di diverso avviso, KASER, *Jahrbuch* cit., p. 32.

Come esempio, nell'ambito di diritto internazionale moderno, fra l'altro, J. PUENTE ECIDO, *Condiciones de Voto en los Organos Políticos de la Sociedad de Naciones y Naciones Unidas*, in *Zeitschr. f. ausländisches öff. Recht. u. Völkerrecht*, 33 (1973), pp. 223 ss.