

ANNO XXVIII - 1959/60

NUOVA SERIE A - N. 12

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE



EDITORE DOTT. A. GIUFFRÈ - MILANO

STVDI VRBINATI

SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE

Anno XXVIII

1959 - 1960

*
TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI
*

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 I), 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, nonchè 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 VOTIERRA, *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, particolarmente 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 GIOFFRÉDI, *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.; particolarmente 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 P.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 s.,

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 persistere 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

nouchè 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., particolarmente 79 e 82 s.

⁽¹⁴⁾ Cfr. particolarmente NIEDERMAYER, *Crimen plagii und crimen violentiae. Zur Geschichte iuristischer Begriffe*, St. Bonfante, II, 381 ss.; *Ausgewählte Inroduktionen 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., particolarmente 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 *Rilevati 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, particolarmente, p. 291 ss.; 340 ss.

dramento 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 giustificherebbe 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 sommaro, 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 constatassero che erano state adempiute le prescritte formalità. D'altro lato, dovrò ritornare sulla questione a proposito della tesi di Kaser e Brogginì, 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 particolarmente. *La litis contestatio nella procedura per legis actiones*, St. Arangio Ruiz, III, p. 461 ss.

⁽²³⁾ Cfr. FESTO, 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, vindicium 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 pervenuti. 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 P.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 particolarmente 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 (*Ἀρχαίων ἰδιωτ. 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*, Mém. 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, *Contribuit 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., particolarmente 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*, Mém. 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. particolarmente *Procedura civile romana*, II, p. 313 ss.; III, p. 51 ss.; *Von der Selbsthilfe*, cit., p. 61; Rec. a BROCCINI, *Iudex arbitrove*, cit., *BIDR*, 1959, particolarmente 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 accolgono 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 prestatato, 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 Ferae*, 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, particolarmente 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 Plantina, 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 superstite, 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. I, 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. II, 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 svolgentsi stragiudizialmente. Analogo rilievo vale per la prova dell'acqua in Sardegna, cit. in Solinus, II, 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. I, 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., BmR, 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 *Hviri perduellionis* e l'accusato. In tale sfida i *Hviri*, 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 consortio* 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 *purricidium*: 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 COLT, *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*, Mém. 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. Senonchè, 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 annettere 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 interresse 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*, anziché *iudex* (cfr. Liv. 3, 55, 11/12 e GIOFFREDI, op. cit., p. 62, n. 15, nonché, 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'À. 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'À.

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 condivide 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 sacramenta*) 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 Brogginì⁽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 *SDIII*, 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 *vindicaciones* (*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 Bröggini. 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 familiare 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 agnazio 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 *Jammeruf*, 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 agnaticio, 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*, RHID, 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.; *Prues, 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 *in ius vocatio* e nella *legis actio per manus iniectioem*, 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 formulario, e le si sostituisce con ipotesi spesso ingegnose, ma in ogni caso meramente congetture.

⁽⁶⁶⁾ *Iudex arbitrive*, 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 dedurre 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 BROGGINI stesso p. 145 ss.

All'ipotesi di una delega si riallaccia, per altra via, JOLOWICZ, *The iudex and the arbitral principle*, Mém. 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.

ENZO NARDI

prof. ord. di ist. di diritto romano nella Università di Bologna

RABELAIS E IL DIRITTO ROMANO *

* È il testo della conferenza da me letta nell'Aula Magna dell'Università di Urbino il giorno 11 maggio 1962.



Il lusinghiero invito urbinato, di cui rendo vive e congiunte grazie al Rettore, al Preside di Giurisprudenza ed ai benevoli ispiratori, m'ha messo in un grave imbarazzo: per la scelta del tema. Volevo offrire ad un pubblico così qualificato com'è quello dell'Atene delle Marche, un argomento, pur nell'ambito della mia modesta e limitata competenza, che fosse abbastanza vivo, che presentasse qualche interesse non proprio soltanto tecnico, e che fosse anche un po' fuor del comune. Ho esitato a lungo fra 'Storia giuridica delle case infestate', 'Rabelais e il diritto romano', e 'L'aborto provocato nel mondo greco'. Poi mi son deciso per il secondo tema, in omaggio — da un lato — alla vocazione didattica del vostro Rettore, veramente magnifico, e in segno di riconoscenza — dall'altro — per il fraterno contributo in merito del vostro valente storico del diritto intermedio. Così, se i risultati della mia scelta vi deluderanno, potrete dare un po' di colpa anche a qualche urbinato.

Rabelais sta bene, dirà qualcuno: ma che c'entra il diritto romano? E qualcun altro dirà: il diritto romano, d'accordo; ma cosa c'entra Rabelais?

Per vincere la sorpresa, se non forse la diffidenza, di fronte al collegamento, bisogna che vi dica come a me stesso si è rivelato.

Molti e molti anni fa, quando, ragazzetto, pescavo, sul filo di una non organizzata curiosità, nella domestica biblioteca di classici francesi, mi capitò per la prima volta fra le mani l'opera di Rabelais nei due volumi dell'edizione Flammarion. Ci capii ben poco, ma mi resi conto che doveva essere interessante, e, riponendo il libro, formulai il proposito di riprenderlo con agio in tempi più maturi.

I tempi più maturi vennero parecchio dopo, e, quando

vennero, la difficoltà del testo — si tratta come quasi tutti sanno di una storia di giganti padre e figlio (Gargantua e Pantagruel) le cui vicende non sono che il pretesto ad una enciclopedia del sapere dell'epoca in chiave umoristica — mi persuase ad aiutarmi con la traduzione, allora recente, del Passini. Fu così che scopersi agevolmente che abbondano nell'opera i riferimenti giuridici, e, in più di un punto, le sigle, resemi famigliari dallo studio del diritto romano, con cui si indicavano un tempo i testi giustiniani.

Ma sono citazioni effettive o inventate? Inventate, ad esempio, come quella della legge *Si quis canis § caponibus* burlescamente inserita nel 3° atto dei *Plaideurs* di Racine?

Il traduttore accordava loro ben poco credito, tanto che alle soglie di una interminabile mitragliata delle medesime avvertiva in nota: 'Chi ha mano in pasta potrà riscontrarle... Il lettore savio si contenti di trovare in esse cavoli a merenda'. Ma era il giudizio di uno che le mani in pasta non le aveva, tanto che in un'altra nota, volendo chiarir chi fosse l'appena incontrato signor Julianus, che non c'è matricola di legge che possa onestamente ignorare che fu un celebrato giureconsulto classico del secondo secolo, si lasciava inconcepibilmente cader di penna la presentazione: 'Salvio Giuliano, milanese del XVI secolo'.

Il problema rimaneva dunque più che mai aperto, e tuttavia un naturale scetticismo ed il carattere della lettura mi trattennero dal verificare e dall'approfondire, conciliando un accantonamento.

Poco tempo dopo trovo su una bancarella un libro di Platard del 1923, dal titolo 'L'adolescence de Rabelais en Poitou', che concerneva in particolare gli studi fatti da Rabelais. Era un libro chiave per la messa a punto dell'interrogativo, e, come tale, lo comprai, riservandolo ad una riposata e decisiva lettura al primo momento utile.

Lo presi con me, unico corredo extra giornale, in occasione d'una breve vacanza a Francavilla: e lo lessi. Perbacco. L'autore, grande studioso di Rabelais, mostrava che lo stesso avea frequen-

tato giuristi, bazzicato per le aule dei tribunali, studiato probabilmente all'Università anche diritto (prima di darsi alla medicina); e, da una appassionata analisi di certe parti dell'opera rabelaisiana, traeva precisi argomenti a conforto delle sue affermazioni generali.

Allora le citazioni non erano di un orecchiante profano!

Finii per sottrarre molte ore alle bellezze dei luoghi per appuntarmi tutti gli accenni al diritto romano, e, tornato a casa, feci altrettanto con l'opera di Rabelais.

Non restava che controllare tecnicamente tutti i passi e le citazioni.

Ma prima s'imponeva in argomento un adeguato spoglio informativo della letteratura rabelaisiana: e chi ne sa qualcosa, sa se non altro che è vastissima, perchè Rabelais per i francesi è un po' come Dante per noi. Ci voleva parecchio tempo. Pazienza.

In definitiva le scoperte che feci mi ripagarono della non breve fatica. Risultò (naturalmente sintetizzo): 1) che l'elemento giuridico è ritenuto fondamentale nella vita e nell'opera di Rabelais; 2) che c'è chi afferma e c'è chi nega, in ogni caso in modo drastico, che Rabelais se ne intendesse sul serio; 3) che però quella giuridica è forse l'unica dimensione di Rabelais finora non studiata da tecnici del ramo: tanto che nel vicino 1953 lo Janeau, prelundendo al suo studio sul pensiero politico del nostro, scriveva 'Je crois qu'une étude reste à faire: sur le droit dans Rabelais'.

Ed ecco spiegato come, in attesa che altri elabori i settori del diritto canonico e della prassi giuridica e giudiziaria del tempo, non meno ricchi di materiale e non meno importanti, ma dai quali la mia incompetenza mi esclude, mi son messo a studiare i dati afferenti al diritto romano, nella fiducia, o almeno nella presunzione, di offrire al futuro quadro complessivo, che altri vorrà e potrà comporre, un materiale, per il mio settore, meno grezzo e più collocabile.

A questo punto alcuni tratti, soltanto alcuni, di sommario ambientamento storico di Rabelais — anche perchè poi inseguirò il materiale lungo un filo cronologico — direi che ci vogliono e ci stanno bene.

Nato in Turenna da famiglia di non conosciuta condizione (non si sa se il padre fosse oste o legale) in un anno soltanto congetturabile della fine del quattrocento, Francesco Rabelais domina in Francia, con la sua opera singolare che segna il passaggio dal medioevo all'età moderna, una delle epoche più interessanti della storia della cultura: il cinquecento inoltrato.

Scoperta l'America, siamo ai grandi viaggi e agli inizi del colonialismo. Francesco I ed Enrico II lottano per lo stato nazionale contro la soffocante egemonia imperatoria di Carlo V; in particolare in Italia, che politicamente decade, riducendosi a campo di battaglia degli stranieri: tanto che nel 1527 Roma stessa va a sacco. Alla 'riforma', lanciata da Zwingli, Lutero e Calvino, reagisce il Concilio di Trento; e lotte di religione e lotte politiche si riflettono insieme negli scritti dell'epoca.

La scienza, ancor legata, per lo più, al metodo deduttivo, raramente si sottrae, nello studio dei fenomeni, alla soggezione ai testi antichi. Tuttavia Copernico fonda la teoria eliocentrica, e Brasavola e Aldrovandi allargano i confini delle scienze naturali.

Si diffondono in Europa i canoni artistici del rinascimento italiano, e, grazie alla rapida espansione dell'editoria a stampa, gli ideali umanistici quattrocenteschi, anche giuridici, di Lorenzo Valla, Pomponio Leto, Poliziano e Pontano: di cui appaiono oltr'alpe fervorosi continuatori, in istretto reciproco collegamento, Tommaso Moro, Desiderio Erasmo da Rotterdam, Guglielmo Budé, Juan Luis Vives, Andrea Tiraqueau.

Nel campo del diritto il cultismo francese, sulla scia del lombardo Andrea Alciato, divenuto professore a Bourges, sostiene un 'mos gallicus docendi', o metodo storico critico nell'insegnamento del diritto romano, contro il risalente 'mos italicus', o metodo dogmatico astorico in quanto basato sulla considerazione delle norme giustiniane quale diritto ancora in atto.

Dal punto di vista letterario, mentre in Ispagna al rabelaisiano Gargantua e Pantagruel non fa riscontro che il roman-zetto picaresco 'Lazarillo de Tormes', e in Germania bisogna attendere il secondo cinquecento per trovarne un omologo nel 'Till Eulenspiegel' e in una libera versione dello stesso Gargantua di Giovanni Fischart, è in Italia che scrittori coevi in qualche modo accostabili al Rabelais si segnalano per numero ed importanza: basti ricordare Francesco Berni, Teofilo Folengo, Pietro Aretino, Matteo Bandello, Anton Francesco Doni.

Su questo complesso sfondo la vivacissima satira del Rabelais s'innesta con sistematico incorporamento e sfoggio d'innunmerevoli nozioni tecniche antiche e nuove tratte e volgarizzate da ogni ramo dello scibile; e la inconsueta ricchezza del bagaglio erudito e la squillante genialità umoristica espressa in un parlato popolare contadino di marca inimitabile traducono, insieme fuse, una personalissima tempra di osservatore e di studioso, largamente 'impegnato' — oggi si direbbe — in senso umano e sociale.

Lo troviamo, invero, frate minore, benedettino, canonico, prete con cura d'anime; padre d'un figlio morto bambino, avuto non si sa da chi; medico privato, ospedaliero e condotto; medico personale e segretario particolare d'alto prelato ambasciatore presso la Santa Sede, e del di lui fratello governatore del Piemonte; forse correttore di bozze; in corrispondenza coi grandi umanisti e riformatori del tempo; editore di almanacchi, di testi giuridici, medici, archeologici; cultore provetto di latino, greco, ebraico e lingue moderne; di diritto, scienze naturali e antichità classiche. Un personaggio, insomma, poliedrico ed originale, che ha esteso le sue curiosità ed i suoi interessi a tutti i campi, da quelli elevati e culti a quelli umili e spiccioli, ricreandoli da par suo, attraverso lo specchio più scarnificante che deformante d'un umorismo d'eccezione.

Nessuna meraviglia, dato ciò, che l'autore abbia conosciuto esaltazioni e vilipendi; che abbia avuto amici e nemici dichiaratissimi; che sia stato più volte costretto a mutar vestito ed am-

biente, a mimetizzarsi, a scomparire; che gente ieri favorevole gli si sia domani dimostrata avversa; che abbia avuto dalla sua il re e contro la Sorbona; che certi tratti della sua vita siano avvolti in impenetrabile mistero ed altri entrati addirittura quasi nella leggenda.

Nessuna meraviglia, inoltre, che dopo la sua morte, avvenuta nel 1553, le edizioni del Gargantua e Pantagrue si siano moltiplicate in un prevalere d'entusiasmo e d'ammirazione; e che, infine, opera ed autore sian divenuti oggetto di studi, valutazioni ed interpretazioni sempre più numerosi ed approfonditi: tanto da generare una foltissima, inesauribile letteratura.

L'indagine, in rapporto al carattere enciclopedico dell'opera, è stata condotta da ogni possibile angolo visuale, con esame tecnico degli argomenti ed aspetti anche più particolari. S'è studiato Rabelais dal punto di vista religioso, storico, letterario, linguistico, filosofico, morale, pedagogico, medico, e così seguitando da qualunque altro lato.

Meno che da quello giuridico, per cui finora — e qui chiudo l'introduzione — ai pur notevoli, e comunque interessanti, apprezzamenti dei letterati non han fatto seguito, malgrado il riconosciuto eccezionale rilievo di questo aspetto nel caso di specie, adeguati approfondimenti a livello tecnico, e cioè ad opera di giuristi.

Per quel che riguarda il mio settore — diritto romano — vi propongo di percorrere con me un itinerario ricognitivo che si snodi nel tempo di tappa in tappa attraverso gli scritti di Rabelais dal più antico al più recente, con fermate obbligatorie o facoltative dove l'interesse romanistico sia in gioco.

È un giretto di una quarantina d'anni, 1521-1552, che dovremo purtroppo fare (purtroppo per me, che mi offro come guida) a velocità supersonica.

Ve ne anticipo, in un compendio anche statistico, ma necessariamente telegrafico, i risultati utili.

Il diritto romano di Rabelais è una cosa seria: molto più seria di quel che si sarebbe potuto credere e che da qualcuno

s'è detto. I dati romanistici punteggiano non superficialmente tutta l'opera dal primo all'ultimo scritto (tranne il *Quarto libro*, in cui è alternativamente di scena il diritto canonico): prova sicura d'una passione e d'una competenza semiprofessionali, che integrano una stabile componente base della complessa cultura e personalità del nostro.

Forma mentis, letture, amicizie, frequentazioni specifiche l'hanno indotto a condividere, ed un naturale impulso ed il tipo degli scritti a volgarizzare, l'atteggiamento critico verso glosatori e commentatori, che, promosso dagli umanisti italiani, si esalterà nel cultismo francese.

Nel *Quinto Libro*, uscito postumo, e la misura della cui autenticità non è ancora ben chiara, le notazioni romanistiche, mentre da un lato non ripugnano al repertorio rabelaisiano (vedi cap. 2 in tema di Siticines e Sicinnistes, vedi cap. 4 a proposito delle Vestali e di Labeone, e in ispecie cap. 10 dove sulle orme del Poliziano si ricorda la solennità con cui mostravano a Firenze la 'littera ex pisana', cioè il famoso manoscritto delle Pandette che è adesso alla Laurenziana), d'altro lato però non servono gran che al fine di risolvere il problema del quantum concreto di genuinità del libro.

Fonti romane particolarmente citate o implicate: 86, più 14 'leges difficiles'. Malgrado la trascrizione dei manoscritti rabelaisiani ad opera di non giuristi, e, forse, qualche riferimento dell'autore a memoria, abbastanza rare le inesattezze: che in genere poi non pregiudicano il riconoscimento di citazioni pertinenti.

A volte la citazione non ha che il consueto scopo documentale. A volte serve invece, in virtù d'opportuni accorgimenti, il proposito umoristico che sempre e congenitamente anima e pervade tutta l'opera pantagruelina anche attraverso lo sfoggio di cultura antica. Qui, si capisce, l'interprete incontra, aggravati dalle eventuali mende del testo stampa (anche l'edizione 1955 della Pléiade ne è tutt'altro che immune), difficoltà e imbarazzi maggiori.

I riferimenti riguardano ogni parte delle Istituzioni, Digesto, Codice e Autentico: e in un modo che rivela la più precisa pratica del maneggio di Repertori ed Indici, della ricerca e del controllo nelle fonti, dello spoglio della letteratura giuridica allora in uso; in una parola: di tutta la tecnica del ramo. Impiegata, poi, con un'agilità e ricchezza di tastiera, e con effetti così speciali, da lasciar sorpreso chi se ne intende; mentre il lettore comune, reso perplesso e intimidito dall'impossibilità di capire, è costretto, saltando e passando oltre, a recar testimonianza di quel livello quasi professionale di cui già sopra dicevo.

Ed ora, col vostro permesso, 'in carrozza' per le singole tappe.

Indicherò passando tutte le stazioni, possibilmente con qualche cenno illustrativo; ma la tirannia del tempo non permetterà di fermarsi, com'è ovvio, che in quelle principali. E là, sempre col vostro permesso, farò parlare l'autore in persona, limitandomi, da parte mia, a fargli da interprete per rendere il contatto più agevole e più spiccio.

Il primo scritto di Rabelais che ci sia pervenuto è una sua lettera in latino con una spruzzatina di greco, diretta al famoso umanista e grecista Guillaume Budé per sollecitare la risposta ad una precedente inevasa. Gli aveva scritto mesi prima incoraggiato dal confratello Pierre Amy (Rabelais era a quell'epoca nel monastero francescano di Fontenay), ma senza averne riscontro; se non avrà risposta nemmeno adesso, intenterà contro Amy un'*actio de dolo*. Ora il destinatario si fa vivo, ed entrando nello spirito dello scherzo, da tecnico a tecnico gli smonta in mano l'*actio de dolo*: «illam enim de dolo (ut nosti, qui iuris studiosus fuisti) Praetoris edictum non nisi subsidiariam permittit. ecc. ecc. ».

Tre anni dopo, 1524, mentre ancor durava la corrispondenza con Budé, il nome di Rabelais compare nella seconda edizione del *De legibus connubialibus* del famoso giurista Andrea Tiraqueau: vi compare all'inizio, dove è riportata una

sua sestina greca in lode dell'autore (e vi si accompagnano quattro versi latini di Pierre Amy in lode dell'elogiante), e vi ricompare nel corso dell'opera, in un punto in cui, oltre a far cenno d'una di lui traduzione di Erodoto non pervenutaci, il Tiraqueau lo esalta con le parole: « Francesco Rabelais dei frati minori, uomo, più di quanto non comportino la sua età e le tradizioni — per non dire gli scrupoli eccessivi — dell'ordine cui appartiene, versatissimo in entrambe le lingue [cioè latino e greco] e in ogni ramo del sapere ». Diritto compreso, evidentemente.

Un anno di gran rilievo per Rabelais, e, di riflesso, per noi, è il 1532.

Il 3 giugno egli dedica a Tiraqueau un'edizione Gryphe, da lui curata, delle *Epistolae medicinales posteriores* del ferrarese Giovanni Manardi, e, confrontando in un contesto arricchito di terminologie romanistiche le vicende evolutive della medicina e del diritto, fra altro scrive: ' La vostra scienza del diritto (dove il 'vostra' è un sentito omaggio alla eccellenza giuridica del Tiraqueau) è assurta ad un livello per cui niente più si richieda per il suo rinnovamento: però ci sono ancora dei tizii dalle cui mani non si posson far cadere quelle invecchiate glosse che erano state scritte da barbari '.

'Barbari' eran coloro che non avevano conosciuto, chiusi nella densa caligine dell'epoca gotica, il sole dell'umanesimo: erano i glossatori, i commentatori, ed i loro superstiti seguaci. 'Exoleta barbarorum glossemata' erano, nel fiorito linguaggio rabelaisiano, la Glossa Magna di Accursio ed i trattati dei commentatori: quei vecchi usuali libri depositari di una pseudo-scienza, cui tanti erano ancor legati come all'anima loro, e che ostinatamente difendevano dall'inesorabile imporsi della *culta iurisprudentia* di cui Budé era stato un anticipatore e Tiraqueau, proprio nella seconda edizione del *De legibus connubialibus*, s'era fatto banditore.

Rabelais si schiera dunque decisamente per il nuovo indirizzo coi suoi illustri maestri ed amici, e vigorosamente parte-

cipa alla loro lotta contro gli epigoni del disprezzato scolasticismo medioevale: è con l'umanesimo giuridico contro la Glossa, è per il 'mos gallicus' contro il 'mos italicus' docendi.

Far rivivere in profondità, sia pure per sommi capi, dalla miccia accesa dal Valla nel 1433 fino al clima francese nell'ambito del quale il Rabelais prese posizione, quello che da ripetuti studi recenti e recentissimi sempre più appare come un conflitto di esigenze e di mentalità che si viene progressivamente politicizzando con l'inserirsi e venir sfruttato nel conflitto fra impero e regno di Francia, ci ruberebbe in questa sede troppo tempo prezioso. Passiamo quindi piuttosto al 4 settembre 1532.

È una data romanistica, ma è la data di una disavventura.

Rabelais, come gli altri umanisti, collezionava antichi manoscritti. Un bel giorno, a Lione, gli mostrano l'asserita copia di un testamento romano, garantendogli che esiste l'originale. Lui ne parla con un vecchio amico di passaggio, Amaury Bouchard, che nel 1525 avea divulgato i frammenti di Gaio e Paolo inseriti nella *Lex Romana Visigothorum*; questo si interessa e lo prega di fargliene avere copia in esclusiva. Non molto dopo Rabelais si accorda con lo stampatore Gryphe, e del testamento e di un contratto ritenuto coevo fa tirare, con prefazione a Bouchard (4 settembre è la data della prefazione), duemila copie — dico duemila — perchè tutti potessero conoscere come i romani dell'epoca classica facevano testamento: *Ex reliquiis venerandae antiquitatis Lucii Cuspidii testamentum. Item, contractus venditionis, antiquis Romanorum temporibus initus.*

Purtroppo, si trattava di esercitazioni umanistiche: il testamento era forse in realtà di Pomponio Leto; mentre la compravendita era l'inizio d'un dialogo del Pontano.

Obiettivamente non c'era da vantarsi d'un particolare fiuto; ma non è poi che la vicenda dovesse esser presa tanto sul tragico. I falsi umanistici a quell'epoca erano all'ordine del giorno, proprio perchè concimati dalla generale avida passione dell'antico; e ci cascavano sempre in parecchi e per lungo tempo. Al punto che, nel nostro caso, a coloro che gridan la croce addosso

al povero Rabelais c'è da obiettare che la soperchieria fu in modo pubblico ed incontrovertibile smascherata solo decenni dopo. D'altra parte non si ha prova, nonostante il mistero della sorte della cospicua tiratura, che il Rabelais se ne sia mai reso conto. Pura leggenda, quindi, che, scoperto il falso, la tiratura sia stata dall'autore stesso distrutta, e di conseguenza inaccettabile la tesi di O. Guerrini che Rabelais abbia derivato dall'incidente un'invincibile avversione per il Pontano in ispecie e per gli italiani in genere come più passi del *Gargantua* dovrebbero dimostrare.

Sempre nel 1532, in autunno, però sotto il nome anagrammato di Alcofribas Nasier e non per i tipi scientifici dello stampatore Sebastiano Gryphe, usciva *Pantagruel*, primo dei libri della storia del gigante. Sfogliandolo, troviamo qui e là parecchi punti che ci interessano: qualcuno accennerò soltanto, qualche altro riferirò.

All'inizio del Prologo è bersagliato un tal Ralet, che non capiva neanche le Istituzioni; nei capp. 5 e 7 si dice male della Glossa; ancora nel 7 si stroppia in 'de cagotis tollendis' la rubrica giustiniana *De caducis tollendis* di C. 6,51; nel cap. 8 si vantano la nuova cultura, i tempi di Papiniano e i testi delle Pandette; nel cap. 10 si espongono le censure umanistiche contro i glossatori e commentatori richiamandosi anche D. 1,2,2,4; nel cap. 11, infine, Pantagruel, cui è devoluta la decisione di una vertenza, dichiara di trovarla meno difficile di 14 'leges difficiles' che indica in un elenco, in parte formato su insegnamenti tradizionali, in parte su nozioni di sua personale esperienza (sia come redattore d'almanacchi e pronostici, sia forse come correttore di bozze o curioso di letteratura giuridica recente).

Scelgo i riferimenti esemplificativi nel settore che è in parallelo e in collegamento con gli altri scritti dello stesso anno.

Pantagruel, che s'era proposto di studiar legge, vuol provare le varie università, e ne fa il giro in quest'ordine: Poitiers, Bordeaux, Toulouse, Montpellier, Avignon, Valence, Angers, Bourges, Orléans. Arrivato ad Angers, dove si trovava benissimo,

scoppia un'epidemia di peste: e il girovago studente riparte.

Ora cedo la parola al suo biografo: 'Così arrivò a Bourges, dove studiò molto a lungo e trasse gran profitto nella Facoltà di giurisprudenza [allora celebre per l'insegnamento di Alciato, che vi fondava e lanciava il *mos gallicus docendi*]. E talvolta diceva [e qui sentiremo la eco popolarlescamente volgarizzata delle affermazioni e polemiche latine dell'umanesimo giuridico dal proemio al terzo libro delle *Elegantiae* del Valla al prologo alla seconda edizione del *De legibus connubialibus* del Tiraqueau] che i testi di legge gli sembravano una bella veste d'oro, trionfale e mirabilmente preziosa, che fosse [be', qui, in omaggio alla patria di Cambronne, passiamo al francese] «brodée de merde». 'Perchè (diceva) non ci sono al mondo scritti tanto belli, tanto ornati e tanto eleganti come i testi delle Pandette. Ma il relativo ricamo [cioè l'indicata 'brodure': ecco gli 'exoleta barbarorum glossemata'], ossia la Glossa d'Accursio, è tanto lurida, tanto infame e fetente, da risultare nient'altro che sozzura e porcheria'.

Dopo Orléans, Parigi. Pantagruel va a visitare la stupenda biblioteca di san Vittore, e giù, in chiave umoristico-satirica, un vasto campionario dei fondi della stessa. Fra essi — altra botta antiglossa — è il libro del preclarissimo dottore in utroque Rubacchino Raspadenari: *Sul rattoppamento delle sciocchezze della Glossa accursiana ripetizione arcistrachiarissima*.

Il buon gigante si ferma a studiare a Parigi, e suo padre Gargantua gli scrive dalla provincia una lettera di ammonimenti ed esortazioni. 'Quando ero giovane i tempi erano ancora tenebroosi, e risentivano l'infelicità e calamità dei Goti che avean distrutto ogni buona letteratura. Ma, in grazia della bontà divina, luce e dignità son state al tempo mio [quello del fiorire dell'umanesimo] restituite alle lettere. ... Adesso tutte le discipline sono tornate in auge e si ristudiano le lingue: il greco, l'ebraico, il caldaico, il latino; sono in uso edizioni a stampa elegantissime e corrette, inventate al tempo mio per ispirazione divina... Il mondo intero è pieno di sapienti, di precettori dot-

tissimi, di biblioteche amplissime, e ritengo che, nè ai tempi di Platone, nè in quelli di Cicerone, nè in quelli di Papiniano, ci sia stata una tal comodità di studio come la si vede ora'. Ne approfitti, suo figlio, per diventare un abisso di scienza. Deve imparar le lingue alla perfezione: greco, latino, ebraico, caldaico ed arabo; la storia, la geografia; la geometria, aritmetica e musica; l'astronomia; il diritto; le scienze naturali; la medicina; le sacre scritture nei testi originali. Ma il diritto, secondo che criteri lo deve studiare? Gargantua non trascura questo punto fondamentale: 'Del diritto civile [ossia romano] voglio che tu sappia a memoria i bei testi e che tu me li metta in rapporto [ecco l'ideale umanistico] con la 'filosofia''. In altri termini dovea saperli illustrare inquadrandoli nel complesso della cultura antica.

Pantagruel fa tesoro dei suggerimenti paterni e diventa il voluto pozzo di scienza, anche giuridica: in questa conseguendo, con pubbliche prove, larga notorietà.

Ora, proprio in quel torno di tempo, pendeva in corte un processo fra due gran signori (di Baciaculo, attore, e di Aspiraloffa, convenuto), in cui, dopo 46 settimane di sedute comuni per ordine del re, i membri dei quattro più sapienti e grassi parlamenti di Francia, i componenti il Gran Consiglio, i principali rettori d'università di Francia, Inghilterra e Italia, come Giasone, Filippo Decio, Petrus de Petronibus e un mucchio d'altri vecchi togati, non erano ancor riusciti a capire il fatto. Un bel giorno uno di loro, chiamato Du Douhet, più sapiente, esperto e prudente degli altri, rivolge ai colleghi un discorsetto: visto che non ci caviamo i piedi, perchè non ci consultiamo con Pantagruel? Tutti si dichiarano d'accordo, lo mandano a chiamare seduta stante e lo pregano di studiar la causa e di farne loro rapporto, mettendo a sua disposizione i fascicoli, che costituivano quasi il carico di quattro grossi somari.

Ma Pantagruel, saputo che le parti erano ancora al mondo, vuol sentirle di persona, esigendo che prima i fascicoli siano bruciati come inutili ed ingannevoli. 'Perchè — e qui ripeto alla

lettera il suo discorso antitradizionalista, che non mancò di sollevare contrasti per la presenza nell'uditorio di molti seguaci dei combattuti glossatori e commentatori — io son sicuro che voi e tutti quelli per le cui mani è passato il processo ci avete macchinato quel che avete potuto pro e contro, e, se la loro vertenza era patente e facile da giudicare, voi l'avete resa oscura con sciocche e irragionevoli considerazioni e inette opinioni di Accursio, Baldo, Bartolo, di Castro da Imola, Ippolito, Panormitano, Bertacchino, Alessandro, Curzio e quegli altri vecchi mastini che mai non capirono la più piccola norma delle Pandette, e non erano che grossi vitelli da decima; ignoranti di tutto ciò che è necessario alla comprensione delle leggi.

Infatti (come è certissimo) [ecco volgarizzate le critiche degli umanisti] non conoscevano quanto a lingue nè il greco nè il latino, ma solamente il gotico e barbaro; mentre in primo luogo le leggi furono attinte dai greci, come ve ne fa testimonianza D. 1,2,2,4 [e qui non mi posso fermare sul gustosissimo raccontino della Glossa circa il dialogo a gesti fra il sapiente greco e il sempliciotto romano], e tutte sono piene di sentenze e parole greche; e in secondo luogo sono redatte nel latino più elegante e adorno che ci sia in tutta la latinità, e per parte mia non eccettuerei nè Sallustio, nè Varrone, nè Cicerone, nè Seneca, nè Tito Livio, nè Quintiliano. In che modo avrebbero dunque potuto capire il tenore delle leggi quei vecchi farnetici, che mai non videro un buon libro latino, come chiaramente emerge dal loro stile, che è stile da spazzacamini o da cuochi e sguatterì, e non da giureconsulti?

Inoltre, dato che le leggi son tratte dal nucleo della filosofia morale e naturale, in che modo le capirebbero questi matti, che, per Dio, hanno studiato filosofia meno della mia mula? Quanto alle umane lettere e alla conoscenza delle antichità e della storia, ne eran carichi come di piume un rospo, mentre i diritti ne sono tutti pieni, e, in difetto, non possono essere compresi, come qualche giorno dimostrerò più chiaramente per iscritto'.

Due anni dopo la prima puntata della vita del gigante figlio

(Pantagruel), Alcofribas Nasier pubblicava la vita del gigante padre (Gargantua), che, nell'ordine logico e cronologico, va premessa all'altra.

In questo nuovo libro è per noi particolarmente interessante il cap. 3, in cui, sulla scorta delle opinioni degli antichi e delle norme giuridiche romane, si affronta il quesito della durata massima della gravidanza.

Non dimentichiamo che Rabelais è medico e giurista, e che il quesito è d'ordine medico-legale.

La gravidanza può superare i dieci mesi? Il pensiero dell'autore, nettamente contrario ad una risposta positiva, va desunto da una ricetta umoristica consistente nel fingere che greci e romani, naturalisti e giuristi, la pensassero invece unanimemente in senso opposto, e nel considerarli per ciò un branco di matti.

Il non aver compreso la ricetta ha indotto parecchi interpreti e traduttori ad accusare ingiustamente Rabelais di aver copiato la bibliografia o di non aver saputo intendere i testi; viceversa il capitolo, attraverso il controllo dei riferimenti, offre la prova concreta che l'autore, e in tema di medicina e in tema di diritto, citava con piena e diretta conoscenza di causa.

Sentite, ora; senza dimenticare la chiave interpretativa.

La madre di Gargantua 'lo portò fino all'undicesimo mese. Perchè tanto, ed anche più, può durare la gestazione delle donne, principalmente quando si tratti di qualche capolavoro e d'un personaggio che debba a suo tempo far grandi prodezze; e così disse Omero che il bimbo di cui Nettuno ingravidò la ninfa nacque dopo compiuto l'anno: dunque al dodicesimo mese. Invero (come dice A. Gellio nel terzo libro) conveniva alla maestà di Nettuno questo lungo tempo perchè il bimbo fosse formato alla perfezione. ...

I signori antichi Pantagruelisti si sono espressi conformemente a quel che dico [ecco la finzione!] e han dichiarato non soltanto possibile, ma anche legittimo, il bimbo nato da una

donna nell'undicesimo mese dopo la morte del marito: Ippocrate nel libro *De alimento*; Plinio libro sesto cap. 5; Plauto, *Cistellaria*; Marco Varrone nella satira *Il testamento* con allegazione in proposito dell'autorità di Aristotele; Censorino, libro *De die natali*; Aristotele libro settimo capp. 3 e 4 *De natura animalium*; Gellio libro terzo cap. 16; Servio alle Egloghe esponendo il verso di Virgilio:

Matri longa decem etc.,

e mille altri pazzi [ecco il giudizio inerente alla finzione], il cui numero è stato accresciuto dai giuristi, D. 38,16,3,11 e Nov. 39 cap. II. Per di più ne hanno scarabocchiato la loro rubrodilardica legge Gallus e legge Septimo [cioè D. 28,2,29 pr. e 1,5,2] e qualche altra che per adesso non arrischio dire. Grazie alle quali leggi, le donne vedove possono liberamente «jouer du serrecropière» in ogni occasione e a tutta spinta fino a due mesi dopo la morte dei mariti. ... In quanto, se entro il terzo mese ingravidano, il loro frutto sarà erede del defunto'.

Ometto i contorni più piccanti, ed avverto che è la verifica dei passi giuridici a dar la chiave della ricetta umoristica. I giuristi romani non erano pazzi, non assicuravano con le loro norme le fresche vedove contro i rischi di premature consolazioni premiandole col dono della legittimità retroattiva di figli spuri, ma dicevano precisamente il contrario. Rabelais s'è voluto divertire attribuendo ai saggi antichi la proclamazione più urtante, a prezzo dello sbalordimento degli ignari; chi sapeva di diritto romano e conosceva i testi, o poteva riscontrarli, doveva farcisi una bella risata, ricordando o leggendo che l'ultimo riguarda la legittimità dei figli in rapporto al limite inferiore (e non a quello superiore) della gravidanza (sette mesi), laddove gli altri tre, che riguardano proprio il limite superiore, lo fissano tassativamente a dieci mesi e non oltre, negando in luogo di ammettere, ben lungi da assurdi criteri, la legittimità degli undecim mesi e passa.

Del 1542, anno dell'edizione definitiva di *Pantagruel e Gargantua*, è una delle poche lettere di Rabelais giunte fino a noi.

È diretta al Balivo Mastro Antonio Hulot ad Orléans, e invita l'uomo di legge a capitare a Saint-Ayl, dove lo scrivente soggiornava, ospite dell'amico Étienne Lorens, signore del luogo. Andasse quando voleva: lo aspettavano comunque pesci prelibati e vino squisito. A proposito del vino, data la qualità del destinatario, Rabelais gioca sul duplice significato del vocabolo latino 'jus': 'diritto' e 'sugo'. Come vino troverà specialmente quello 'de veteri iure enucleando'. È l'inizio della ben nota rubrica di Codice 1,17 'De veteri iure enucleando et auctoritate iuris prudentium qui in digestis referuntur', premessa alle celebri costituzioni 'Deo auctore' del 530 e 'Tanta' del 533, rispettivamente 'de conceptione' e 'de confirmatione digestorum': che Rabelais assume però con riferimento al vino invece che al diritto, così da farle esprimere il concetto cantinieresco di estrazione dalla riserva di vino vecchio.

Siamo finalmente al *Terzo libro* — prima edizione 1546, edizione definitiva 1552 — uscito scopertamente sotto il nome del suo autore, e autentica miniera romanistica.

Il cap. 2 ci elenca le leggi cenarie e suntuarie dei Romani: Orchia, Fannia, Didia, Licinia, Cornelia, Lepidia, Anzia; il cap. 8 torna sul *De cagotis* (anzichè 'caducis') *tollendis*, rivelando che Giustiniano vi avrebbe posto 'summum bonum in braguibus et braguētis'; il cap. 12, sulla scorta di commenti di Baldo a passi romanistici, richiama la inappellabilità delle decisioni fondate sulla sorte; un lungo tratto del libro, centrato sui capp. 39-42, riferisce il famosissimo processo del giudice Bridoye imbottito di 109 citazioni giuridiche di cui ben 76 romanistiche; il cap. 44 dà la colpa a Triboniano del cattivo funzionamento della giustizia; e il cap. 45, con allusione a D. 21,1,1,9, tratta dei farnetici che profetizzano scuotendo o meno la testa.

Il solito tempo, galantuomo ma tiranno, mi riduce a due soli contatti diretti.

Sceglierò la colpa di Triboniano, e, come imprescindibile, il nucleo centrale del processo di Bridoye, che, oltre ad essere, come affermava Anatole France, «un des meilleurs contes de

Rabelais, un des meilleurs qui aient été jamais conté en aucun temps et en aucun pays », rappresenta anche, in ispecie, il non plus ultra del virtuosismo romanistico in chiave umoristica di tutti i tempi.

L'accento a Triboniano ci riporta nel solco dei motivi polemici dell'umanesimo giuridico prima italiano e poi francese. Al solito Rabelais aderisce e volgarizza; ma qui, in più, sfrutta le critiche tralaticie, che in definitiva risalgono ad un'accusa di venalità espressa nel *De bello Persico* del contemporaneo Procopio di Cesarea, per dare una ragione — ovviamente capziosa — della cattiva giustizia dei suoi tempi.

Parla Rabelais, per bocca di uno del seguito di Pantagruel: ' Tanto più se si considera che tutte le direttive per l'usuale amministrazione della giustizia sono state loro fornite da un Triboniano, uomo miscredente, infido, barbaro, così maligno, così perverso, così avaro ed iniquo, che vendeva le leggi, gli editti, i rescritti, le costituzioni e ordinanze per denaro contante alla parte che offriva di più. Ed ha loro tagliato quei pezzi di legge a piccoli frammenti e campioni che hanno in uso, sopprimendo e abolendo il resto che serviva a formare il tutto, dalla paura che, rimanendo l'intera legge ed i libri degli antichi giureconsulti utilizzati in rapporto al contenuto delle dodici tavole e agli editti dei pretori, fosse dal mondo chiaramente conosciuta la sua malvagità '.

Questa riflessione in odio a Triboniano rientra fra i commenti che Pantagruel e suoi fanno al processo di Bridoye, onde al medesimo naturalmente riconduce.

Bridoye, di cui s'era desiderato come d'esperto uomo di legge sentir il parere intorno alla convenienza per Panurge di sposarsi o meno, è un giudice di provincia, luogotenente a Fonsbeton. L'amico Pantagruel, che ne fa la presentazione sotto il segno di una cordialità e di una sollecitudine quasi affettuose, si allarma nel sentire che l'han citato davanti alla corte sovrana a render ragione d'una sua sentenza.

‘ Voglio — disse Pantagruel — sapere di che si tratta. Sono più di quarant’anni che è giudice di Fonsbeton; e in questo lasso di tempo ha emesso più di 4000 sentenze definitive. Contro 2309 di queste fu dalle parti condannate interposto appello alla corte sovrana del parlamento...; ma per decisione della stessa sono state tutte ratificate, approvate e confermate, con reiezione e cassazione degli appelli. Il fatto quindi che adesso, nei giorni della sua vecchiaia, sia personalmente intimato, lui che in tutto il suo passato è così santamente vissuto nella sua condizione, non può darsi senza qualche disastro. Voglio, per quanto mi è possibile, essergli d’aiuto secondo equità. So che la malvagità del mondo al giorno d’oggi è tanto cresciuta che il buon diritto ha ben bisogno d’aiuto. E adesso stabilisco di occuparmene, nel timore di qualche sorpresa ’.

A questo scopo parte col seguito per la sede della corte. Arriva all’ora dell’udienza, ed il presidente Trinquemelle (forse allusione a Tiraqueau: Tiraquelle), nonchè i senatori ed i consiglieri, lo invitano ad assistere con loro all’interrogatorio ed al giudizio.

Il presidente domanda; Bridoye risponde. Riproduco il processo verbale dell’interrogatorio nella registrazione di Rabelais, notando che la litania delle citazioni è una stupenda satira sostanziale e formale della prassi e moda dei commentatori.

‘ ... per tutte ragioni e giustificazioni, non rispondeva altro, se non che era invecchiato e non avea più la vista buona come d’abitudine, allegando le molteplici miserie e calamità che la vecchiaia porta con sè, come nota l’Arcidiacono a... (testo canonistico). Di conseguenza non riconosceva i punti dei dadi così distintamente come in passato. Poteva dunque darsi che, allo stesso modo per cui Isacco, vecchio e con non buona vista, prese Giacobbe per Esaù, così lui, nel decider la causa *de qua*, avesse preso un quattro per un cinque, riferendo in particolare che aveva usato per l’occasione i suoi dadi piccoli. E aggiungeva che, a norma di legge, le imperfezioni di natura non devono esser addebitate a crimine, come risulta da D. 49,16,4 pr.; 50,17,108;

21,1 passim; 47,21,2 in fine [naturalmente non posso in questa sede leggervi i testi, che indico, previa identificazione, secondo il sistema d'oggi, e debbo rinviare al giudizio complessivo precedentemente anticipato; però le citazioni sono esatte, e sempre servono, in un modo o nell'altro, al proposito di Bridoye: D. 49,16,4 pr. fa, ad esempio, il caso del militare monorchide]; e dalle risoluzioni di Ludovico il Romano a D. 24,3,64,9. E chi diversamente facesse, non l'uomo accuserebbe, ma accuserebbe la Natura, com'è evidente in C. 6,28,4,1 in fine.

— Che dadi (chiedeva Trinquamelle, primo presidente di quella corte) intendete, amico mio?

— I dadi (rispose Bridoye) dei giudizi, 'alea iudiciorum' [tutta l'autodifesa di Bridoye è di fatto imperniata sulla sua interpretazione letterale di 'alea': 'sorte' - 'dadi']: quelli di cui scrivono i Dottori a... (e qui testo canonistico); nonchè D. 18,1,8,1; 15,1,51 ed ivi Bartolo; quegli stessi dadi di cui voi altri, Signori, fate normale uso in questa vostra corte sovrana: e così fanno tutti gli altri giudici nel decidere sui processi, seguendo quello che ha in proposito osservato ser Enrico Ferrandat, vedine la glossa a... (testo canonistico), e D. 5,1,14, dove i Dottori notano che il trar la sorte è ottimo, onesto, utile e necessario per la definizione dei processi e vertenze. Ancor più apertamente l'han detto Baldo, Bartolo e Alessandro a C. 6, 43,3,1.

— E (domandava Trinquamelle) come fate, amico mio?

— Io (rispose Bridoye) risponderò brevemente, secondo l'insegnamento di C. 7.62,39,1a e quel che dice la Glossa a D. 4,2,1, cioè 'Gaudent brevitatem moderni'. Io faccio come voi altri, Signori, e seguo l'uso della giudicatura, cui le nostre leggi sempre ordinano di deferire: come nota... (e qui testo canonistico), ed ivi Innocenzo. Avendo ben visto, rivisto, letto, riletto, scartabelato e sfogliato [adesso vengono i vari atti processuali nell'ordine] querele, citazioni, comparizioni, rogatorie, istruttorie, preliminari, produzioni, allegazioni, deduzioni, controdeduzioni, istanze, investigazioni, repliche, controrepliche, confutazioni, com-

parse, ricusazioni, riserve, difese, conferme, confronti, contraddittorii, libelli, apostoli, lettere regie, esibitorie, declinatorie, prevenzioni, avocazioni, rinvii, conclusioni, mezzi dilatorii, fissioni di termini, gravami, confessioni, notificazioni ed altrettali confetti e droghe di una parte e dell'altra, come il buon giudice deve fare a norma di quello che ha in proposito osservato lo *Speculum*... (ne cita tre luoghi), io metto su una estremità del tavolo del mio ufficio tutti i fascicoli del convenuto e gli do la precedenza nella sorte, come voi altri, Signori, e come è indicato da D. 50,17,125, e da... (e qui testo canonistico), che dice 'Cum sunt partium iura obscura, reo favendum est potius quam actori'.

Fatto ciò, io metto i fascicoli dell'attore, come voi altri, Signori, sull'altra estremità, dirimpetto. Infatti, 'opposita iuxta se posita magis elucescunt', come si nota in D. 1,6,1 pr. in fine; e in D. 50,4,18,26. Analogamente e contemporaneamente tiro a sorte per lui.

— Ma (domandava Trinquamelle), amico mio, da che cosa riconoscete l'oscurità dei diritti pretesi dalle parti in causa?

— Come voi altri, Signori (rispose Bridoye), cioè dal fatto che vi siano molti fascicoli da una parte e dall'altra. E allora uso i miei dadi piccoli, come voi altri, Signori, secondo la norma di D. 50,17,34, e la regola capitale versificata che è nello stesso titolo [al fr. 9, infatti], 'Semper in obscuris quod minimum est sequimur', canonizzata in... (e qui testo canonistico).

Ho degli altri dadi, grandi, molto belli ed armoniosi, di cui mi servo, come voi altri, Signori, quando la materia è più liquida, ossia quando ci sono meno fascicoli.

— Ciò fatto (domandava Trinquamelle), come sentenziate, amico mio?

— Come voi altri, Signori, rispose Bridoye: emetto sentenza per colui che riesce primo nella gara decisa dal favore del dado giudiziario, triboniano, pretorio. Così dispongono le nostre leggi: D. 20,4,11 pr.; h.t. 12 pr.; C. 12,3,1,1; e... (e qui testo canonistico) 'Qui prior est tempore potior est iure'.

— Sì, ma (domandava Trinquamelle), amico mio, siccome fate le sentenze tirando a sorte coi dadi, perchè non vi provvedete, senz'altro indugio, nello stesso giorno ed ora in cui le parti in contrasto compaiono davanti a voi? A che cosa vi servono le comparse e gli altri atti processuali contenuti nei fascicoli?

— Come a voialtri, Signori (rispose Bridøye), mi servono per tre cose squisite, necessarie ed autentiche.

Anzitutto per la forma, omessa la quale ciò che s'è fatto non è valido, come assai bene dimostra lo *Speculum*... (ne cita due luoghi). Inoltre voi sapete molto meglio di me che spesso, nei procedimenti giudiziari, le formalità distruggono le materialità e sostanze. Invero, 'forma mutata, mutatur substantia': D. 10,4,9,3 in fine; 35,2,80,1; e... (due testi canonistici).

In secondo luogo, come a voialtri, Signori, mi servono d'esercizio onesto e salutare. Il fu signor Othoman Vadare, medico capo, come voi direste — archiatra: C. 12,13 —, mi ha tante volte dichiarato che la mancanza d'esercizio fisico è la causa unica della poca salute e della breve vita di voialtri, Signori, e di tutti gli ufficiali di giustizia. Ciò che prima di lui era stato molto ben notato da Bartolo a C. 7,47,1 [la citazione dev'esser ironica: 'sententiae quae pro eo quod', si legge in rubrica; ergo, verosimilmente: qui pro quo].

Per tanto, come a voialtri, Signori, così a noi conseguentemente, 'quia accessorium naturam sequitur principalis' — ... (testo canonistico); D. 50,17, 178 e 129,1; D. 46,1,16 pr.; ... (testo canonistico) —, sono concessi certi giochi quale esercizio onesto e ricreativo: D. 11,5,2,1 (e Nov. 69 pr.); Glossa a D. 19,5,17,5; e C. 11,41(40),1.

E tale è l'opinione di ser Tommaso... (ne cita un luogo), allegato ben a proposito da Alberico da Rosciate, che fu un gran pratico e dottor solenne, come attesta Barbatia all'inizio dei suoi *Consilia*. La ragione è indicata in Glossa alla cost. *Omnem rei publicae* § 4 in fine: 'Interpone tuis interdum gaudia curis'.

Di fatto, un giorno, nel 1489, avendo qualche pratica d'imposte alla Camera dei Signori Generali ed entrandovi col per-

messo 'pecuniario' dell'uscire — poichè, come voi altri, Signori, sapete, 'pecuniae obediunt omnia', e l'han detto Baldo a D. 12,1,15, e Saliceto a C. 4,18,2, e il Cardinale a... (testo canonistico) —, li trovai tutti che giocavano alla mosca come esercizio sano, prima del pasto o dopo non importa, purchè qui si noti che il gioco della mosca è onesto, sano, antico e legale, ed è così detto dal suo inventore *Muscus* — per cui C. 3,31,2 pr. [la costituzione reca il nome di *Museus*, che Bridoye ha letto *Muscus*] — e che i 'muscarii', cioè quelli che giocano alla mosca, sono scusabili di diritto in base a C. 10,66(64),1 [la costituzione è in tema di 'excusationes artificum — muscarii, ossia mosaicisti, compresi — ab universis muneribus'].

In quel momento fungeva da mosca ser Tielman Picquet, mi ricordo, e rideva in quanto tutti i Signori della detta Camera sciupavano i loro berretti a forza di batterglieli sulle spalle; e diceva loro che, tuttavia, al ritorno dal tribunale, di quello scempio di berretti non sarebbero stati scusabili per le loro mogli a mente di... (testo canonistico) e relativa glossa. Ora, risolutivamente parlando, io direi, come voi altri, Signori, che non c'è, in quest'ambiente dei tribunali, esercizio pari o più aromatizzante rispetto all'aprir fascicoli, sfogliar carte, numerar quaderni, riempir cestini ed esaminar processi, come risulta da Bartolo e Giovanni da Prato a D. 35,1,33 [altra citazione ironica, dato che la legge è la 'Falsa demonstratio', o 'indicazione sbagliata'].

In terzo luogo, come voi altri, Signori, io considero che il tempo matura tutte le cose, che col tempo tutte le cose si rivelano, che il tempo è padre della verità: Glossa a C. 3,34,1; Nov. 39 praef. circa medium; e *Speculum*... (ne cita un luogo). Ecco la ragione per cui, come voi altri, Signori, io sospendo, rinvio e differisco la decisione, in modo che la causa, ben ventilata, vagliata e dibattuta, diventi, col passar del tempo, matura, e così la sorte, venendo dopo, sia più tranquillamente subita dalle parti condannate, come osserva la Glossa a D. 27,1,3: 'Portatur leviter, quod portat quisque libenter'.

Decidendo la causa cruda, verde e all'inizio, ci sarebbe il pericolo di quell'inconveniente che i medici dicono accadere quando si incide un ascesso prima che sia maturo, o quando si purga il corpo umano da qualche nocivo umore prima della sua maturazione. Giacchè, com'è scritto in Nov. III praef., e ripete la Glossa a... (testo canonistico): 'Quod medicamenta morbis exhibent, hoc iura negotiis'.

La natura inoltre ci insegna a cogliere e mangiare i frutti quando son maturi: I. 2,1,36 e D. 19,1,13,10; a maritare le ragazze quando son mature: D. 24,1,32,27; e... (e qui testo canonistico) la cui Glossa dice: 'Iam matura thoris plenis adoleverat annis/Virginitas'; a non far niente se non in piena maturità:... (e qui due testi canonistici).

Ricordo a questo proposito (disse Bridoye continuando) che al tempo in cui studiavo legge a Poitiers sotto Brocadium juris [che era un libro, e non un professore!], c'era a Smarve un tizio chiamato Perrin Dendin, persona rispettabile, buon lavoratore, buon cantore in chiesa, uomo di fiducia e in età quale il più anziano di voialtri, Signori, il quale diceva d'aver visto il gran buon uomo Concilio del Laterano, col suo gran cappello rosso, insieme con la buona signora Prammatica Sanzione, sua moglie, con l'ampio abito di raso verdazzurro ed il rosario dai grossi grani di giavazzo.

Quest'uomo dabbene conciliava più cause di quante ne fosser trattate in tutto il Tribunale di Poitiers, nell'auditorio di Montmorillon, e nell'aula di Parthenay le Vieux; il che lo faceva venerare in tutti i dintorni. Nelle località di Chauvigny, Nouaillé, Croutelles, Aisgne, Legugé, La Motte, Lusignan, Vivonne, Mezeaulx, Estable e luoghi limitrofi, tutte le questioni, liti e controversie erano risolte a giudizio suo, come da giudice sovrano, benchè giudice egli non fosse, ma uomo dabbene: argomenta da D. 47,10,17,5 e 45,1,137,2. Non si ammazzava maiale in tutti i dintorni, di cui non avesse delle frattaglie e dei sanguinacci. E quasi tutti i giorni era a banchetto, a festino di nozze, di battesimo, di benedizione di puerpera, e all'osteria

— per procurare qualche conciliazione, ben inteso, in quanto non metteva mai d'accordo le parti senza averle fatte bere insieme, in segno di riconciliazione, di perfetto accordo e di nuova gioia, come notano i Dottori a D. 18,6,1 pr.

Egli ebbe un figlio chiamato Tenot Dendin, gran fusto e galantuomo, Dio m'aiuti, che similmente volle intramettersi per conciliare i litiganti, poichè sapete che ' Saepe solet similis filius esse patri / Et sequitur leviter filia matris iter ', come dice la glossa a... (due testi canonistici), ed è notato dai Dottori a C. 6,26,11,1 e a C. 9,8,5,1. Faccio eccezione per i figli avuti da una monaca con un monaco, in base alla glossa a... (e qui testo canonistico).

Tenot si dava il titolo di ' conciliatore delle vertenze '. Nella qual funzione era così attivo e vigilante — perchè ' vigilantibus jura subveniunt ', ex D. 42, 8, 24 in fine; 4, 6, 16; e Glossa alla cost. Imperatoriam § 1 in pr. — che appena fiutava — analogamente D. 9, 1, 5 glossa alla parola ' olfecit ': ' i. nasum ad culum posuit ' — ed udiva esser nel paese sorta lite o questione, s'ingeriva di conciliar le parti. Sta scritto: ' Qui non laborat non manige ducat ', e lo afferma anche la Glossa a D. 39, 2, 10, e ' currere ' più del suo passo ' vetulam compellit egestas ': vedi Glossa a D. 25, 3, 5, con cui s'accorda C. 6, 46, 7 (6).

Ma in tale attività fu così sfortunato che non conciliò mai controversia alcuna, per piccola che sapeste dirla. Invece di conciliarle, le irritava ed inaspriva di più. Voi sapete, Signori, che ' Sermo datur cunctis, animi sapientia paucis ': cfr. Glossa a D. 4, 7, 2. E gli osti di Smarve dicevano che con lui, in un anno, non avean venduto tanto vino di conciliazione (così chiamavano il buon vino di Legugé) quanto con suo padre in mezz'ora.

Successe che se ne lamentò col padre e indicava la causa di quella disdetta nella perversità degli uomini del tempo suo, francamente obiettrandogli che, se nel tempo passato la gente fosse stata così perversa, litigiosa, sfrenata e inconciliabile, egli (suo padre) non avrebbe ottenuto l'onore e la nomea di conciliatore così irresistibile come aveva. Nel che Tenot andava contro il

diritto, per cui è proibito ai figli rimproverare il padre loro, come risulta dalla Glossa e da Bartolo a D. 12, 4, 3, 6 s.; e dalla Nov. 22 cap. 24.

Bisogna (rispose Perrin) fare diversamente, Dendin, figlio mio. E, quando 'oportet' viene in gioco, così fare è necessario: Glossa a C. 7, 62, 16. Non è là che si trova la lepre [il busillis, diremmo noi]. Tu non concilii mai le controversie: perchè? Tu le prendi dal principio, quando sono ancora verdi e crude. Io le concilio tutte: perchè? Io le prendo sul finire, ben mature e digerite. Così dice la Glossa: 'Dulcior est fructus post multa pericula ductus', C. 8, 37 (38), 8 [in questo caso la citazione non è liquida].

Non sai che si dice con proverbio comune: beato il medico che è chiamato quando la malattia declina? La malattia si risolveva da sola e volgeva alla fine, anche se il medico non fosse intervenuto. Analogamente i miei litiganti s'avvicinavano da soli al termine ultimo della vertenza, dato che le loro borse erano vuote; da soli smettevano di insistere e sollecitare: più non c'erano soldi in saccoccia per sollecitare ed insistere: 'Deficiente pecu —, deficit omne, — nia' [scherzo per 'Deficiente pecunia, deficit omne'].

Mancava soltanto qualcuno che fungesse da paraninfo e mediatore, che parlasse per primo di conciliazione, onde consentire ad entrambe le parti di salvarsi dalla perniciosa onta che si dicesse: 'Costui per primo si è arreso; lui per primo ha parlato di conciliazione; lui s'è stancato per primo; era lui che non aveva ragione; lui s'accorgeva che il basto lo feriva'. Là, Dendin, io mi trovo a proposito, come lardo nei piselli. È la mia ora, la mia riuscita, il mio successo. E ti dico, Dendin, figlio mio bello, che con tal metodo io potrei metter pace, o almeno tregue, fra il gran Re ed i Veneziani, fra l'Imperatore e gli Svizzeri, fra gli Inglesi e gli Scozzesi, fra il Papa e i Ferraresi. Andrei più lontano? Con l'aiuto di Dio, fra il Turco ed il Sof; fra i Tartari ed i Moscoviti.

Intendi bene. Li prenderei nel momento in cui gli uni e

gli altri fossero stanchi di guerreggiare, avessero vuotato le casse, esaurite le borse dei sudditi, venduto il dominio, ipotecato le terre, dato fondo ai viveri e alle munizioni. Allora, in grazia di Dio o di sua Madre, è per essi giuocoforza tirar il fiato e moderare le fellonie. È l'insegnamento della glossa a... (testo canonistico): 'Odero si potero, si non, invitus amabo'.

Questa è la ragione per cui (disse Bridoye continuando), come voialtri, Signori, io temporeggio, aspettando che la causa sia matura e perfetta in tutte le parti: che sono le comparse e i fascicoli. Argomenta da C. 3, 37, 4 pr. e da... (testo canonistico), e glossa relativa.

Una causa, quando è appena sorta, mi sembra, come a voialtri, Signori, informe ed imperfetta. Allo stesso modo che un orso, nascendo, non ha nè piedi nè mani nè pelle nè pelo nè testa: è solo un pezzo di carne rozzo ed informe, che l'orsa a forza di leccate conduce a perfezione di membra, come osservano i Dottori a D. 9, 2, 2, 2 in fine [il passo menziona gli orsi, ma l'osservazione non era dei giuristi]; così io vedo, come voialtri, Signori, nascere inizialmente le cause informi e senza membra. Non constano che di un atto o due: sono, allora come allora, una brutta bestia. Ma quando i loro atti sono ben impilati, incastonati e fascicolati, le si posson veramente dire membrute e formate. Giacchè 'forma dat esse rei': cfr. D. 35, 2, 80, 1; (testo canonistico); *Barbatia, Consil.* II. 12; e, prima di lui, Baldo a... (testo canonistico); nonchè a D. 10, 4, 9; e con riferimento anche a D. 32, 78, 4. Il modo è come lo dice la Glossa a... (testo canonistico): 'Debile principium melior fortuna sequetur'.

Come voialtri, Signori, in simil guisa inservienti, uscieri, messi, ufficiali giudiziari, procuratori, commissari, avvocati, inquisitori, tabellioni, notai, cancellieri, e giudici pedanei, per cui v'è un titolo nel libro III del Codice [è il 3, 3], succhiando ben forte e continuamente le borse delle parti, generano alle cause loro testa, piedi, grinfie, becco, denti, mani, vene, arterie, nervi, muscoli, umori. Sono i fascicoli: glossa a...

(testo canonistico) 'Qualis vestis erit, talia cordia gerit'. E nota che nella situazione suddetta più beati sono i litiganti dei ministri di giustizia, perchè 'Beatius est dare quam accipere' - D. 13, 6, 3, 1 [se il passo è questo]; e... (testo canonistico) — e — glossa a... (qui un altro testo canonistico) — 'Affectum dantis pensat censura tonantis'.

Così rendono la causa perfetta, graziosa e ben formata, come dice la glossa canonica: 'Accipe, sume, cape sunt verba placencia papae'. Ciò che più apertamente ha detto Alberico da Rosciate alla parola 'Roma': 'Roma manus rodit, quas rodere non valet, odit. / Dantes custodit, non dantes spernit et odit'. Per qual ragione? 'Ad praesens ova, cras pullis sunt meliora', come dice la Glossa a D. 2, 15, 8 pr. [tutte citazioni esatte]. L'inconveniente del contrario è indicato nella Glossa a C. 7, 41, 3, 1 in fine: 'Cum labor in damno est, crescit mortalis egestas'.

La vera etimologia di 'processo' è nel fatto che deve avere nei suoi 'prochatz' 'prou sacs' [giuoco di parole: nei suoi 'perseguimenti' 'molti fascicoli']. Del che abbiamo broccardi deifici: 'Litigando jura crescunt / Litigando jus acquiritur'. Similmente la Glossa a... (testo canonistico), e a C. 4, 19, 5; h. t. 13 pr.; e h. t. 14: 'Et cum non prosunt singula, multa juvant'.

— Sì, ma (domandava Trinquamelle), amico mio, come procedete in causa penale, allorchè il colpevole sia stato colto 'flagrante crimine'?

— Come voi altri, Signori (rispose Bridoye), io lascio o comando che il querelante dorma ben sodo per l'inizio della causa, poi che compaia davanti a me portandomi buona e giuridica attestazione della sua dormita, secondo la glossa a... (testo canonistico), 'Quandoque bonus dormitat Homerus'.

Quest'atto genera qualche altro membro; dal quale ne nasce un altro, come a maglia a maglia si fa il giaco. Alla fine trovo la causa per effetto delle istruttorie ben formata e perfetta nelle sue membra. Allora torno ai miei dadi. E la suddetta interpo-

lazione non è da me fatta senza motivo ed esperienza notevole.

Ricordo che al campo di Stoccolma un Guascone chiamato Gratianauld, nativo di Sainsever, avendo perso al giuoco tutto il suo denaro e per questo arrabbiatissimo, inquantochè, come voi sapete, *'pecunia est alter sanguis'*, come dice Antonio da Budrio a... (testo canonistico), e, come dice Baldo in nota a C. 6, 3, 8 e a C. 2, 7, 14, *'Pecunia est vita hominis et optimus fidejussor in necessitatibus'*, all'uscir dalla bisca, davanti a tutti i suoi compagni, gridava [nel suo dialetto]: *'Per la testa di bio, ragazzi, che il mal di botte vi rovesci! Ora che son perdute le mie 24 vacchette, daremmo altrettanti colpi, botte e pacche. C'è qualcuno di voialtri, che voglia battersi con me a belle sfide?'*. Nessuno rispondendo, passa al campo dei centolibbre [i lanzichenechi], e ripeteva le medesime parole, invitandoli a combatter con lui. Ma i suddetti dicevano [nella loro lingua]: *'Il Guascone si dà l'aria di battersi con chiunque di noi, ma è più incline a rubare; perciò, donne care, abbiate cura della roba dentro'*. Il Guascone, per tanto, passa al campo dei soldati di ventura francesi dicendo quanto sopra e invitandoli gagliardamente a combattere, con piccoli sgambetti guasconici. Ma nessuno gli rispose. Allora il Guascone si coricò al termine del campo presso le tende del gran Cristiano cavaliere di Crissé, e si addormentò.

In quella un soldato di ventura, avendo ugualmente perso tutto il suo denaro, uscì con la spada, nella ferma deliberazione di combattere col Guascone, visto che aveva perduto come lui: *'Ploratur lachrymis amissa pecunia veris'*, dice la glossa a... (testo canonistico). Di fatto, avendolo cercato per il campo, finalmente lo trovò addormentato. Allora gli disse: *'Sù, oh! ragazzo di tutti i diavoli, alzati: ho perso il mio denaro tale e quale come te. Andiamo a batterci, fusto, e a fregarci ben bene il lardo. Attento che il mio stocco non sia più lungo della tua spada'*.

Il Guascone, tutto stordito, gli rispose [nel suo dialetto]: *'Testa di sant'Arnaldo, chi sei tu, che mi svegli? Che il mal di*

taverna ti faccia girare! oh! san Severo, capo della Guascogna, io dormivo così bene, quando questo rompiscatole m'è venuto a destare'. Il soldato di ventura lo invitava di nuovo al combattimento; ma il Guascone gli disse [sempre nel suo dialetto]: 'eh! poverino, io ti fracasserei adesso che son più riposato. Va un po' là a riposarti come me, poi ci batteremo'. Con l'oblio della sua perdita, aveva perso la voglia di combattere. In definitiva, in vece di battersi, e magari uccidersi a vicenda, andarono a bere insieme, ognuno impegnando la sua spada. Il sonno avea portato questo vantaggio e calmato il flagrante furore dei due buoni campioni. Qui è al suo posto l'aurea parola di Giovanni d'Andrea a... (testo canonistico): 'Sedendo et quiescendo fit anima prudens''.

Bridoye ha finito di parlare, e ho finito anch'io.

Questa, come ve l'ho raccontata, è l'anima e la storia segreta d'un mio prossimo volume: 'Rabelais e il diritto romano'.

ALBERTO AURICCHIO

Prof. inc. di diritto civile nella Università di Urbino

LA C. D. RAPPRESENTANZA
DI PERSONA GIURIDICA FUTURA

1. Il tema che si intende esaminare in questa sede ha trovato una eco frequente nell'ultima giurisprudenza, ove sono riproposti i problemi lasciati insoluti dal nostro legislatore nell'articolo 2331 co. 2° c.c. (1). In questa norma è tracciata la disciplina dell'attività compiuta in nome di una società per azioni non registrata, e poichè la società acquista personalità giuridica solo con la registrazione, potrebbe anche dirsi che ivi è tracciata la disciplina della rappresentanza di persona giuridica futura. Ma evidentemente con quest'ultima espressione si intende un fenomeno più generale, che va al di là delle società di capitali, e dello stesso fenomeno associativo. Vi è dunque da valutare in via preliminare in che limiti sia possibile affermare la generalità del problema, con un suo fondamento unitario, e quali siano i suoi limiti. Successivamente, si deve indagare quale fondamento possa avere l'eventuale estensione della disciplina contenuta nell'articolo 2331 c.c. all'intero fenomeno della rappresentanza di persona giuridica futura. Ed infine, una volta ricollegata quella di-

(1) A. Bari, 1° dicembre 1953, in *Corti Bari, Lecce e Potenza* 1955, 198: « La società quale ente distinto dai soci non esiste giuridicamente se non dopo la sua regolare costituzione. Conseguentemente non risponde delle obbligazioni assunte anteriormente alla sua costituzione dalle persone che poscia diedero vita alla società »; App. Milano, 11 febbraio 1955, in *Foro it.* 1956, I, 1220: « È inefficace l'acquisto immobiliare di una società per azioni non ancora iscritta, nei confronti di un terzo di buona fede, che abbia trascritto domanda diretta all'accertamento ed all'esecuzione della compravendita dello stesso bene, in tempo anteriore all'iscrizione della società »; Cass. 28 luglio 1956 n. 2940, in *Foro it.* 1956, I, 1804: « Qualora l'amministratore di una società per azioni non ancora iscritta stipuli un contratto di acquisto in nome della società, questa non ne diviene titolare nemmeno al momento dell'iscrizione; ciò a maggior ragione se difetti una deliberazione assembleare di ratifica dell'operato dell'amministratore »; Trib. Firenze, 4 settembre 1956, in *Giur. it.* 1957, I, 2, 606: « Gli atti compiuti dall'amministratore di una società di capitali, nel periodo fra la costituzione della società e la sua iscrizione nel registro delle Imprese, sono riferibili alla società; per le obbligazioni che da tali atti derivano rispondono sia la società che l'amministratore che ha agito ».

sciplina ai principi generali del nostro ordinamento, occorre integrarla, superando così i dubbi e le perplessità manifestate dalla giurisprudenza.

In conclusione, questo lavoro si svolge in tre fasi distinte: individuazione del problema, sua impostazione sul piano del diritto positivo, e sua soluzione.

I

2. In linea astratta il problema legislativo risolto nell'art. 2331 co. 2° può essere riproposto in numerosi altri casi. Certamente vi sono altre ipotesi in cui si agisce in nome di persona giuridica futura: si tratta però di vedere se esista una disciplina particolare e diversa, oppure se sia dato riscontrare alcune lacune legislative. Solo in questa secondo ipotesi, potrebbe sostenersi un'estensione analogica della norma dettata per le società per azioni.

Si può cominciare con l'osservare che l'ipotesi esaminata ricorre identica per tutte le società di capitali. Ma qui vi è l'esplicito richiamo contenuto negli artt. 2475 e 2464 c.c., che assicura l'identità di soluzioni. In questo caso si ha un'applicazione diretta, e non analogica, dell'art. 2331 co. 2°, ed il rilievo riveste un certo interesse non solo perchè la norma aumentando il suo ambito di applicazione perde un po' del suo carattere singolare, ma soprattutto perchè in base ad esso si possono dissolvere alcuni dubbi prospettati dalla dottrina in tema di società. Si è detto, infatti, che per le società in accomandita per azioni la responsabilità di chi ha agito è regolata in parte dall'art. 2331 co. 2° ed in parte dall'art. 2317 (2): in sostanza, si applicherebbe non solo la disciplina delle società per azioni, ma anche quella dell'accomandita semplice. Contro questa soluzione può osservarsi che, mentre la prima disciplina va applicata in virtù di un esplicito rinvio legislativo, la seconda dovrebbe trovare il fondamento della sua applicazione nell'analogia; ma questo mezzo di inter-

(2) MESSINEO, *Sulla pubblicità e l'irregolarità delle società commerciali*, in *Studi di diritto delle società*, Milano 1954, 67, 69.

pretazione presuppone l'esistenza di una lacuna che invece è esclusa proprio dal rinvio legislativo.

Di vera e propria lacuna si deve parlare a proposito delle fondazioni. È convinzione diffusa che questi enti possano vivere solo come persone giuridiche, in virtù di un riconoscimento attribuito dall'autorità amministrativa⁽³⁾; tuttavia è la stessa legge ad ammettere che il fondatore faccia iniziare l'attività dell'opera da lui disposta ancor prima del riconoscimento (art. 15 c.c.). Ma questa previsione legislativa riguarda solo un effetto indiretto di questa attività, l'irrevocabilità dell'atto di fondazione; resta invece impregiudicato il problema dell'efficacia giuridica degli atti posti in essere in nome della fondazione non ancora riconosciuta. Le ipotesi possibili sono molteplici; si può pensare che questi atti siano nulli, oppure privi di efficacia fin quando non venga ad esistenza la persona giuridica; e ove si ritenga più probabile un'efficacia immediata, resterebbe da vedere se la responsabilità grava su chi ha agito oppure sul fondatore, e soprattutto in che misura la fondazione debba subire successivamente gli effetti dell'attività svolta in suo nome. In fondo queste sono proprio le ipotesi che si potrebbero prospettare per le società di capitali se mancasse l'art. 2331 co 2° e le altre norme che lo richiamano. E quindi non deve sembrare arbitrario domandarsi se questa soluzione legislativa possa valere anche per le fondazioni.

Un discorso sostanzialmente identico vale in generale per tutti gli enti che il nostro ordinamento prevede solo come persone giuridiche; a titolo di esempio, si pensi ai consorzi per regolare il deflusso delle acque (art. 914 c.c.). Anche qui sussiste la possibilità di fatto che l'attività dell'ente sia iniziata ancor prima del riconoscimento, e quindi anche qui si ripropongono gli stessi dubbi e la possibilità delle stesse soluzioni.

3. Lo stesso problema può essere sollevato a proposito dell'attività svolta in nome di un'associazione in attesa di riconoscimento, poichè anche in questa ipotesi si può parlare di rap-

(3) FERRARA F. s., *Le persone giuridiche* (1956), 246.

presentanza di persona giuridica futura. È pur vero che, secondo una convinzione molto diffusa, questa attività sarebbe regolata dalle norme che disciplinano le associazioni non riconosciute (art. 38 c.c.). Ma in proposito è possibile avanzare fondati dubbi.

Si può cominciare con l'osservare che l'equiparazione tra associazioni non riconosciute ed associazioni in attesa di riconoscimento è ottenuta in base a un criterio meramente negativo, la mancanza di riconoscimento. E da un punto di vista metodologico il criterio proposto non è sufficiente a stabilire *a priori* una positiva identità di struttura e di funzione.

Il vero è che tra le situazioni di fatto vi è una differenza sostanziale, l'esistenza o la mancanza di un interesse degli associati ad ottenere il riconoscimento. Di solito questo aspetto resta un po' in ombra, forse perchè l'interesse dei privati è assorbito dall'interesse dello Stato ad attribuire o non il riconoscimento con un suo atto discrezionale. Ma resta il fatto che il decreto attributivo della personalità giuridica non può essere emanato di ufficio per le associazioni (ex art. 2 disp. att. c.c.). D'altro canto, già in questo senso, la dottrina è giunta ad individuare delle ipotesi in cui non solo manca un interesse ad ottenere il riconoscimento, ma esiste addirittura un interesse positivo dell'associazione a non acquistare la personalità giuridica⁽⁴⁾.

Si tratta poi di vedere se questa differenza di fatto abbia una sua rilevanza sul piano del diritto. E ciò sembra probabile: infatti, se l'associazione riconosciuta fosse null'altro che un'associazione non riconosciuta a cui si aggiunga dall'esterno un altro elemento, il riconoscimento, ne dovrebbe conseguire necessariamente che la disciplina giuridica è identica fin quando non intervenga il decreto di riconoscimento. Ma si può agevolmente constatare che tra le due specie di associazioni sussiste fin dall'inizio una profonda diversità di disciplina; infatti solo per la persona giuridica futura è prescritto l'atto pubblico, che deve essere provvisto di determinati requisiti⁽⁵⁾. E ciò si può spie-

(4) RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato*, in *Jus* 1956, 5 ss.

(5) In proposito va ricordato che la disciplina delle associazioni riconosciute non può essere applicata estensivamente o analogamente alle associazioni non riconosciute: RUBINO, *Le associazioni non riconosciute* (1952), 31 ss.

gare solamente attribuendo rilevanza giuridica all'elemento materiale già prima ricordato.

Una conferma *a posteriori* di questa conclusione può aversi considerando la possibilità di superare la diversità di disciplina attraverso l'applicazione analogica delle norme sulla trasformazione delle società ⁽⁶⁾: così, ad esempio, se l'associazione decide di chiedere il riconoscimento, la deliberazione dovrà risultare da atto pubblico e contenere le indicazioni prescritte nell'art. 16 c.c. (*ex art.* 2498 c.c.). Ed il concetto stesso di trasformazione suggerisce l'idea che esista una differenza strutturale tra i due tipi di associazioni ⁽⁷⁾.

Il problema sollevato è certamente molto vasto, e merita uno studio più approfondito. Ma i rilievi svolti in questa sede possono considerarsi sufficienti per un orientamento di massima: infatti, ammettendo una diversità sostanziale tra associazione non riconosciuta ed associazione in attesa di riconoscimento, si esclude che l'art. 38 c.c. possa applicarsi automaticamente a chi abbia agito in nome di una persona giuridica futura. Nello stesso tempo nasce la possibilità che si possa applicare per analogia l'art. 2331 c.c.: e non può sfuggire l'importanza del dilemma, dato che secondo quest'ultima norma è esclusa una responsabilità sociale, che invece è ammessa dall'art. 38 c.c. ⁽⁸⁾.

Naturalmente a questo punto il problema non è ancora risolto: per scegliere tra le due diverse norme, l'art. 38 e l'articolo 2331 c., resta pur sempre da vedere se l'attività svolta in nome di un'associazione in attesa di riconoscimento sia più si-

(6) Secondo il BERTO, *Studi preliminari sulla trasformazione delle società* (1945), 45, queste norme possono essere applicate nell'ambito di un diverso fenomeno ove risulti identica, o affine, la ragione di distinguere su cui l'ordinamento giuridico si è fondato nell'uno o nell'altro processo di tipizzazione. Questo criterio, giustamente identificato dal RESCIGNO, *Trasformazione di società e responsabilità dei soci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, 934 s. nella presenza o nella assenza della personalità giuridica, sussiste anche in tema di associazioni.

(7) Su ciò non incide il problema della natura (novativa o non) della trasformazione: sulla questione, cfr. da ultimo GASPERONI, *La trasformazione delle società*, (1952), 243 ss.

(8) O almeno è esclusa dalla maggioranza della dottrina, che nega la ammissibilità delle società per azioni irregolari; su questo punto si avrà occasione di tornare più avanti.

mile a quella svolta per una società ancora priva di iscrizione, oppure a quella dell'amministratore di ente di fatto. Solo su questa base è possibile proporre un'interpretazione analogica.

4. A volere esprimere con parole diverse il problema già enunciato si tratta ora di procedere all'individuazione della fattispecie che corrisponde alla formula «rappresentanza di persona giuridica futura».

In ordine alle associazioni le ipotesi possibili sono due, ben diverse e distinte tra loro:

a) si agisce genericamente in nome dell'associazione senza far parola della futura ed eventuale personalità giuridica. In questo caso, con ogni probabilità, si applicherà in via analogica l'art. 38 c.c.: nei confronti del terzo infatti l'associazione si atteggia come una vera e propria associazione non riconosciuta. Un indice della importanza che questo atteggiamento ha nei confronti della disciplina da applicare può essere trovato nell'art. 33 co. 4°, che stabilisce la responsabilità personale e solidale degli amministratori di una associazione riconosciuta e non registrata.

b) ma per lo stesso motivo bisogna distinguere dall'ipotesi or ora prospettata quella particolare e diversa in cui si sia fatta esplicita menzione dell'atteso decreto di riconoscimento. Qui la situazione è nei confronti del terzo, ed in fondo anche degli stessi associati, molto simile a quella creata da chi agisce in nome di una società di capitali non ancora iscritta.

Queste precisazioni permettono di separare comportamenti e situazioni che altrimenti verrebbero a sovrapporsi confusi ed indistinti. Si pensi al caso del comitato che attenda il riconoscimento, e che abbia subordinato l'esercizio della sua attività proprio alla emanazione del corrispondente decreto: che cosa accade se un amministratore abbia contratto obbligazioni in nome del comitato ancora prima di tale riconoscimento? Qui vi è una norma esplicita, l'art. 41 c.c., ove si legge che «qualora il comitato non abbia ottenuto la personalità giuridica, i suoi componenti rispondono personalmente e solidalmente delle obbligazioni assunte». Tuttavia neppure in questo caso sarebbe assurdo proporre una limitazione dell'applicazione della norma. Se colui

che ha agito ha precisato al terzo lo stato di pendenza in cui l'ente si trovava, ed ha chiarito che egli agisce di propria iniziativa, sarebbe ingiusto poi accollare ai componenti del comitato una responsabilità illimitata, da essi esplicitamente esclusa; e d'altro canto non sussiste neppure una legittima aspettativa del terzo nei confronti di questi soggetti. Anche qui, dunque, occorrerebbe distinguere tra attività svolta in nome del comitato, ed attività svolta in nome di persona giuridica futura.

Probabilmente una tale dilatazione del problema non è opportuna di fronte ad una norma chiara come l'art. 41 c.c. ⁽⁹⁾. Ma ciò che in questa sede si intende sottolineare è che in ogni caso si può presentare il fenomeno della rappresentanza di persona giuridica futura, e che è possibile coglierne il senso unitario. La spiegazione è nello stesso concetto di personalità giuridica, che nel nostro sistema legale costituisce un criterio legale per la imputazione degli effetti di un atto e, soprattutto, per la attribuzione della corrispondente responsabilità. Chi agisce in nome di una persona giuridica futura ed il terzo che con lui contrae accettano questo criterio di responsabilità, ed in conformità ad esso regolano i propri interessi. Questo è il senso del fenomeno studiato in questa sede, ed esso va tenuto costantemente presente nel fissarne i limiti e nel valutarne la disciplina.

5. A questo punto occorre valutare un problema ulteriore, che pur attiene alla determinazione della fattispecie « rappresentanza di persona giuridica futura ».

La questione può essere prospettata in questi termini: siamo ancora nell'ambito della fattispecie esaminata allorchè il terzo ignora che la personalità giuridica non è stata ancora attribuita all'ente? Tenendo presente ciò che fin qui si è detto, la risposta positiva appare la più sicura: invero anche in questa ipotesi sia il terzo che colui che ha agito in nome altrui hanno espresso una chiara volontà di fare ricadere gli effetti del con-

(9) Si deve osservare, però, che nell'ambito di questa norma non può ignorarsi ogni limitazione: è responsabile, ad esempio, anche il membro del comitato d'onore?

tratto sull'ente. E ciò basta per dire che anche qui il fenomeno si prospetta in modo identico all'ipotesi precedente. Infatti, tornando all'esempio già fatto del comitato, potrebbero ripetersi le stesse considerazioni: è ingiusto che i componenti del comitato assumano una responsabilità da essi esplicitamente esclusa, e d'altro canto manca nel terzo ogni affidamento sul patrimonio di costoro, dato che egli credeva di contrarre con una persona giuridica.

L'ignoranza del terzo può essere determinata dall'inganno del c.d. rappresentante. Qui vi è la violazione dell'obbligo della buona fede nelle trattative; ma ciò determina un ulteriore effetto, il risarcimento dell'eventuale danno, e non incide sulla disciplina dell'atto stesso. In altre parole, l'inganno non fa parte della fattispecie « rappresentanza di persona giuridica futura », ma al più costituisce una fattispecie autonoma di un effetto distinto, l'obbligo al risarcimento dei danni.

Nella ipotesi più grave il terzo non avrebbe neppure contrattato senza l'inganno della controparte. Qui si è in presenza di un vero e proprio dolo determinante, anch'esso fattispecie autonoma dotata di un effetto giuridico distinto, il diritto ad ottenere l'annullamento dell'atto. L'osservazione permette di annunciare fin d'ora un risultato che troverà successiva conferma: il rappresentante di persona giuridica futura, in questo caso, non può essere equiparato al rappresentante senza potere, poichè l'uno inganna la controparte sulla esistenza della persona rappresentata e l'altro invece sulla propria qualità di rappresentante. E la differenza è determinante sul piano delle conseguenze giuridiche, poichè nel primo caso l'atto stipulato in nome altrui sarà ad efficacia eliminabile, e nell'altro invece sarà inefficace.

Se invece l'ignoranza del terzo non è stata determinata dalla controparte ma nasce spontanea, allora il problema diventa diverso. Si tratta di vedere se l'ignoranza della esistenza dell'ente possa configurare un tipico *error in persona*: solo in caso affermativo si avrà l'effetto distinto, il diritto ad ottenere l'annullamento dell'atto. Per ora non è possibile rispondere a questo quesito, dato che si ignora in testa a chi produce effetti

l'atto concluso dal rappresentante di persona giuridica futura. E d'altro canto la questione non incide sul problema che qui si vuole esaminare, la determinazione della fattispecie in questione. A questo proposito può dirsi che essa ricorre ogni volta che i due contraenti, nominando la persona giuridica futura, hanno intesa farla destinataria degli effetti voluti: è irrilevante, o per meglio dire è rilevante ad altri effetti, l'esistenza di un vizio in questa volontà.

6. Quel che fin qui si è detto circa il fondamento del fenomeno permette di fissarne un primo limite. Invero, la determinazione del soggetto per cui si agisce e soprattutto l'indicazione del patrimonio assunto dalle parti come oggetto delle eventuali responsabilità presuppongono necessariamente che il contratto associativo sia stato già concluso, che l'ente sia già nato di fatto. Da ciò deriva che quando si parla di rappresentanza di persona giuridica futura si intende per tale non già quella del tutto inesistente, ma solo quella in via di formazione.

Il limite appare logico nell'ambito dell'art. 2331 co. 2° che è pur sempre la norma da cui questa indagine prende le mosse. Basterebbe ricordare che questa disposizione si pone in continuità storica con l'art. 32 c. co., ove era stabilita una responsabilità dei soci: ciò evidentemente presupponcva l'esistenza di un rapporto sociale. Inoltre la collocazione sistematica della norma ed il suo stesso tenore letterale fanno pensare che manchi la sola iscrizione per la nascita della persona giuridica. L'unico dubbio possibile in ordine alle società per azioni è questo: oltre alla stipulazione dell'atto costitutivo è anche necessaria la realizzazione delle condizioni per la costituzione delle società previste nell'art. 2329 c.c.? Anche a prima vista appar chiaro che queste condizioni hanno una rilevanza meramente interna per la formazione della fattispecie, e quindi non sono idonee ad influenzare la situazione giuridica del terzo che abbia contrattato con la società. È pur vero che l'art. 2330 c.c. prevede il deposito nel registro delle imprese dei documenti e delle relazioni comprovanti le condizioni previste nell'art. 2329 c.c.: ma il mero deposito non può far pensare ad una loro rilevanza esterna, poichè

non può essere equiparato alla iscrizione, che resta l'unica forma di pubblicità prevista dalla legge in materia.

Per quanto riguarda le associazioni, anche qui occorre la stipulazione dell'atto costitutivo per potersi parlare di persona giuridica futura. Inoltre, accettando la precedente distinzione tra associazione non riconosciuta ed associazione in attesa di riconoscimento, si deve precisare che non basta la semplice costituzione di una associazione non riconosciuta, ma bisogna che l'interesse al riconoscimento abbia già trovato espressione nelle forme volute dalla legge. Occorre cioè che l'atto costitutivo preveda il conferimento della personalità giuridica da parte della autorità amministrativa, o almeno che vi sia stata la deliberazione di trasformazione ai sensi dell'art. 2498 c.c. Sul piano pratico questa conclusione si giustifica considerando che sarebbe iniquo escludere una responsabilità del fondo comune accanto a quella personale dei rappresentanti ai sensi dell'art. 38 c.c. quando gli stessi soci non hanno espresso nelle forme richieste dalla legge la volontà di sottrarvisi.

Per gli altri enti, soprattutto per quelli che possono vivere solo nella veste di persona giuridica, non nascono particolari difficoltà: in ogni caso deve richiedersi che sia emesso dai privati il negozio che costituisce il presupposto per la nascita del nuovo soggetto, ad esempio l'atto di fondazione.

L'esigenza comune a tutti i casi è che la persona giuridica sia già in via di formazione. Non sarebbe possibile pensare che il fenomeno sia identico anche quando solo successivamente nasca per semplice coincidenza un ente con la stessa denominazione indicata in un contratto: qui evidentemente non può prospettarsi nè un problema di pendenza degli effetti nè quello di una loro imputazione alla persona giuridica.

In altre parole, l'ipotesi studiata in questa sede non è quella in cui l'ente non esiste, ma l'altra ben diversa in cui l'ente è sprovvisto di personalità giuridica. E fin d'ora si può dire che questa limitazione del problema si rivelerà di grande importanza più avanti, quando sarà in esame la possibilità di inquadrare l'art. 2331 co. 2° nell'ambito della gestione di affari.

7. Un secondo limite riguarda il concetto generale di persona futura. Accade spesso di trovare audaci accostamenti tra la persona giuridica in via di formazione ed il nascituro concepito, e tra persona giuridica da costituire ed il non concepito (10). Anche a prima vista appare chiaro l'equivoco: in tal modo si rischia di attribuire valore dommatico ad una semplice immagine. È pur vero che in fondo il concetto di soggetto può essere pensato in modo unitario in ordine alle persone fisiche ed alle persone giuridiche, ma tra i due fenomeni resta pur sempre una grande differenza. L'equiparazione avviene da un punto di vista meramente negativo: anche a voler ammettere in teoria una assoluta identità tra persone fisiche e persone giuridiche, non è detto affatto che l'identità sussiste anche quando il soggetto non vi sia, tra il non ancora nato e l'ente non riconosciuto.

È poi decisiva la considerazione che la c.d. rappresentanza del nascituro si risolve nel concetto di amministrazione di un patrimonio che già esiste, ed ha una sua autonomia: « il padre rappresenta i figli... nascituri e ne amministra i beni » (art. 320 co. 1°); « se è chiamato a succedere un concepito, l'amministrazione spetta al padre ed in mancanza di questo alla madre » (articolo 634 co. 2°); « il tribunale... può nominare un curatore per la protezione del nascituro e occorrendo per l'amministrazione dei beni di lui » (art. 339) « l'amministrazione dei beni donati (al nascituro) spetta al donante o ai suoi eredi » (art. 784). Tutto ciò, evidentemente, non ha nulla a che fare con l'attività svolta da chi spende il nome di una società non registrata, ove manca

(10) Questo accostamento è molto comune in dottrina: SALVI, *Sui limiti di applicazione dell'art. 600 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1948, 248 ss. vede una analogia tra l'ente di fatto ed il nascituro non concepito; BARILLARO, *Lasciti per enti da fondare e art. 600 c.c.*, in *Studi in onore di V. del Giudice* (1953), 22 ss., corregge questa opinione, e stabilisce un rapporto con il nascituro non concepito. Non mancano precedenti illustri: SCIALOJA A., *Natura giuridica della costituzione delle società per azioni*, in *Saggi di vario diritto*, (1928), vol. II, p. 33. E l'analogia si estende anche sul piano del diritto pubblico CODACCI-PISANELLI, *Ripercussioni del conferimento di personalità giuridica pubblica sul rapporto di impiego con un ente di fatto*, in *Riv. pubbl. impiego* 1939, I, 2. Fortunatamente vi è chi è intervenuto autorevolmente in senso contrario alla generale tendenza: MIELE, *Le regioni come assenti o come nascituri*, in *Foro it.* 1950, I, 1960.

6. *Studi Urbinati*, 1959-1960.

un patrimonio, o, per meglio dire, esiste già vincolato alla sua destinazione finale ⁽¹¹⁾. Il segno visibile di questa profonda differenza è nel fatto stesso che, mentre il legislatore disciplina accuratamente la legittimazione all'amministrazione del patrimonio del nascituro, non si cura neanche di esaminare lo stesso problema in ordine alla persona giuridica futura, ma disciplina genericamente l'attività di chiunque abbia agito in suo nome, a prescindere da ogni problema di legittimazione (art. 2331 co. 2°). E, mentre non vi è dubbio che l'atto dell'amministratore del patrimonio di un nascituro produce immediatamente i suoi effetti su di esso, il problema è tutto diverso in tema di persone giuridiche, ove ci si domanda proprio se esso vincoli l'ente quando verrà ad esistenza e quale sia il meccanismo attraverso cui si può raggiungere questo risultato.

Come si vede il problema si pone sul piano legislativo in modo troppo diverso per indulgere alla equiparazione dei due fenomeni. È dicendo ciò non si vuol negare che a volte possa essere utilizzata per le persone giuridiche future una norma dettata dal legislatore per il concepito: ma si deve dimostrare di volta in volta l'esistenza di una situazione analoga, e l'opportunità di estendere quella disciplina. Qui si intende dire solo che non può ammettersi *a priori* una identità di situazioni, poichè questa ammissione vizierebbe il successivo discorso di concettualismo. In ogni caso, poi, la separazione di problemi si rivela opportuna sul piano della concretezza dell'indagine.

8. Nonostante le limitazioni di cui fin qui si è parlato, è stato possibile individuare una serie di ipotesi che presentano alcuni aspetti comuni. In tal modo si è messo in luce l'aspetto

(11) Sulla indisponibilità dei conferimenti, cfr. GRAZIANI, *Diritto della società*, (1960), 218. Ritiene invece che il creditore particolare del singolo socio possa aggredire il conferimento prima dell'iscrizione MESSINEO, *Sulla pubblicità e l'irregolarità delle società commerciali*, cit., p. 68, nt. 5. In ogni caso la prevalente dottrina nega l'esistenza di un patrimonio sociale: BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, (1948), 11, 244; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, (1950), 206. A questo punto, però, la questione si riconnette all'esistenza delle società irregolari: ma su ciò più avanti.

unitario del fenomeno studiato, ed in base a questo risultato si prospetta la possibilità di una disciplina comune.

Ma tra le ipotesi ricordate una sola è esplicitamente disciplinata dalla legge: la società per azioni non registrata. Resta da vedere se la norma corrispondente, l'art. 2331 co. 2°, possa essere estesa agli altri casi. Evidentemente l'estensione di questa disciplina può avvenire solo per analogia. E quindi occorre vedere se la disciplina stessa corrisponda ad un istituto generale, oppure se abbia carattere eccezionale; in questa seconda ipotesi, naturalmente, dovrà cercarsi una soluzione diversa.

In altre parole, occorre valutare la posizione che la norma in questione assume nell'ambito del sistema; ed è appunto questo il tema della seconda parte di questo lavoro.

II

9. A norma dell'art. 2331 co. 2° sussiste una responsabilità illimitata e solidale a carico di coloro che hanno agito a nome della società non ancora iscritta. Secondo la più diffusa convinzione della dottrina questa responsabilità non è limitata al semplice interesse contrattuale negativo, ma è più ampia, e si estende alle utilità che il terzo poteva trarre da una perfetta esecuzione del contratto ⁽¹²⁾. Nel prosieguo dell'indagine si dovrà accertare quale sia il fondamento di questa responsabilità personale del c.d. rappresentante di persona futura, ma per ora basterà assumere questo dato come punto di partenza.

Anche a prima vista appare non molto facile giustificare l'esistenza della norma nell'ambito del sistema. Soprattutto colpisce la profonda diversità che sussiste tra la disciplina tracciata nell'art. 2331 co. 2° e quella generale in materia di rappresentanza prevista negli artt. 1387 ss. Ma si deve subito affermare che non basta fermarsi a questa constatazione per ritenere eccezionale l'una o l'altra disciplina. Pur senza mettere in dubbio la diversità rilevata, resta da vedere che ragione possa avere il confronto tra le due discipline, poichè solamente da questo con-

(12) GRAZIANI, *Diritto delle società*, o. c., 213.

fronto deriva la possibilità di considerare l'una eccezionale e l'altra generale. In realtà, per aver motivo di porre questo rapporto, bisognerebbe prima dimostrare che nelle due norme vengono collegate conseguenze giuridiche diverse a presupposti simili, oppure che conseguenze giuridiche simili sono collegate a presupposti diversi.

Per affermare la analogia delle due situazioni non basta rilevare che in ciascuna di esse ricorre la spendita del nome altrui⁽¹³⁾. Sarebbe più interessante vedere che valore abbia nelle diverse ipotesi il requisito della *contemplatio domini*.

Ai fini particolari del problema qui proposto è sufficiente dire che il presupposto di fatto della disciplina contenuta negli artt. 1389 ss c.c. consiste nel conferimento di poteri da parte del rappresentato. In altre parole, nel capo VI titolo II libro IV del codice civile, non è tracciata la disciplina generale della rappresentanza, come pur potrebbe sembrare leggendo l'art. 1387 c.c., ma solo è regolata quella specie particolare nota alla dottrina come rappresentanza volontaria. Basta un esame sommario delle singole norme per dimostrare che esse non si applicano, puntualmente ed integralmente, alla rappresentanza legale: a) articolo 1389 (capacità del rappresentante e del rappresentato): non può ritenersi sufficiente la semplice capacità naturale del rappresentante, dato che la rappresentanza legale è concessa di solito a tutela di un soggetto privo di « capacità legale »; b) articoli 1390 e 1391 (vizi della volontà e stati soggettivi rilevanti): per lo stesso motivo, nelle ipotesi di rappresentanza legale, occorre fare riferimento esclusivo alla persona del rappresentante⁽¹⁴⁾; c) artt. 1392 e 1393 (forma della procura e giustificazione dei poteri del rappresentante): evidentemente queste norme

(13) Sui molteplici significati che la *contemplatio domini* può avere, cfr. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, (1955), 245. In particolare, cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, (1959), 270, ove sono indicati i due principali significati dell'attività in nome altrui, proprio quelli che verranno in rilievo nella successiva indagine.

(14) Per un ampio esame dell'argomento, cfr. MESSINEO, *Applicabilità degli aa. 1930-1931 c.c. al rappresentante legale dell'incapace*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1957, 606 ss.

riguardano solo il rappresentante il cui potere abbia la fonte in una procura; d) artt. 1394 e 1395 (conflitto di interessi e contratto con se stesso): il conflitto di interessi è risolto in materia di rappresentanza legale con la nomina di un curatore speciale (art. 320 co. 5°) o di un protutore (a. 360 c.c.); e) artt. 1396 e 1397 (modificazione di estinzione della procura, e restituzione del documento della rappresentanza): anche queste norme non si possono applicare alla rappresentanza legale, ove manca una procura, e i poteri del rappresentante sono rigidamente determinati dalla legge; f) artt. 1398 e 1399 (rappresentanza senza potere, e ratifica); il rappresentante legale che ecceda i poteri conferitigli dalla legge pone in essere un negozio annullabile ai sensi dell'art. 322 c.c., e non semplicemente inefficace⁽¹⁵⁾.

Si tratta ora di vedere se anche nell'art. 2331 co. 2° l'agire in nome altrui si giustifica sulla base di un conferimento di poteri. In proposito si è detto che l'attività in questione è quella svolta dagli amministratori, in base ad un regolare contratto di nomina, efficace ancor prima della registrazione della società⁽¹⁶⁾. Solo se questa affermazione dovesse risultare esatta, potrebbe affermarsi la natura eccezionale della norma qui esaminata.

In primo luogo deve osservarsi che vi sono molti dubbi circa l'efficacia del contratto di nomina in un momento precedente all'iscrizione. L'argomento addotto — una persona giuridica non può nascere senza organi — non è di per sè convincente: la questione è diversa, poichè si tratta di vedere se la nomina diventi efficace proprio al momento in cui nasce, oppure lo sia anche

(15) In conclusione, manca una nozione unitaria di rappresentanza, che costituisca il paradigma generale dell'istituto. Su questo punto la dottrina è discorde, ma solo nel senso che alcuni vedono solo forme diverse di attività svolte in sostituzione di altri, mentre vi è chi ammette la possibilità di desumere queste diverse attività in un concetto unitario, pur senza negare le sostanziali differenze: i due atteggiamenti, nella dottrina contemporanea più notevole, sono chiaramente espressi dal SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, o. c., p. 262 ss. e dal MES-SINEO, *Applicabilità ecc.*, o. c., 608. Espressa in questi termini, tuttavia, la questione sollevata diventa di ordine sistematico, e non può essere affrontata in questa sede.

(16) BARBIERI, *Gli atti dell'amministrazione di una società per azioni non registrata*, in *Ciur. it.* 1957, I, 2, 609: secondo questo A., l'anomalia della fattispecie non starebbe nella carenza di poteri da parte del rappresentato (a. 611).

prima⁽¹⁷⁾. Daltro canto, se è vero che una persona giuridica non può nascere senza organi, è anche vero il reciproco, che un organo non può nascere prima della persona. Quindi appare nettamente preferibile l'opinione di chi ritiene il contratto di amministrazione sottoposto ad un *condicio juris* e quindi temporaneamente inefficace⁽¹⁸⁾.

Ma anche a voler prescindere da questo aspetto della questione, resta un'altra considerazione, veramente decisiva. Nell'art. 2331 co. 2° è regolata non solo l'attività dell'amministratore, ma chiunque agisca in nome della società anche se non ha avuto alcuna nomina. In questo senso depono la lettera della legge, ove si parla di «coloro che hanno agito», senza alcuna limitazione. Ma soprattutto appaiono validi i precedenti legislativi della norma: l'art. 98 c. comm. e l'art. 118 prog. pr. Vivante esplicitamente facevano riferimento « ai promotori, amministratori e tutti coloro che operano in nome della società », facendo chiaramente intendere la portata della disposizione⁽¹⁹⁾. Vi è poi da considerare la *ratio* della norma: nell'ipotesi considerata la qualità di amministratore dovrebbe risultare dall'atto costitutivo (ex art. 2383 c.c.) e quindi nel momento precedente alla iscrizione il terzo ignora se quel soggetto sia o non amministratore. È questo un rilievo di importanza considerevole, come si vedrà successivamente; per ora, comunque, esso vale a giustificare che la responsabilità di chi agisce in nome della società prescinda dalla circostanza che egli sia o non amministratore, regolarmente nominato⁽²⁰⁾.

(17) L'incapacità dell'organo di funzionare prima della iscrizione presenta il suo aspetto più interessante in ordine al problema della validità delle deliberazioni di aumento del capitale: per la tesi negativa, GRÉCO, *Aumento di capitali della società non registrata*, in *Giur. it.* 1957, I, 2, 609 ss.; ed in giurisprudenza Cass. 24 settembre 1956, in *Foro it.* 1956, I, 1800.

(18) MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, (1956), 74, che pur nega carattere di rappresentanza organica agli amministratori.

(19) La formula più breve « coloro che hanno agito » appare per la prima volta nell'a. 92 *Progetto Codice di commercio D'Amelio*. Si osserva inoltre che sull'ampiezza della formula non appare alcuna riserva nei lavori preparatori dei diversi progetti, e neppure nella *Relazione del Guardasigilli*, n. 947.

(20) Al più questa circostanza potrebbe incidere sulle virende dell'atto

In conclusione, è fuori questione una improbabile efficacia preliminare del contratto di amministrazione. E quindi può dirsi che l'art. 2331 prescinde dal conferimento di poteri di rappresentanza, ponendosi così in una sfera tutta diversa da quella regolata dall'art. 1387 ss.

10. La conclusione a cui si è giunti nel paragrafo precedente suggerisce l'ipotesi che il c.d. rappresentante di persona giuridica futura sia un *falsus procurator*. Infatti, può dirsi, se è fuori questione un conferimento di poteri di rappresentanza, la spendita del nome altrui sarà fatta da un rappresentante senza potere. Seguendo questa impostazione del problema, dovrebbe egualmente giungersi ad affermare la natura eccezionale dell'art. 2331 co. 2°, ove sarebbe stabilita una deroga all'obbligo del risarcimento degli interessi negativi, previsto in via generale nell'art. 1398 c.c.

Ma una più attenta riflessione permette di escludere la validità di questa ipotesi. È difficile assimilare sul piano del fondamento giuridico la norma in esame all'art. 11 l.c., ove è considerato il comportamento di « chi appone la firma sulla cambiale quale rappresentante di una persona per la quale non ha il potere di agire ». Come già si è detto nella prima parte di questo lavoro, esula dal comportamento del c.d. rappresentante di persona futura una *culpa di contrahendo* ⁽²¹⁾. A ciò si aggiunga che il terzo contraente poteva ben accertare l'inesistenza della persona giuridica attraverso il registro delle imprese. Naturalmente è difficile dire fin dove arrivi l'onere di diligenza a carico del terzo contraente, ma in fondo il regime di pubblicità è predispo-

posto in essere in un momento successivo all'iscrizione della società: in questo senso, cfr. FERRARA F. j., *Gli imprenditori e le società* (1952), 252.

(21) Si rinvia a questo proposito a quanto si è detto nel § 5. Si deve solo considerare un'altra ipotesi: chi si dichiara amministratore di una società futura, pur non avendo alcuna investitura è *falsus procurator*? La risposta negativa appare la più probabile, dato che la nomina non avrebbe avuto alcun effetto, secondo ciò che si è detto. L'analogia quindi sussiste solo da un punto di vista psicologico.

sto proprio per offrire ai terzi la possibilità di una conoscenza legale della situazione in cui debbono operare.

Tra il c.d. rappresentante di persona futura ed il *falsus procurator* vi è una differenza incolmabile. Infatti, secondo le più recenti acquisizioni della dottrina, è rappresentante senza potere ai sensi dell'art. 1398 c.c. non tanto chi non è stato investito del potere di agire in nome del *dominus*, ma piuttosto chi dichiara di aver avuto tale investitura⁽²²⁾. Occorre cioè la « falsa » indicazione della fonte di legittimazione⁽²³⁾. Tutto ciò esula dalla fattispecie considerata: il soggetto che si sostituisce alla persona futura non nasconde alla controparte la reale situazione di fatto e di diritto in cui opera. E se ricorre all'inganno, esso riguarderà la esistenza del soggetto rappresentato e non il conferimento dei poteri: in proposito si è già vista la diversa rilevanza dei due comportamenti.

Queste considerazioni inducono a ritenere che la *contemptio domini* abbia un valore ben diverso nell'ipotesi esaminata e nel caso della rappresentanza. Questo differente significato è stato già segnalato in dottrina; in tal senso si è detto che la spendita del nome altrui costituisce nell'ambito dell'art. 2331 co. 2° un caso di *falsa demonstratio*⁽²⁴⁾. Ma fino a questo punto non si può giungere come si vedrà meglio più avanti. A mio avviso, può solamente dirsi che nel nostro caso il nome altrui indica il punto di riferimento degli effetti posti in essere e non la volontà di compiere l'atto come *alter ego* del *dominus*, come appunto avviene in materia di rappresentanza.

Quindi, pur ammettendo che la disciplina tracciata nell'art. 2331 co. 2° è diversa da quella prevista nell'art. 1398, deve riconoscersi che non ne ricorrono neppure i presupposti. E per-

(22) Cfr. da ultimo SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo* (1959), 136 nt. 5.

(23) Per aversi rappresentanza, occorre sempre l'indicazione della fonte di legittimazione: NICOLÒ, *Della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, (1957), 35; SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, o. c., 59.

(24) ROMANO-PAVONI, *Teoria delle società* (1953), 553.

ciò anche da questo punto di vista si può escludere la natura eccezionale della norma.

11. Aver constatato la differenza tra l'attività del rappresentante e di chi agisce in nome di società futura potrebbe far deviare il discorso dalla sua giusta direzione. Potrebbe infatti pensarsi ad una forma di responsabilità sociale, preliminare a quella della società futura.

A questo punto il discorso diventa complesso, poichè si ripropone il grave problema delle società irregolari: ed è noto, che pur essendo la dottrina contemporanea orientata in senso negativo, vi è pur sempre chi autorevolmente sostiene l'esistenza di un ente dotato di autonomia patrimoniale prima dell'iscrizione⁽²⁵⁾. In questa sede è superfluo riassumere i termini della questione, ma basterà dire che gli argomenti addotti dalla maggioranza della dottrina, ed in particolar modo dal Graziani, appaiono persuasivi⁽²⁶⁾.

In ogni modo il problema dell'esistenza delle società irregolari riguarda l'eventuale responsabilità dei soci, ma non spiega la responsabilità personale di chi ha agito in nome delle società. Un rapporto tra le due questioni potrebbe stabilirsi solo se si dovesse supporre che la responsabilità personale colpisca solo chi è stato già regolarmente nominato amministratore. In questo caso, potrebbe dirsi che l'amministratore ha agito per conto dei soci. Ma poichè la stessa disciplina vale per ogni terzo che di sua iniziativa abbia speso il nome della società, diventa evidente la separazione di problemi, e quindi di soluzioni.

Nè d'altro canto può pensarsi ad un rapporto associativo che lega solo chi abbia agito in nome della società futura. Il

(25) OPPO, *Contratti parasociali* (1942), p. 24 ss.; CANDIAN, *Formazione senza scrittura di società per azioni*, in *Riv. dir. fall.* 1946, 137; PUGLIATTI, *La trascrizione* (1957), vol. I, t. I, p. 198 ss.

(26) GRAZIANI, *Diritto della società*, cit., p. 214 ss., ove è criticata anche la formulazione del FERRARA F. j., *Imprenditori e società*, o. c., 253, secondo il quale la società non iscritta si trasforma in altro tipo sociale. Per un esame esauriente delle diverse teorie sull'argomento, cfr. PAVONE-LA ROSA, *Il registro delle imprese* (1954), 333 ss.

vincolo di solidarietà che a norma dell'art. 2331 c.c. grava su questi soggetti costituisce un indice interessante; ma non può far pensare che, in ogni caso, coloro che hanno agito, lo abbiano fatto sulla base di un accordo. Il collegamento certamente sussiste, ma esso segue a guisa di effetto all'attività svolta, e non già presiste come presupposto. In realtà, la particolare disciplina tracciata nella norma in questione si spiega considerando che con la spendita del nome altrui i soggetti assumono tutti una posizione formalmente identica: ma l'identità sussiste solo nei confronti del terzo, a cui i soggetti si rivolgono, e non nei rapporti interni, in questa fase irrilevanti.

Queste brevi considerazioni permettono di escludere che la norma si spieghi sulla base di un rapporto associativo attuale. E quindi diventa probabile una soluzione nell'ambito del fenomeno della sostituzione, anche se al di fuori della rappresentanza.

12. Prima di proseguire l'indagine, è opportuno riassumere alcuni punti di particolare interesse per la qualificazione giuridica dell'attività svolta in nome di una società non ancora iscritta:

a) in primo luogo, si tratta di un'attività spontanea. È pur vero che di solito la dottrina intende la norma come diretta a regolare le operazioni poste in essere dagli amministratori. Ma si è visto che questo è solo il caso più frequente, e non esaurisce la previsione dell'art. 2331 co. 2°. Inoltre, data l'inefficacia del contratto di nomina precedentemente all'iscrizione della società, anche l'amministratore agisce di sua iniziativa, e non in adempimento di un obbligo contrattuale⁽²⁷⁾;

(27) La spontaneità dell'agire deve essere negata solo quando l'amministratore od il socio abbiano assunto l'obbligo nei confronti dell'assemblea di compiere gli atti in questione. La dottrina tedesca parla in questo caso di *Vorgesellschaft*. L'atteggiamento della dottrina italiana in ordine a questa soluzione è complessivamente negativo; ma su questo aspetto della questione si tornerà più avanti: per ora è sufficiente un rinvio alle osservazioni del BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società* (1948), o. c., p. 177, ed ivi a nota 33 bibliografia. In questa sede si vuol solo prospettare il caso e domandarsi se anche qui ricorre la figura della gestione di affari; come si vedrà più avanti, la risposta è positiva.

b) inoltre, la spedita del nome altrui non si basa sul presupposto di un conferimento di poteri, esistente o non, ma tende esclusivamente ad individuare nei confronti del terzo la titolarità dell'interesse regolato ⁽²⁸⁾;

c) infine, il terzo interviene in una situazione particolare, caratterizzata dall'impossibilità del soggetto nel cui nome si agisce a provvedere ai propri interessi, ad attuarli ed a regolarli.

È agevole identificare in questi tre presupposti i requisiti della c.d. gestione rappresentativa. Forse qualche dubbio è legittimo in ordine al terzo punto, poichè l'inesistenza del soggetto non può essere senz'altro equiparata alla *absentia domini*. Tuttavia va ricordato che la dottrina ha già da lungo tempo accettato la possibilità di una gestione di affari di persona giuridica futura ⁽²⁹⁾. E questa convinzione è sostanzialmente esatta, dato che in questa ipotesi l'ente non è del tutto inesistente, ma solo è in via di formazione. Già sussiste una sfera di interessi che fa capo all'ente e quindi è ben possibile la gestione di quell'interesse da parte di un terzo. A ben diversa conclusione si dovrebbe giungere se dovesse pensarsi che nella gestione si abbia una vera e propria rappresentanza, che implica il potere di « rendere giuridicamente presente » all'atto il rappresentato ⁽³⁰⁾: ciò non sarebbe possibile, dato che il soggetto da un punto di vista formale non esiste ancora. Ma se si accetta la formulazione secondo la quale il soggetto nominato dal gestore è solo il destinatario del-

(28) A questo proposito si richiama ancora una volta la distinzione tra i diversi significati dell'agire in nome altrui: SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, o. c., p. 270.

(29) Oggi la costruzione è largamente accolta in ordine all'a. 2333 c. c. Fu enunciata dallo SCIALOJA A., *Natura giuridica della costituzione delle società per azioni*, in *Saggi di vario diritto* (1928), II, 31 ss. che affronta brevemente il problema dei rapporti giuridici senza soggetto e della rappresentanza di ente futuro. Non mancano tuttavia voci contrarie: la più seria obiezione è dell'AULETTA, *Il contratto di società commerciale* (1937), 200, secondo il quale è illogico concepire la società come soggetto del negozio giuridico da cui deriva la sua esistenza: l'obiezione, però, riguarda il solo a. 2338, dato che questa norma ha una sfera diversa dall'a. 2331 co. 2°, come si dirà più avanti.

(30) Così, molto bene, SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, o. c., 59.

l'effetto, la difficoltà profilata scompare: naturalmente resta da vedere l'efficacia dell'atto, ma sarebbe infondato un dubbio sulla sua struttura.

Naturalmente, in tanto questa soluzione appare plausibile, in quanto si ammetta una sostanziale differenza tra gestione di affari altrui e rappresentanza. Il problema è veramente grave, e d'altro canto su di esso ci si è già soffermati in un precedente studio, pubblicato qualche anno fa⁽³¹⁾. Inoltre, di recente i risultati di questo lavoro hanno trovato conferma⁽³²⁾: è pur vero che la diversità tra rappresentanza e gestione è stata affermata solo *quoad factum*, e non anche *quoad effectum*; tuttavia, anche questa parziale conferma corrobora il discorso fin qui svolto.

13. Si è riusciti ad identificare nell'attività di colui che agisce in nome della società futura una gestione di affari. A questo punto, ci si deve riproporre la consueta domanda: rispetto alla normativa stabilita negli artt. 2028 ss. c.c. la disciplina dell'art. 2331 costituisce una deroga, tale da farla qualificare come eccezionale?

Nel lavoro precedente, già ricordato, ho ritenuto che in ogni ipotesi di gestione rappresentativa vi sia una responsabilità personale di colui che ha assunto spontaneamente la cura dell'affare alieno⁽³³⁾. Secondo questa formulazione, la norma stabilita a proposito della società non iscritta avrebbe una sostanziale corrispondenza con la disciplina della gestione degli affari altrui. Tuttavia le conclusioni raggiunte in quella sede sono state sottoposte ad un'attenta critica⁽³⁴⁾, e quindi non sembra possibile riproporle senza adeguata motivazione. E d'altro canto non può neppure negarsi che la critica avanzata abbia un serio fondamento, almeno sotto alcuni aspetti⁽³⁵⁾.

(31) AURICCHIO, *Contributo alla teoria della gestione rappresentativa*, in *Studi Urbinate* 1956-57, 3 ss.

(32) SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, o. c. 136.

(33) *Contributo alla teoria della gestione rappresentativa*, o. c., 25 ss.

(34) SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, o. c., 135.

(35) In particolar modo, lo schema dell'accollo non si può adottare ad ogni ipotesi di gestione di affari altrui, dato che essa riguarda solo i rapporti obbligatori, e non anche i trasferimenti.

Per i motivi esposti è opportuno valutare il problema proposto alla stregua delle convinzioni della dottrina dominante. Secondo il comune insegnamento, le norme sulla gestione di affari regolano due ordini di rapporti, tra *dominus* e terzo, e tra gestore e *dominus*. L'art. 2331 co. 2° disciplina invece i rapporti tra gestore e terzo. Si può quindi affermare che tra le due discipline non esiste contraddizione, negando così la natura eccezionale di questa norma.

Probabilmente questa conclusione appare a prima vista un po' affrettata. Potrebbe obiettarsi che secondo l'insegnamento tradizionale il gestore non assume nessuna responsabilità personale, e quindi da ciò si dedurrebbe il carattere eccezionale dell'art. 2331 co. 2°. Ma un ulteriore approfondimento del tema permette di superare questo dubbio.

In primo luogo va ricordato che l'insegnamento tradizionale non appare su questo punto del tutto scevro di dubbi, ma per non ripetere cose già dette altrove è opportuno sorvolare su questo aspetto della questione⁽³⁶⁾. Vi è poi un'altra considerazione; non si vede la norma in tema di gestione di affari altrui

(36) Su questo punto la critica dello SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, o. c., 135 nt. 3, non appare del tutto esauriente. Se Tizio andando da Caio a chiedere il suo intervento in un affare di Sempronio assente, non solo nega di agire sulla base di un conferimento di poteri, ma esclude qualsiasi forma di responsabilità personale, egli non agisce come gestore, al più come un amico o un procacciatore di affari: gestore in senso giuridico sarà Caio, ed egli si potrà rivalere in questa veste nei confronti del *dominus*. Infatti, va ricordato che la gestione come fonte di rappresentanza è stata concepita proprio considerando la figura del terzo gestore: PACCHIONI, *La « negotiorum gestio » del terzo contraente*, in appendice alla traduzione di SAVIGNY, *Le obbligazioni* (1912, p. 425 ss.). Per comprendere il senso della questione, deve pensarsi che la gestione può consistere sia di attività materiale che di attività negoziale: per quel che riguarda l'attività materiale o per meglio dire non contrattuale, il rischio grava certamente sul gestore. Ed allora perchè dovrebbe pensarsi che in un contratto lo stesso rischio passi al terzo? Si analizzino i due comportamenti; il gestore paga un debito fiscale dell'assente, oppure contrae un mutuo per pagare lo stesso debito. Ambedue le attività hanno un fondamento comune, la posizione di spontaneo inserimento nell'affare altrui: sembra perciò ingiustificato che mentre nella prima ipotesi sia egli ad assumere il rischio dell'operazione lo stesso rischio passi poi tutto intero al terzo. Si pensi oltretutto che il terzo non avrebbe nei suoi confronti neppure una azione di responsabilità per *culpa in contrahendo*, che egli invece ha contro il *falsus procurator*.

che sia derogata dall'art. 2331 co. 2°. In proposito va detto che non può parlarsi genericamente di eccezionalità di una norma rispetto al sistema, dato che ciascuna norma fa parte del sistema e quindi ne condiziona la struttura. È vero invece, che pur accettando l'interpretazione tradizionale degli artt. 2387-2332 c.c., queste norme possono trovare applicazione integrale; e, solo, accanto ad esse, in una posizione autonoma, si aggiunge l'articolo 2331 c.c. E ciò basterebbe per negare che vi sia antinomia tra le due discipline.

La possibilità di applicare contemporaneamente le due normative dimostra che esse si ispirano a esigenze differenti. Ciò trova conferma nel fatto che la responsabilità illimitata e solidale di colui che ha agito in nome altrui è stabilita in ogni caso, a prescindere dall'efficacia o dall'inefficacia del contratto, dalla futura esistenza del soggetto, e senza tener conto della persona — rappresentante e società — che ne subirà gli effetti. In altre parole, l'applicazione dell'art. 2331 co. 2° prescinde dal meccanismo della gestione di affari e dalla ricorrenza dei suoi presupposti. Di fronte a questa constatazione sarebbe illogico assumere che in questa norma sia disciplinata in modo diverso la stessa materia regolata in tema di gestione.

14. Per trovare una prima conferma del risultato raggiunto, appare utile indagare più da vicino lo scopo della norma che pone una responsabilità personale a carico di chi abbia agito a nome della società non ancora iscritta. E si vedrà che anche da questo punto di vista può essere affermata la posizione autonoma che nell'ambito del sistema occupa l'art. 2331 c.c.

La natura della responsabilità del c.d. rappresentante di società non iscritta risulta già da un quesito posto dalla più autorevole dottrina commercialistica; questa responsabilità permane anche dopo che sia avvenuta l'imputazione degli effetti del contratto alla società successivamente iscritta. Al quesito viene dato normalmente risposta positiva⁽³⁷⁾. E le ragioni addotte sono

(37) GRAZIANI, *Diritto delle società*, o. c., 214 e a nota 6 bibliografia. Di avviso contrario è invece il GUGLIEMMETTI, *Responsabilità per gli atti compiuti tra*

due: in primo luogo --- si dice --- la norma non prevede il venir meno di questa responsabilità. L'argomento letterale appare anche a prima vista solido e convincente: tuttavia potrebbe sempre dirsi che esplicitamente la legge non prevede neppure il permanere del vincolo personale a carico del c.d. rappresentante. Ma vi è un altro argomento, più sicuro: è stato molte volte osservato che la responsabilità personale di colui che agisce in nome della società non iscritta deve continuare a sussistere anche dopo l'iscrizione, poichè al momento della formazione del vincolo il terzo ignora quale sia il capitale della società. D'altro canto, mancando un mezzo di pubblicità legale, non può accollarsi a questo soggetto un onere di conoscenza. Ed inoltre, se v'è un soggetto in grado di conoscere la situazione patrimoniale della società futura, costui è il c.d. rappresentante, e non certo il terzo.

A queste due considerazioni già fatte della dottrina se ne può aggiungere una terza. Nell'ambito del nostro sistema — può dirsi — la nascita della persona giuridica non vale di per sè a liberare coloro che prima erano personalmente obbligati. In tal senso sono indicative le norme sulla trasformazione della società (art. 2499): è pur vero che questa ipotesi è per molti versi diversissima da quella esaminata in questa sede, ma anche qui si verifica in un momento successivo una situazione che esistendo fin dall'inizio avrebbe portato all'esclusione della responsabilità personale di colui che ha agito. Da questo punto di vista, l'analogia tra le due ipotesi sussiste, e quindi si giustifica l'estensione della disciplina. Inoltre, il diritto del terzo nei confronti di colui che ha agito è già acquisito al suo patrimonio, e secondo i principi generali non può essere perduto se non per il sopravvenire di fatti che la legge esplicitamente munisca di efficacia estintiva. In conclusione, anche se dovesse ammettersi che la legge tace in ordine al quesito proposto, non potrebbe negarsi per mo-

la stipulazione dell'atto costitutivo e la iscrizione nel registro delle imprese, in Riv. delle società 1957, pag. 484, 487, secondo il quale il terzo non merita la garanzia perchè sapeva di contrarre con la società: in realtà, se questa fosse la valutazione degli interessi compiuta dal legislatore, non si spiegherebbe in nessun caso l'art. 2331 c. c. Il richiamo ai principi della rappresentanza appare fuor di luogo, dopo aver visto le profonde differenze tra le due normative.

tivi di equità e di correttezza logica, il persistere della responsabilità stabilita nell'art. 2331 co. 2°.

Questa ammissione ha gravi conseguenze teoriche; chi afferma che la responsabilità del gestore permane anche dopo la nascita della persona nel cui nome egli ha agito, deve anche presumere che essa non muti nella sua natura, prima e dopo questa nascita. Il titolo della responsabilità ed il fatto giuridico che l'ha determinata rimangono identici, e quindi non troverebbe giustificazione alcuna una variazione del suo fondamento.

Dopo questa premessa il problema della natura della responsabilità del gestore appare avviato alla sua soluzione più logica. Non può negarsi che quando la persona giuridica è nata ed è diventata destinataria degli effetti del contratto, la responsabilità del c.d. rappresentante ha una tipica funzione di garanzia: invero la sua permanenza si giustifica proprio considerando l'ipotesi che il patrimonio della società si riveli insufficiente. Ed in base a quel che si è detto si deve pensare che essa abbia la stessa funzione anche prima dell'iscrizione⁽³⁸⁾. In proposito non può essere sollevata nessuna difficoltà da chi ammetta la figura della società irregolare, poichè secondo questa teoria ricorre lo stesso presupposto di fatto e di diritto rilevato nell'ipotesi precedente; l'insufficienza del patrimonio sociale. Ma la stessa conclusione può essere raggiunta anche da chi nega l'esistenza delle società irregolari: è pur vero che qui il rischio ha natura diversa, la possibilità che la persona giuridica non venga ad esistenza, ma, in definitiva, l'oggetto della garanzia resta identico, dato che essa è pur sempre diretta ad assicurare al terzo l'utilità che egli si riprometteva della conclusione del contratto. Sia che la persona giuridica sia venuta ad esistenza o non, sia che il contratto abbia o non prodotto i suoi effetti, il legislatore si preoccupa che il terzo raggiunga lo stesso risultato (economico) a cui tendeva al

(38) È pur vero che il legislatore parla di responsabilità e non di garanzia, ma l'uso dei due termini non è sempre concettualmente preciso: cfr. i rilievi dottrinali e bibliografici del PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti* (1955), p. 140 ss. Soprattutto in tema di società la nozione di responsabilità-garanzia è particolarmente adoperata dal legislatore: cfr. SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società* (1959), p. 10 ss.

momento della conclusione del contratto. E va subito sottolineato che in tal modo si spiega perchè il legislatore stabilisca la responsabilità personale ed illimitata del gestore indipendentemente dalle vicende del contratto posto in essere.

A voler intendere in tal modo il senso della norma in questione, diviene innegabile che essa corrisponde ad una disciplina molto diffusa nell'ambito del fenomeno associativo. Infatti sono molte le norme in cui è stabilita la responsabilità personale di chi abbia agito in nome di un ente collettivo (artt. 33, 38, 2291, 2303, 2313 c.c.) ed in ogni ipotesi ricorre l'impossibilità da parte del terzo di conoscere legalmente il patrimonio dell'ente. Ed è sintomatico che la dottrina in queste ipotesi parla molto spesso di fideiussione *ex lege*. È pur vero che da un punto di vista dotmatico questa costruzione non sembra del tutto soddisfacente ⁽³⁹⁾, ma certamente l'espressione riesce a cogliere la *ratio* della norma. E quindi, anche a voler prescindere dalla ben diversa questione della costante responsabilità personale del gestore di affari altrui, si giunge alla conclusione che questa responsabilità costituisce una regola generale in tema di rappresentanza di enti collettivi, laddove mancano i mezzi di pubblicità legali per far conoscere al terzo l'esistenza dell'entè e la sua consistenza patrimoniale.

15. La conclusione annunciata costituisce per ora un risultato provvisorio, che deve essere esaminato più attentamente allorchè l'indagine sarà spostata sulle vicende del contratto concluso dal c.d. rappresentante di persona futura.

Tuttavia fin d'ora, in attesa della successiva conferma, può affermarsi che la norma è applicabile per analogia all'intero fenomeno della rappresentanza di persona giuridica futura. In ogni caso, infatti, ricorrono i presupposti che sono a base della norma; in primo luogo, può darsi che l'associazione o la fondazione o il comitato non ottengano il riconoscimento, ed inoltre può accadere che il loro patrimonio si riveli insufficiente. Non si vede quindi quale motivo possa sussistere per attribuire alle società un

(39) Cfr. da ultimo sull'argomento, RAVAZZONI, *La fidejussione* (1957), 119.

7. *Studi Urbinati*, 1959-1960.

trattamento diverso dalle altre persone giuridiche, dato che qui certamente non è operante il particolare scopo — divisione degli utili — che caratterizza le società.

III

16. Fin qui si è detto che la responsabilità posta a carico di chi ha speso il nome di una persona giuridica futura è indice di un'obbligazione di garanzia. Inoltre, si tratterebbe di un'obbligazione *ex lege*, che trova la sua giustificazione nella particolare posizione spontaneamente assunta dal gestore nella conclusione dell'affare (40).

Prima di considerare acquisito questo risultato, è opportuno esaminare le altre possibili soluzioni prospettate dalla dottrina. Un solo punto fermo può essere assunto fin da ora, la natura contrattuale della responsabilità in questione: il gestore è in ogni caso tenuto a porre il terzo in una situazione patrimoniale equivalente a quella che sarebbe seguita ad una piena efficacia e ad una perfetta esecuzione del contratto. È certa quindi l'esistenza di un'obbligazione: si tratta di vedere da dove e perchè essa nasca.

A voler negare la fonte legale dell'obbligazione in questione, si dovrebbe anche ritenere che essa discenda direttamente dal contratto, a guisa di effetto voluto dai contraenti. In altre parole, la responsabilità di chi ha agito in nome della società non ancora iscritta o dell'associazione non riconosciuta sarebbe quella tipica, configurabile come sanzione per l'inadempimento di un obbligo derivante dal contratto. Ed il necessario presupposto di questa formulazione sarebbe appunto l'efficacia *ab initio* del contratto, poichè solo in tal modo potrebbe parlarsi di un effetto contrattuale.

(40) BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, o.c., 245, mette in luce che si tratta di una responsabilità legale derivante dall'agire a proprio rischio. Da questo punto di vista, in sè esatto, l'a. afferma l'analogia del nostro caso con quello dell'agente di commercio e del mediatore (a. 1748, 1755). In questi esempi, però, il rischio incide sull'acquisto di un diritto (provvigione) e non sul realizzarsi di una responsabilità.

Ma questa formulazione presta il fianco a diversi rilievi critici. Chi ritiene che il contratto concluso dal c.d. rappresentante di persona futura sia immediatamente efficace, deve necessariamente supporre che gli effetti intercorrano — almeno in un primo tempo — tra rappresentante e terzo ⁽⁴¹⁾. È agevole osservare che in tal modo si verrebbe a rendere privo di senso il requisito della *contemplatio domini*, pur esplicitamente richiesto dall'art. 2331 co 2°. Per quanto vario possa essere il significato di questo requisito, esso indica sempre un preciso atteggiamento della volontà dei contraenti, diretta ad imputare gli effetti del contratto alla sfera giuridica del soggetto nominato. Se realmente il c.d. rappresentante avesse voluto assumere obbligazioni in proprio, la spendita del nome altrui sarebbe stata superflua.

Per superare la difficoltà, si è detto che la *contemplatio domini*, sarebbe in questa ipotesi un caso di falsa *demonstratio* ⁽⁴²⁾. Ma in proposito va rilevato che in tanto l'art. 2331 co. 2° è applicabile, in quanto la società futura sia nominata come destinataria degli effetti. Se ciò mancasse, si entrerebbe senz'altro in istituti diversi — gestione in nome proprio, mandato senza rappresentanza — che trovano la loro disciplina in altra sede. D'altro canto il valore formale della spendita del nome altrui deve essere affermato non solo sul piano della determinazione della fattispecie, ma anche in ordine degli effetti. Infatti il vincolo di solidarietà che lega coloro che hanno agito si spiega appunto con l'identità di posizione formale che essi hanno assunto con il loro comportamento in ordine all'interesse gerito. E l'unico indice di questa identità formale è costituito appunto dalla spendita del nome altrui. In altre parole, se realmente questo requisito fosse superfluo, non si spiegherebbe perchè l'uno debba rispondere per il contratto concluso dall'altro, e non ciascuno per il proprio.

(41) Così BARBIERI, *Gli atti dell'amministratore ecc.*, o. c., 609. Vi è però chi ritiene il contratto efficace nei confronti di un soggetto diverso: cfr. PAVONE-LA ROSA, *Il registro delle imprese*, o. c., 342 ss. Contro questa formulazione si può fin d'ora osservare che questo soggetto non è nominato nel contratto posto in essere dal rappresentante di persona futura. Inoltre, si vedrà più avanti che non può ammettersi nessun nuovo soggetto, società o associazione.

(42) Così ROMANO-BARBIERI, *Teoria delle società* (1953), 553; BARBIERI, *Gli atti dell'amministratore ecc.*, o. c., p. 609.

In conclusione, non si può accettare la teoria secondo la quale la *contemplatio domini* sia irrilevante nell'ambito dell'art. 2331 co 2°. Ed è quindi probabile che essa abbia la normale rilevanza, l'indicazione del destinatario degli effetti.

17. Chi ritiene il contratto direttamente efficace tra il c.d. rappresentante ed il terzo, è vittima di un equivoco, che si spiega facilmente tenendo presente i contratti meramente obbligatori. Si pensi a questo esempio: un socio si rivolge ad un avvocato per avere un consiglio legale a proposito di un affare della società futura. Dopo aver dato il suo parere, l'avvocato chiede al socio il pagamento dell'onorario pattuito: è fuor di dubbio che, a norma dell'art. 2331 co. 2°, il socio non può sottrarsi alla riserva della controparte. A questo punto, può sembrare ozioso domandarsi se il socio risponde a titolo di garanzia, oppure come titolare di un obbligo già nato dal contratto.

Ma per comprendere il senso della questione occorre riferirsi ai contratti traslativi. Non vi è dubbio che quando si discute di efficacia o inefficacia di un atto giuridico, la differenza tra contratti traslativi ed obbligatori non ha importanza; invero non si vede perchè un contratto traslativo non debba produrre subito i suoi effetti, mentre un contratto obbligatorio li produce. Ammessa quindi un'identità di soluzioni, vediamo comparire in questa ipotesi molte difficoltà che prima non sussistevano. Infatti, secondo la formulazione dell'efficacia immediata del contratto, il trasferimento in una compravendita avverrebbe automaticamente in testa al rappresentante. Ma poi, ci si può domandare, come avviene il trasferimento dal rappresentante alla persona giuridica, una volta avvenuta l'iscrizione o concesso il riconoscimento? Non si può pensare ad un trasferimento *ex lege*, poichè manca una norma esplicita che lo preveda⁽⁴³⁾, e neppure ad un trasferimento *ex contractu*, dato che una compravendita può spiegare un solo passaggio di proprietà, e non tutta una se-

(43) Manca una norma simile a quella che esiste in tema di mandato ad acquistare cose mobili, ove appunto è previsto un trasferimento *ex lege*: MINERVINI, *Il mandato*, (1954), p. 102 ss.

rie. Diventa quindi necessaria una nuova compravendita: basta però pensare che a carico del c.d. rappresentante non vi è alcun obbligo di contrarre dato che la sua attività è stata spontanea, per comprendere che basterebbe un rifiuto del rappresentante per frustrare il risultato ultimo a cui si vuol tendere, l'acquisizione alla società delle utilità che possono nascere dalle attività svolte a suo nome.

Inoltre, lo stesso interesse dei contraenti può assumere atteggiamenti in assoluto contrasto con la soluzione prospettata. Infatti, nel caso che la società non venga ad esistenza, il rappresentante verrebbe a trovarsi titolare di un bene che a lui personalmente non serve. D'altro canto, il terzo può aver pensato di dare una certa destinazione proprio scegliendo quella determinata controparte, la persona giuridica; e ciò potrebbe avere grande importanza in un contratto di locazione, o nella vendita di un usufrutto. In altre parole, l'ipotesi di un acquisto immediato da parte del rappresentante di persona futura, se presenta delle difficoltà tecniche nel caso che la società venga ad esistenza, giunge a risultati addirittura iniqui nel caso che la registrazione non abbia luogo.

Di fronte a queste difficoltà, appare più conforme alla concreta configurazione degli interessi in gioco ed al modo in cui la volontà delle parti si è atteggiata al momento della conclusione del contratto, configurare la responsabilità del gestore come semplice forma di garanzia. Seguendo questa teoria, il trasferimento non avviene che in testa alla persona giuridica; e l'obbligazione del gestore non ha quindi la funzione di corrispettivo, ma serve solo ad assicurare il terzo in ordine all'effettivo conseguimento del corrispettivo. A volte le due obbligazioni possono avere anche un contenuto uguale, come avviene nell'esempio fatto all'inizio di questo paragrafo. Ma più spesso, la misura della responsabilità stabilita dall'art. 2331 co. 2° sarà diversa: in una compravendita inefficace, l'obbligo di garantire la controparte non consiste nel pagamento del prezzo, ma solo di quella parte che corrisponde al mancato guadagno, dato che il terzo non ha perduto la proprietà della cosa venduta.

18. Secondo quel che si è detto, il contratto posto in essere dal c.d. rappresentante di persona giuridica futura non produce effetti fin quando la persona giuridica sia venuta ad esistenza. Si tratta ora di vedere quale sia la sua natura giuridica durante questo periodo di pendenza, dal momento della conclusione a quello della sua efficacia.

Si può escludere che possa parlarsi di nullità. Invero, questa qualificazione precluderebbe la possibilità di spiegare la successiva efficacia del negozio. E d'altro canto, la legge esplicitamente commina questa sanzione per alcuni atti, l'emissione e la vendita di azioni, compiuti prima dell'iscrizione: *a contrario* è lecito dedurre la validità degli altri atti compiuti in nome della persona giuridica.

Si tratta quindi di vedere se il negozio sia meramente inefficace, oppure in via di formazione, mancando un suo elemento essenziale, il soggetto. Il problema è di grande interesse dottrinario: tuttavia non è possibile affrontarlo in questa sede, anche perchè ciascuna soluzione è strettamente collegata alla teoria del negozio giuridico che si vuole adottare⁽⁴⁴⁾. Ci si limiterà quindi a segnalare un aspetto particolare che il problema presenta nel caso qui studiato, la separazione tra il soggetto autore dell'atto ed il soggetto destinatario dell'effetto. Normalmente questo duplice atteggiamento del fenomeno soggettivo non viene in rilievo, giacchè il contratto produce effetti tra le parti. Ma nell'ambito della sostituzione, la distinzione si propone con evidenza viva. In fondo la dottrina ha già posto l'accento sulla questione in ordine agli atti unilaterali: anche qui si è voluto distinguere tra il soggetto destinatario della dichiarazione e soggetto destinatario dell'effetto⁽⁴⁵⁾. E qui, come nel contratto, si può dire che il

(44) Ad esempio, per parlare di negozio in formazione, bisognerebbe accettare la configurazione del negozio giuridico come *fattispecie* a formazione successiva: cfr. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, (1939), 332 ss., ove la teoria è applicata al negozio su cosa futura. Questa formulazione è di grande interesse per l'esame del nostro problema, dato che è stata vista analogia tra soggetto ed oggetto futuro: ORPO, *Note sull'istituzione dei non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1948, 66 ss.

(45) PUGLIATTI, *La simulazione negli atti unilaterali*, in *Diritto civile. Saggi* (1951), 548 ss.

primo termine ha una rilevanza strutturale, mentre il secondo incide solo sulla nascita del rapporto ⁽⁴⁶⁾. La distinzione appare probabile soprattutto in quanto si versa in materia di gestione di affari: già prima, parlando della differenza tra rappresentanza e gestione, e della diversa rilevanza che ha nei due casi la *contemplatio domini*, si è detto che nel nostro istituto il vero autore dell'atto è il gestore, che non «rende presente» al contratto nessun altro al di fuori di sè stesso, ma solo indica colui che sarà il titolare del rapporto. Quindi, almeno per ragioni di coerenza, si può essere indotti a parlare di mera inefficacia del negozio.

In ogni modo, al di fuori di ogni precisazione teorica, resta la considerazione che il contratto non produce effetti prima che venga ad esistenza la persona giuridica. E qui sorge una questione di notevole interesse, dato che a volte il contratto viene anche eseguito prima di questo momento; a questo proposito ci si può domandare quale sia la rilevanza di questa «esecuzione». Probabilmente, il pagamento del prezzo, l'acquisto del possesso o della detenzione del bene, la sua destinazione alla funzione finale, sono tutti atti distinti di gestione, che rilevano in quanto tali, e non nel paradigma di un'efficacia negoziale, forse inesistente. Il filo che unisce tutti questi atti è costituito dall'art. 2028 c.c. che pone a carico del gestore l'obbligo di continuare la gestione spontaneamente iniziata. Si può anche parlare di esecuzione del contratto, ma bisogna sempre tenere presente che secondo il comune insegnamento il contratto eseguito è inefficace; ciò determina la possibilità di una riduzione in pristino nel caso in cui la persona giuridica non venga ad esistenza.

19. Prima che venga ad esistenza la persona giuridica, per l'inefficacia del contratto concluso in suo nome, sussiste la possibilità di un solo tipo di rapporto, quello previsto nell'art. 2331 co. 2°, tra gestore e terzo.

A questo proposito, da parte della dottrina commerciali-

(46) Naturalmente, anche la validità di questa osservazione è condizionata all'accettazione di una determinata teoria del negozio giuridico: in proposito, cfr. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico* (1950), 333 ss. che configura l'esistenza del soggetto come elemento della situazione giuridica effettuale.

stica, è sollevata una questione di grande interesse pratico. Si fa il caso che colui che agisce in nome della società non registrata non operi di sua iniziativa, ma per incarico dell'assemblea dei soci, tutti o alcuni: in questa ipotesi — è stato detto — il terzo può rivolgersi non solo al gestore, ma anche a chi gli ha dato l'incarico di agire.

Anche a prima vista appare chiaro che questa diversa responsabilità non è esplicitamente prevista dall'art. 2331 c.c. Si tratta perciò di valutare il fondamento che la dottrina assume a base della soluzione adottata. È evidente che non può ricorrersi alla figura della società irregolare, giacchè nell'ipotesi considerata non è in questione la responsabilità dei soci in quanto tali, ma solo in quanto abbiano esplicitamente dato incarico di svolgere quella determinata attività giuridica: ciò è tanto vero che il dubbio si prospetta identico sia che l'attribuzione dell'incarico sia stata decisa da tutti i soci, sia da taluni solamente⁽⁴⁷⁾. Ed infatti in questo caso si è parlato di una società diversa, preliminare ad una società per azioni⁽⁴⁸⁾. La soluzione è certamente abile, ma non sembra del tutto convincente; infatti per richiamare la norma stabilita in tema di società semplice (art. 2267 c.c.) occorrerebbe in primo luogo dimostrare che coloro che hanno dato l'incarico di agire abbiano realmente formato una società. E se per tale deve intendersi l'atto con cui due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili, la risposta negativa appare si-

(47) D'altro canto, la questione delle società irregolari è stata deliberatamente accantonata in questa sede, pur esprimendo adesione alla dottrina che ne nega l'ammissibilità.

(48) La dottrina tedesca parla appunto di «Vorgesellschaft». È dubbia però la sua natura giuridica: secondo alcuni si tratterebbe di società civile: WIELAND, *Handelsrecht* (1921), II, 73 s.; oppure di associazione non riconosciuta: HUEK, *Gesellschaftsrecht* (1948), 118. Le due formulazioni sono distintamente esaminate nel testo: naturalmente, poichè l'indagine interessa il diritto italiano contemporaneo, saranno esaminate le due ipotesi della società semplice e dell'associazione non riconosciuta. In generale sull'atteggiamento della nostra dottrina sull'argomento, cfr. MINERVINI, *Società per azioni, Rassegna di diritto comparativo italo-svizzero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, 222 ss. *Adde*, per una soluzione simile a quella difesa dalla dottrina tedesca, PAVONE-LA ROSA, *Il registro delle imprese*, o. c., 340 ss., e ROMANO-PAVONI, *Teoria delle società*, o. c., 550 ss.

cura: non solo manca nella normalità dei casi un conferimento di beni o servizi diverso da quello stabilito per la società futura, ma soprattutto manca uno scopo di dividere gli utili ⁽⁴⁹⁾. Tanto più questa soluzione appare certa in quanto il fenomeno — anticipata attività dell'ente — è riferito in questa sede non solo alle società, ma ad ogni persona giuridica, anche a quelle ove la divisione degli utili non appare neppure nella sede definitiva. D'altro canto, quando è dato l'incarico di compiere un solo atto giuridico, verrebbe meno anche quel minimo di stabilità dell'organizzazione che permetta di parlare di associazioni ⁽⁵⁰⁾.

Tutto ciò induce a ritenere che il fenomeno si riduca ad un mandato, da cui nasce l'obbligo di compiere una determinata attività giuridica. Ed è proprio a questo punto che si presenta il quesito veramente importante: se esiste un obbligo di agire, può realmente parlarsi di gestione di affari? Indubbiamente, nel c.d. rappresentante di persona futura manca la spontaneità del comportamento e quindi viene meno il requisito fondamentale dell'art. 2028 c.c. Ma ciò non esclude che la figura di gestore possa essere assunta proprio da chi ha attribuito l'incarico, dato che egli non era affatto obbligato a tenere questo comportamento. Secondo questa ricostruzione, il c.d. rappresentante di persona futura potrà rivalersi nei confronti dei soci secondo le norme del mandato, ed i soci a loro volta potranno farsi rimborsare dalla persona giuridica secondo le regole della gestione.

Resta da vedere se il terzo possa rivolgersi anche ai soci che hanno dato l'incarico. Secondo l'impostazione or ora accennata, il dubbio va risolto in modo diverso a seconda che debba parlarsi di mandato con oppure senza rappresentanza. A ben riflettere la seconda soluzione appare la più probabile: è vero che chi agisce spende il nome altrui, ma la persona indicata al momento

(49) Se l'attività svolta determina un utile, al più esso sarà diviso nell'ambito della futura società: è in ipotesi, infatti, che i soci e gli amministratori abbiano agito nell'interesse e per conto della futura società. Vien meno così la prima delle due ipotesi, sostenuta in Italia dal BRUNETTI, *Trattato ecc.*, o. c., II, 178.

(50) La stabilità dello scopo e del vincolo fa rientrare le figure di tipo associativo fra i contratti di durata: così RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, o. c., 10.

della conclusione del contratto è la persona giuridica futura, e non chi ha conferito l'incarico. Le ipotesi sono due: o nella *contemplatio domini* è nominata la persona nei cui confronti si è assunto l'obbligo di agire, ed allora si è al di fuori della fattispecie prevista nell'art. 2331 co. 2°; oppure si è agito in nome della persona giuridica futura, e quindi va negato che un soggetto possa attribuire con un proprio atto il potere di rappresentare un altro soggetto, peraltro inesistente⁽⁵¹⁾. Sembra quindi di dover concludere nel senso che sia in questione un mandato senza rappresentanza: e perciò sarebbe ingiustificata la pretesa del terzo di soddisfarsi sul patrimonio di chi ha attribuito l'incarico.

20. La possibilità di un rapporto tra terzo e *dominus* si presenta sol quando la persona giuridica sia venuta ad esistenza. In questo momento il contratto opera secondo le regole della gestione di affari. E quindi solo gli atti « utilmente iniziati » potranno essere imputati al nuovo soggetto, mentre gli altri sono destinati a venir meno definitivamente.

Il criterio dell'utilità iniziale non è accolto dall'intera dottrina. Più spesso, a proposito dell'art. 2331 co. 2°, viene richiesto che l'atto sia « necessario », e non soltanto utile, per la persona giuridica⁽⁵²⁾. È evidente che su questa parte della dottrina gioca l'attrazione dell'art. 2338, ove appunto si parla di atti necessari. Ma a questo proposito possono avanzarsi fondati dubbi. In primo luogo, non è sicuro che l'art. 2338 c.c. disciplini una vera e propria ipotesi di gestione: è illogico — si è detto — ri-

(51) Naturalmente può accadere che il c. d. rappresentante di persona giuridica futura, pur stipulando in nome di questo soggetto, dichiari alla controparte di agire dietro incarico di alcuni soci. Neppure in questa ipotesi, tuttavia, si ha rappresentanza, dato che i soci non avevano il potere di attribuire il corrispondente potere. Sull'argomento, cfr. MINERVINI, *Società per azioni*, o. c., 224, ed ivi bibliografia. L'indicazione dei mandanti è irrilevante, poichè determina nel terzo la semplice conoscenza del mandato (a. 1705 I co.).

(52) GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., p. 211 ss.; CUGLIEMMETTI, *Responsabilità ecc.*, o. c., 482 ss.

tenere che la società sia il soggetto del negozio giuridico dal quale deriva la sua esistenza ⁽⁵³⁾.

D'altro canto, anche a volere ravvisare nell'attività dei promotori un'ipotesi particolare di gestione, resta pur sempre la considerazione che la disciplina generale dell'istituto prevale su quella eccezionale, prevista per quella sola ipotesi.

In realtà le due norme, l'art. 2338 e l'art. 2331 co. 2° hanno due sfere di applicazione diverse. E la diversità consiste nel tipo di attività svolta, e non nella qualità del soggetto, promotori gli uni e persone diverse gli altri. Come giustamente è stato detto, anche un promotore può svolgere attività « utile », ma in questo caso egli si presenta con una veste giuridica diversa ⁽⁵⁴⁾: in questo caso la sua attività sarà regolata dall'art. 2331 co. 2°. E val la pena di notare che questa conclusione corrisponde alla affermazione già più volte fatta in questa sede, secondo la quale questa norma si applica indipendentemente dalla qualità giuridica di colui che agisce.

Per valutare l'utilità dell'attività svolta, occorre fare riferimento all'atto costitutivo oppure allo statuto della persona giuridica. E quindi dovrà ritenersi utile ogni attività che sia diretta a realizzare — in modo immediato o mediato — lo scopo della persona giuridica.

In questa conclusione si rivela interamente l'opportunità di adottare lo schema della gestione di affari; invero, sarebbe veramente superfluo richiedere per la imputazione degli effetti un nuovo atto, la ratifica, quando già esiste una valutazione *a priori* della conformità dell'atto allo scopo sociale. Quella giurisprudenza che in ogni caso ha richiesto il nuovo intervento della persona giuridica ha evidentemente trascurato di prendere in considerazione l'interesse del gestore: a suo danno, infatti, si apre la possibilità di sostituire l'*utiliter gestum* all'*utiliter coeptum*.

(53) AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, o. c., 200. L'osservazione è ripresa dal ROMANO-PAVONI, *Teoria delle società*, o. c., 556, che tuttavia ne deduce che in questa ipotesi non può parlarsi di affare della società, ma proprio, e quindi sembra escludere la possibilità del rimborso. A questa conclusione non può giungersi, stante l'art. 2338.

(54) AULETTA, *Il contratto ecc.*, o. c., 203.

Applicando le regole della gestione l'acquisto da parte della società non incontra alcuna difficoltà. Naturalmente, però, può accadere che questo acquisto sia divenuto impossibile, per l'interferenza dell'effetto giuridico di una fattispecie diversa. È questo il caso della trascrizione (art. 2652): il secondo atto di alienazione trascritto prima della registrazione della società, impedisce l'acquisto del bene immobile da parte di quest'ultimo soggetto⁽⁵⁵⁾. Eppure, anche in questa ipotesi, sarà possibile riferire alla persona giuridica il complesso dei rapporti nati dall'intera situazione: infatti, la società e non chi ha agito in suo nome, sarà il titolare del diritto al risarcimento dei danni nei confronti del terzo.

21. Invece, per l'efficacia degli atti non utili, occorre la ratifica. Secondo la più diffusa convinzione della dottrina, l'organo competente è l'assemblea: infatti, nella maggior parte dei casi oggetto di ratifica è l'attività degli amministratori, onde sarebbe assurdo attribuire a questi soggetti il potere di dare efficacia al loro stesso operato. L'osservazione è sostanzialmente giusta, ma nel suo stesso presupposto può vedersi il limite della sua validità; invero non vi è motivo per negare agli amministratori il potere di ratificare l'attività svolta da altri soggetti in nome della persona giuridica futura.

La ratifica di cui si discute in questa sede è quella dell'articolo 2032 c.c.: quindi, oltre a dare efficacia all'atto, determina anche tra *dominus* e gestore quella serie di rapporti obbligatori prevista dall'art. 2031 c.c. ed è, di conseguenza, erroneo attribuire a questo atto efficacia liberatoria del gestore nei confronti del terzo⁽⁵⁶⁾. È pur vero che la ratifica prevista nell'art. 1399 c.c. libera il *falsus procurator* dall'obbligo di risarcire gli interessi negativi, ma ciò dipende dalla natura di questa responsabilità,

(55) App. Milano 11 febbraio 1955, *l. c.*: in proposito deve osservarsi che il secondo atto di acquisto prevale non tanto perchè la prima trascrizione è inefficace o invalida, come dice questa sentenza, ma piuttosto non è possibile trascrizione in testa ad un soggetto inesistente.

(56) GUGLIEMMETTI, *Responsabilità ecc.*, *o. c.*, 482.

fondata su una *culpa in contrahendo*, mentre nel nostro caso il fenomeno è tutto diverso. D'altro canto, secondo i principi generali, un soggetto può essere liberato da una sua obbligazione solo con atto del debitore, e non da un terzo: e sulla validità di questa considerazione non incide la natura, principale oppure accessoria, dell'obbligazione.

MAURO CAPPELLETTI

*Professore titolare di diritto processuale civile
nell'Università di Macerata*

LA TESTIMONIANZA DELLA PARTE
NELLA STORIA MODERNA DEGLI ORDINAMENTI
PROCESSUALI ANGLOSASSONI (*)

(*) È il primo capitolo del secondo volume di un libro su *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, di imminente pubblicazione per i tipi dell'editore Giuffrè.

SOMMARIO: § 1. L'utilizzazione del sapere delle parti nel processo civile inglese delle *Courts of Common Law* e delle *Courts of Equity* prima della metà del secolo scorso, e le nuove correnti di pensiero (BENTHAM, DENMAN, BROUGHAM e altri). — § 2. Le leggi riformatrici: lo *Statute 6 & 7 Victoria*, capitolo 85 (« Lord Denman's Act »), del 1843; lo *Statute 9 & 10 Victoria*, c. 95, del 1846 sulle *County Courts*; lo *Statute 14 & 15 Victoria*, c. 99 (« Lord Brougham's Act »), del 1851; lo « Evidence (Scotland) Act, 1853 »; lo *Statute 32 & 33 Victoria*, c. 68 (« Evidence Further Amendment Act »), del 1869, ecc.: abolizione della regola che vietava la testimonianza delle parti e degli altri soggetti interessati. — § 3. Introduzione della *cross-examination* orale nel processo delle Corti di *equity*. I *Judicature Acts* e l'unificazione del sistema processuale inglese (cenni sugli svolgimenti del *trial by jury*). Sopravvivenza dell'interrogatorio formale (*discovery by interrogatories*) accanto all'istituto della *examination* delle parti come testi. — § 4. Gli analoghi svolgimenti nella storia del diritto processuale civile degli Stati Uniti d'America, dal codice di David Dudley FIELD (1848) ai nostri giorni. — § 5. La tecnica e gli effetti della *cross-examination*, e il successo pratico delle riferite riforme legislative inglesi e nordamericane.

§ 1. *L'utilizzazione del sapere delle parti nel processo civile inglese delle Courts of Common Law e delle Courts of Equity prima della metà del secolo scorso, e le nuove correnti di pensiero (BENTHAM, DENMAN, BROUGHAM e altri).*

I. Tra gli ordinamenti degli Stati europei occidentali, quello che più profondamente diverge dal nostro è, senza dubbio, l'ordinamento inglese. Ragioni storiche e ambientali, lontananza di culture di temperamenti ecc. ecc., stanno alla base delle radicali differenze. Il compito del comparatista diventa qui, per

lo più, estremamente difficile, e non e senza qualche giustificazione il fatto che in una dottrina giuridica, e in particolare processualistica, attenta, com'è la migliore dottrina italiana, alle vicende culturali straniere, rari siano però i riferimenti alla dottrina processualistica (in verità troppo spesso incerta, confusa e quasi ermeticamente chiusa alle vicende « continentali ») ed alla giurisprudenza anglosassoni.

Ma io debbo qui riconoscere che le difficoltà quasi completamente sono scomparse nello studio, da me svolto, sulla utilizzazione del sapere delle parti a scopo di prova nel processo civile, e in particolare su quella fondamentale forma di utilizzazione, che s'esprime mediante l'istituto della *examination* e *cross-examination* delle parti. La storia, le forme, gli effetti giuridici di questo istituto, che è comune al processo (ogni tipo di processo) civile inglese e nordamericano, sono semplici e lineari, come semplici e lineari sono le ragioni storiche della sua formazione e sviluppo e del suo rapido e pieno successo. Sono infatti chiaramente proprio le stesse ragioni, che nella prima parte di questo lavoro siamo andati indagando e che si ritroveranno, in questa seconda parte, a fondamento degli istituti dei più disparati ordinamenti: a cominciare da quello austriaco che, anche negli scritti e progetti dei riformatori, s'è dichiaratamente ispirato in argomento al precedente britannico, come vedremo, dal già sicuro successo del quale ha tratto gli auspici (1).

II. L'idea che le parti, e più in generale i « soggetti interessati » (« those who had a pecuniary or proprietary interest in the outcome of the proceedings » (2)), non dovessero, con astratto formale apriorismo, escludersi dal novero delle persone suscettive di contribuire alla formazione del libero convincimento (dei giurati e) del giudice, è uno dei temi centrali, più fecondi e

(1) *Infra*, sez. II, § 2, 1.

(2) Riporto la definizione da R. Cross, *Evidence*, London, 1958, p. 169.

più originali della dottrina benthamiana in tema di prove, come gli ormai numerosi riferimenti avranno mostrato al lettore⁽³⁾. John Henry WIGMORE, il maggiore fra gli studiosi americani in tema di prove, ha scritto nel suo noto trattato che « in Inghilterra, è stata per prima la pubblicazione, nel 1827, del grande trattato del BENTHAM, quella che ha fornito l'arsenale di argomenti per mutare la opinione pubblica » nei confronti della regola, che anche nel processo civile inglese impediva che le parti, e in genere i soggetti economicamente interessati al risultato del giudizio, fossero sentiti come testimoni (c.d. *disqualification of parties and interested persons as witnesses*)⁽⁴⁾. Altri assai importanti contributi in quel senso furono offerti, sempre secondo

(3) Cfr. la parte I, *passim* (fin dalla nota 1 del § 1, sez. I); e ved. in argomento quanto scrive ad es. il DILLON (John Forrest) nel brano riportato in ROSSCOE POUND e TH. F. T. PLUCKNETT, *Readings on the history and system of the common law*³, Rochester, 1927, pp. 241 s.: dove giustamente l'autore, trattando delle tesi benthamiane in tema di prove, mette in primissima linea la lotta del filosofo-giurista contro le norme che immisericivano la prova testimoniale — e quindi lo strumento di gran lunga il più importante nella ricerca della verità — mediante la « exclusion of evidence on various grounds, including that of pecuniary interest », e mediante il rifiuto dell'idea, che anche il DILLON ritiene essere stata giustamente difesa dal BENTHAM, « che pure le parti debbano essere ammesse a, o addirittura essere richieste di testimoniare ».

(4) J. H. WIGMORE, *A treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at common law*³, II, Boston, 1940, p. 692. È di notevole interesse la storia (delineata dal WIGMORE, *op. cit.*³, II, pp. 674 ss. sub § 575) della penetrazione di quella regola nell'ordinamento processuale inglese, al quale essa era rimasta estranea fino al XVI secolo e quindi molto più a lungo che agli altri ordinamenti europei: ved. in argomento già *supra*, parte I, sez. I, § 21, nota 4 a, sulla penetrazione per gradi di quella regola (il divieto della testimonianza della parte s'è imposto prima di quello della testimonianza dei terzi interessati).

Sulla enorme influenza dell'opera del BENTHAM nel senso dell'abolizione della regola di cui si parla nel testo, cfr., oltre al WIGMORE, ad es. John F. DILLON, *The Laws and Jurisprudence of England and America*, London, 1894, pp. 339 ss.; e nella dottrina di lingua non inglese, ad es. Erich PRETTENHOFER, *Welche der beiden Parteien hat das Gericht im Falle des § 378 ZPO unter Eid zu vernehmen?*, « Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung », 48 (1897), p. 36. In termini più generali e sempre a mero titolo d'esempio, cfr. pure Robert Wyness MILLAR, *Civil procedure of the trial Court in historical perspective*, New York, 1952, pp. 30, 43; M. ANCEL, *La « common law » d'Angleterre*, Paris, 1927, pp. 97 ss.

quanto può leggersi in WIGMORE⁽⁵⁾, fin dal 1824 da Thomas DENMAN (in una recensione alla edizione francese dell'opera del BENTHAM⁽⁶⁾), e nel 1828 da Henry BROUGHAM, giuristi ch'entrambi si professavano ammiratori e seguaci del BENTHAM e che, al pari di altri discepoli del grande maestro⁽⁷⁾, saranno presto chiamati a ricoprire le massime cariche nella magistratura britannica e ad esercitare, come tali, un diretto influsso sulle riforme legislative⁽⁸⁾.

Le leggi riformatrici ispirate alle idee di quella formidabile corrente dottrinale, in testa alle quali trovasi quel capitolo 85 dello *Statute 6 & 7 Victoria* (1843), ch'è noto anche come *Lord Denman's Act* dal nome del *Lord Chief Justice* che l'ha promosso, saranno esaminate nel prossimo paragrafo. Qui resta da

(5) *A treatise*², II, cit., p. 692; ved. anche l'VIII vol. (3^a ed.), Boston, 1940, p. 174 testo e nota 8, e p. 175; e il I vol. (3^a ed.), Boston, 1940, p. 239.

(6) La prima edizione francese del trattato sulle prove, è infatti uscita vari anni prima della edizione nella lingua originale, cfr. WIGMORE, *A treatise*², I, cit., p. 239; James Bradley THAYER, *A preliminary treatise on Evidence at the common law*, London, 1898, p. 544 in nota.

(7) Discepolo del BENTHAM è ad es. quel Chief Justice APPLETON OF MAINE, che fu autore di un trattato sulle prove (1860), opera apprezzata dal WIGMORE (*A treatise*², II, cit., p. 687 in nota) ma da me inutilmente ricercata in varie biblioteche inglesi e americane. Albert V. DICEY (riportato in POUND e PLUCKNETT, *Readings on the history ecc.*², cit., p. 238), ha descritto « la generale accettazione del benthamismo come l'opinione legislativa dominante di una data era ». Com'è noto, idea centrale del pensiero benthamiano e della sua c.d. scuola utilitaristica, era che fine essenziale della legislazione debba esser quello di realizzare il principio di utilità, ossia di promuovere la maggiore felicità (*happiness*) del più gran numero di cittadini; e poiché ciascuno, di regola, è il miglior giudice della sua propria felicità, così scopo della legislazione dovrebb'essere quello di rimuovere tutti quei limiti imposti alla libera azione dell'individuo, che non sieno necessari per assicurare una pari libertà dei suoi vicini (c. d. *individualistic evolution*), cfr. ancora DICEY, *ibid.*, p. 240.

(8) Assai interessante ed acuto anche lo scritto di ALI . . . James JOHNES, *Suggestions for a reform of the Court of Chancery by a union of the jurisdictions of equity and law*, London, 1834, spec. a pp. 85 ss., del quale si avrà occasione di riparlarne (*infra*, in questo paragrafo).

Per rapidi dati su altri giuristi appartenenti al movimento riformatore, cfr. POUND e PLUCKNETT, *Readings*², cit., p. 247; può vedersi pure il discorso di Alfred WADDILOVE, *On the amendment of the law of evidence in order to admit the testimony of parties in all civil suits, and of defendants in criminal trials*, London, 1864, pp. 3, 5.

dire che, precedentemente a quello statuto ed agli altri, di poco posteriori, i quali hanno radicalmente mutato la situazione sulla quale si sono inseriti, nel processo inglese, specie in quello delle *Courts of common law*, l'utilizzazione del sapere delle parti era esclusa anche più radicalmente di quanto non lo fosse, a quel tempo, negli ordinamenti continentali (veggansi le sezioni successive del presente lavoro). Era esclusa infatti perfino quella forma di utilizzazione, che s'esprime attraverso l'istituto del giuramento deferito alla parte dall'avversario o dal giudice e inteso come strumento per la decisione («decisorio») della lite⁽⁹⁾. E se è vero che anche allora esisteva, almeno nelle *Courts of equity*⁽¹⁰⁾, una sorta d'interrogatorio cui una parte poteva sottoporre l'avversario (*discovery by interrogatories*), bisogna però avvertire che trattavasi d'un istituto del tutto formale, sia per la struttura — le interrogazioni erano sottoposte dalla parte all'avversario per iscritto, mediante il *bill* (e *cross-bill* quando era il convenuto che a sua volta interrogava l'attore) *of discovery*, e davano luogo ad una risposta parimente scritta (e sottoscritta dal difensore) e giurata —; sia per gli effetti, inteso com'era a promuovere la confessione (*admission*) dell'avversario e quindi una

(9) Cfr., anche per le ragioni del fenomeno (ragioni forse collegate al sistema del *jury-trial*), WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., pp. 681 ss., spec. a p. 682 testo e nota 30; G. D. NOKES, *An introduction to evidence*², London, 1956, pp. 350 s. Cfr. pure Thomas STARKIE, *A practical treatise of the law of evidence*³, III, London, 1842, p. 797 testo e nota e. Ultimamente C.A. MORRISON, *Some features of the Roman and the English law of evidence*, «Tulane Law Review», 33 (1958-59), pp. 584, 589. Anche R. FRHR. VON CANSTEIN, *Gutachten über die F. . . 't die Eideszuschiebung im Civilprocess durch die Vernehmung der Parteien und Zeugen zu ersetzen?*, nelle *Verhandlungen des Zweiundzwanzigsten Deutschen Juristentages*, I, Berlin, 1892, pp. 32, 64.

(10) Nelle *Courts of common law*, non soltanto la parte era considerata *incompetent witness* ossia non poteva offrire la sua propria testimonianza, ma, diversamente che nelle Corti di *equity*, non poteva nemmeno essere interrogata su istanza dell'avversario, e ciò per il *privilege*, ad essa riconosciuto, di non essere *compellable to be a witness*, cfr. JOHNES, *Suggestions ecc.*, cit., pp. 86 s.; e WIGMORE, *A treatise*³, VIII, cit., pp. 172 ss., che entrambi si pronunciano contro quel privilegio, del resto ormai da molto tempo abolito negli ordinamenti inglese ed americano, come vedremo; cfr. pure Freeman Oliver HAYNES, riportato in POUND e PLUCKNETT, *Readings*³, cit., p. 529.

prova considerata come normalmente incontrovertibile e vincolante⁽¹¹⁾. Si trattava, com'è chiaro, d'un istituto derivato anzi copiato dal processo canonico⁽¹²⁾, e precisamente da quell'interrogatorio *per positiones*, del quale avremo occasione di dire⁽¹³⁾ e che è l'antenato del nostro interrogatorio formale come pure degli spagnoli *interrogatorios de posiciones* nonché del francese (di recente abolito) *interrogatoire sur faits et articles*. Onde è ben comprensibile che proprio anche su quest'istituto convergessero, nella prima metà dell'ottocento, le critiche del più illuminato pensiero giuridico, cui non fu difficile dimostrare quanto più efficiente e più razionale sarebbe stato un interrogatorio orale e non formale⁽¹⁴⁾, un interrogatorio insomma svol-

(11) Ved. per tanti BLACKSTONE (Sir William), in POUND e PLUCKNETT, *Readings*² cit., pp. 453 s.; THOMAS STARKIE, *A practical treatise of the law of evidence*², II, London, 1842, pp. 18 s.; RICHARD NEWCOMBE GRESLEY, *A treatise on the law of evidence in the Courts of Equity*, London, 1836, pp. 9 ss., anche sull'efficacia della confessione (*admission*) considerata appunto quale prova normalmente « conclusiva » (*conclusive evidence*) ossia legale e incontrovertibile (STARKIE, *op. et loc. ult. cit.*; GRESLEY, *op. ult. cit.*, pp. 10, 20, 165, 166, 349 ss.).

Noto qui, incidentalmente, che il termine *confession* è tradizionalmente riservato dalla giurisprudenza inglese al campo penale: cfr. per tanti NOKES, *An introduction to evidence*², cit., p. 269; lo stesso vale per la dottrina nordamericana, cfr. ad es. CHARLES T. MCCORMICK, *Handbook of the law of evidence*, St. Paul, Minn., 1954, p. 504; W.P. RICHARDSON, *The law of evidence*, 8th edition by J. PRINCE, Brooklyn-New York, 1955 (ristampa del 1959), pp. 270, 302; E.C. CONRAD, *Modern trial evidence*, I, St. Paul, Minn., 1956, p. 422.

(12) Maggiori precisazioni in MILLAR, *Civil proced. of the trial Court*, cit., pp. 201 ss. Per l'influenza sul processo delle *Courts of equity* del sistema processuale dei tribunali ecclesiastici, cfr. per tanti, oltre al MILLAR, WIGMORE, *A treatise*², I, cit., p. 14; *Id.*, *op. cit.*³, VIII, p. 172 e *passim*; si ricordi che, originariamente, il *Chancellor* era quasi sempre un ecclesiastico (cfr. F.W. MAITLAND, riportato in POUND e PLUCKNETT, *Readings*² ecc., cit., pp. 210, 211; H.G. HANBURY, *English Courts of Law*², London-New York-Toronto, 1953, p. 136: quella tradizione cominciò a mutare solo nel 1530, quando Sir Thomas MORE fu nominato *Chancellor*), ond'è altresì comprensibile come, oltre al sistema processuale, anche quello sostanziale, canonico e romano, esercitasse in quelle corti una assai maggiore influenza (MAITLAND, *op. et loc. ult. cit.*; cfr. anche BLACKSTONE, in POUND e PLUCKNETT, *op. cit.*², p. 214; C.J. HAMSON, *Civil procedure in France and England*, in « The Cambridge Law Journal », 10 [1950], p. 415).

(13) *Infra*, sez. II, cap. III, § 8, spec. *sub nota* 30 e testo e note 52-53.

(14) Ved. la critica del JOHNES (1834), *Suggestions ecc.*, cit., pp. 86 ss.; cfr. inoltre già BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, in *Oeuvres des J. Bentham*

gentesi secondo i canoni della *immediatezza* e dell'*oralità*. Di vivo interesse è, ad esempio, oltre naturalmente all'opera fondamentale e a tutti nota del BENTHAM sulle prove giudiziarie, a questo proposito uno scritto del 1834, già ricordato, del JOHNES, in cui l'autore si è fatto vivace e vigoroso sostenitore dell'*oralità* implicitamente intesa proprio nel senso, in cui anche noi l'intendiamo, ossia come quella situazione processuale nella quale sia valorizzabile al massimo grado la prova orale (*confere supra*, parte I, sez. I, spec. il cap. II) ⁽¹⁵⁾. Il JOHNES in particolare ha voluto dimostrare come la « causa fondamentale e primaria » della lentezza, della dispendiosità, delle frequenti iniquità, e insomma di tutti i più gravi difetti per i quali era ormai divenuto tristemente famoso il processo *in equity*, peggiore sotto alcuni profili del processo stesso delle *Courts of common law* ⁽¹⁶⁾, era da vedersi proprio nella « esclusione della *parol evidence* » ossia della prova orale, sommersa dalla prova documentale (*written o documentary evidence*). E così quella causa era dal nostro autore denunciata in ispecie nel fatto che la prova testimoniale era scritta anziché orale, vuoi perché le domande (*interrogatories, questions*) dovevano essere previamente formulate per iscritto, vuoi perché le risposte o deposizioni erano ricevute e protocollate da organo (gli « *examiners* », divenuti ormai ausiliari ordinari dell'ufficio giudiziario, nonché

(trad. franc. di Ét. DUMONT), II, Bruxelles, 1829, pp. 297 ss. Il GRESLEY, *A treatise ecc.*, cit., pp. 10 ss., pur accogliendo in parte le critiche della corrente riformatrice e in ispecie il giudizio espresso dal Chief Justice WILMOT sulla superiorità della « *viva voce examination* » sull'interrogatorio formale nella ricerca della verità, tendeva peraltro a mettere in rilievo anche i vantaggi del secondo istituto, i quali sarebbero stati, secondo il nostro autore, non sufficientemente apprezzati. In generale sul *discovery in Chancery*, sulla sua storia e trasformazioni statutarie, WILMOT, *A treatise*², VIII, cit., pp. 176 ss.

⁽¹⁵⁾ JOHNES, *op. cit.*, pp. 85-103.

⁽¹⁶⁾ Sulla « portentosa lentezza » dei processi *in equity* ved. pure, per tanti, E. JENKS, *A short history of English law*⁵, London, 1938, p. 166 (che pur non manca di mettere in evidenza anche i gravissimi inconvenienti della procedura delle *Courts of common law*, specie fino alle riforme iniziate col 1832, cfr. *l'op. cit.*, pp. 357 ss.).

i « commissioners ») diverso dal giudice decidente ⁽¹⁷⁾, o rese addirittura direttamente per iscritto mediante gli *affidavits* o mediante altre scritture (*answers to written interrogatories*) ⁽¹⁸⁾; nel fatto che l'efficacia dello stesso interrogatorio *delle parti*, istituito che pur rappresentava un indubbio progresso del processo *in equity* rispetto al processo di *common law* ⁽¹⁹⁾, era peraltro le più volte neutralizzata per ciò che interrogazioni e risposte erano anche qui scritte e precostituite ⁽²⁰⁾, e insomma per la formalità e rigidità dell'istituto al quale, secondo la tesi del nostro autore, avrebbe dovuto preferirsi la tecnica duttile e penetrante della *cross-examination* (orale), qual'era già da moltissimi anni praticata, anche in funzione dell'istituto della giuria, nelle *Courts of common law* rispetto ai « terzi non interessati » ⁽²¹⁾; e così via discorrendo. Del resto perfino autori i quali, come il GRE-

⁽¹⁷⁾ Cfr. in argomento GRESLEY, *A treatise ecc.*, cit., pp. 43 ss., 50 ss., 69 ss., anche sull'influenza che il fatto, che la deposizione non fosse raccolta direttamente dal giudice, ha storicamente esercitato sul carattere rigidamente formale delle interrogazioni da rivolgersi ai testi, che erano predisposte per iscritto dai difensori delle parti. Cfr. pure BLACKSTONE riportato in POUND e PLUCKNETT, *Readings*³ ecc., cit., p. 215; WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 15.

⁽¹⁸⁾ A pp. 91 ss., 95 s. dell'*op. cit.*, il JOHNES riferisce il parere di altri giuristi (MILLER, BICKERSTETH, VIZARD), tutti in senso critico sulla efficacia della prova testimoniale non assunta oralmente e direttamente dal giudice.

Sul metodo dell'esame dei testi *in equity*, cfr. pure BLACKSTONE, in POUND e PLUCKNETT, *Readings*³, cit., pp. 455 s.; e ancora GRESLEY, *A treatise*, cit., p. 379; ultimamente ad es. J.E. TRACY, *Handbook of the law of evidence*, Englewood Cliffs, N.J., 1952 (4^a ristampa, 1960), p. 157.

⁽¹⁹⁾ *Supra*, in questo paragr., nota 10.

⁽²⁰⁾ *Op. cit.*, p. 90: « Instead of being examined in open court by hostile counsel, and without time to prepare himself by his own reflections or the promptings of friends, all the questions are put to him in writing; he has leisure to exert his cunning on the fabrication of a false and fraudulent reply — which is eventually cast into due technical form by his counsel, who, with professional skill, may exclude all admissions calculated to affect his interests, expose him to costs, or injure him in any way ».

⁽²¹⁾ Sul « right of cross-examination [*scilicet*, dei testi] by counsel » come un diritto che, all'inizio del '700, si trova come ormai definitivamente impostosi nei processi delle *Courts of common law*; e su detto diritto delle parti come lo strumento « che dette alla nostra legge in tema di prove il privilegio di possedere il più efficace espediente che mai sia stato escogitato per la scoperta della verità », cfr. WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 237.

SLEY⁽²²⁾, certo non potrebbero inserirsi in quella corrente riformatrice che, nella prima metà dell'ottocento inglese, fece capo alla scuola benthamiana, anch'essi tuttavia dovevano riconoscere che il vigente sistema era « inefficiente nella ricerca della verità », non foss'altro perché « ogni persona, che abbia pratica dell'esame dei testi fatto [nelle *Courts of common law*] a viva voce, sa bene quanto ogni successiva domanda dipenda dal tenore delle precedenti risposte, e come sia assolutamente impossibile che domande preparate in anticipo, ancorché formulate colla massima acutezza d'ingegno, possano prevedere e provvedere a tutti quegli svolgimenti e variazioni, che accadono in quasi tutti gli interrogatori »⁽²³⁾.

III. Precedentemente alle riforme, delle quali nelle prossime pagine diremo, la situazione del processo inglese per ciò che riguarda la prova testimoniale, in generale, e l'utilizzazione del sapere delle parti a scopo di prova, in particolare, può dunque così sintetizzarsi:

a) processo delle *Courts of common law*. L'istituto della giuria⁽²⁴⁾ aveva esplicato la sua influenza da un lato nel senso, che la prova testimoniale non potesse assumere quel carattere scritto e formale, che aveva invece nel processo delle *Courts of equity* dove il giudice si limitava a prender visione dei verbali redatti dagli *examiners* (o dai *commissioners*, quando la prova

(22) Fin dalla dedica del suo *Treatise* cit. (1836), il GRESLEY si professava fervido ammiratore di quel Lord Chancellor ELDON, che certo non godeva delle simpatie dei riformatori, dei quali per venticinque anni ha bloccato ostinatamente tutte le legittime aspirazioni, cfr. WIGMORE, *A treatise*³, VIII, cit., p. 174; DICEY, in POUND e PLUCKNETT, *Readings*³, cit., pp. 247 s.; JENKS, *A short history*⁵, cit., p. 357.

(23) Così GRESLEY, *op. cit.*, pp. 55, 56; ved. poi le proposte di riforma dal GRESLEY formulate a pp. 383 ss.: proposte in verità assai più modeste di ciò che il movimento riformatore chiedeva e che, pochi anni dopo la pubblicazione del trattato del GRESLEY, avrebbe realizzato.

(24) Istituto che, come è noto, mancava nel processo delle *courts of equity*, cfr. per tanti JENKS, *A short history*⁵, cit., pp. 166, 167; HANBURY, *English Courts of Law*², cit., pp. 114, 123, 127 s.

doveva assumersi a più di venti miglia da Londra) ⁽²⁵⁾; dall'altro lato, e a causa di una certa sfiducia nella esperienza e capacità di discernimento dei giurati ⁽²⁶⁾, nel senso di sottrarre però all'apprezzamento dei giurati il sapere delle parti (salva la *admission* spontaneamente resa) e dei terzi aventi un, anche minimo, interesse economico (*pecuniarily interested*) nel caso ⁽²⁷⁾, sottraendo parti e terzi interessati all'istituto della *examination* e *cross-examination* svolgentesi *viva voce* in sede di dibattimento orale (« in open court »);

b) processo delle *Courts of equity*. Per la maggior fiducia nel « giudice togato », e per l'influenza altresì del sistema processuale canonico, era qui ammesso un interrogatorio delle parti a scopi probatori o anche probatori, epperò con struttura ed effetti rigidamente formali ed unilaterali (mera possibilità di provocare una confessione della parte interrogata, ma non anche una testimonianza favorevole alla parte stessa o comunque liberamente valutabile). La stessa prova testimoniale, pur riferendosi ai terzi, aveva del resto come già s'è visto carattere sostanzialmente scritto e formale, anche (entro certi limiti) per gli effetti che da essa il giudice poteva derivare ⁽²⁸⁾: donde i gra-

⁽²⁵⁾ *Supra*, testo e nota 17. In particolare sugli *examiners of the court* cfr. GRESLEY, *A treatise*, cit., pp. 50 ss.; e sulla *commission to examine witnesses*, *Id.*, *op. cit.*, pp. 69 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. ad es. ancora GRESLEY, *A treatise ecc.*, cit., p. 241 (« ... however rightly mere prudence might forbid its being submitted to the inexperience of a jury »).

⁽²⁷⁾ Irrilevante era l'ammontare economico dell'interesse: bastava anche « il più minuto » e « insignificante » interesse economico al risultato del verdetto e della causa, perché il soggetto interessato dovesse ritenersi *incompetent witness*. Cfr. WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 689; e ved. già TH. STARKIE, *A practical treatise of the law of evidence*³, I, London, 1842, p. 129; ed ora EDMUND M. MORGAN, *Basic problems of evidence*, I, Philadelphia, Pa. [American Law Institute], 1954, p. 83.

⁽²⁸⁾ Diversamente da ciò che avveniva nel processo delle *Courts of common law*, dove l'esistenza stessa dell'istituto della giuria tendeva ad imporre — anche se la storia dimostra che, almeno fino alla metà del '600, non sempre è riuscita pienamente ad imporre, cfr. WIGMORE, *A treatise*³, VII, Boston, 1940, pp. 247 ss., 250 ss. — libertà di valutazione della prova testimoniale assunta *viva voce* all'udienza (cfr. WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 236; e più diffusamente *Id.*, *A treatise*³, VII,

vissimi e generalmente riconosciuti e combattuti inconvenienti del processo *in equity*, che pur sotto un certo profilo, ossia con riguardo alla possibilità di utilizzare ancorché imperfettamente il sapere delle parti, si rivelava superiore a quello delle *Courts of common law*, tant'è vero che proprio questa superiorità è stata, nei secoli passati, la causa del consolidamento di una parte della *equity jurisdiction* ⁽²⁹⁾.

§ 2. *Le leggi riformatrici: lo Statute 6 & 7 Victoria, cap. 85 (« Lord Denman's Act »), del 1843; lo Statute 9 & 10 Victoria, c. 95 del 1846 sulle County Courts; lo Statute 14 & 15 Victoria, c. 99 (« Lord Brougham's Act »), del 1851; lo « Evidence (Scotland) Act, 1853 »; lo Statute 32 & 33 Victoria, c. 68 (« Evidence Further Amendment Act »), del 1869 ecc.: abolizione della regola che vietava la testimonianza delle parti e degli altri soggetti interessati.*

1. È manifesto, dopo quanto s'è detto, quale dovesse essere il duplice proposito delle riforme legislative, sopravvenute

cit., pp. 241 ss.); la *Chancery* e la *Admiralty Courts* normalmente accoglievano invece il sistema canonico della prova legale e della « valutazione numerica » anziché qualitativa dei testi: e così accoglievano, in fra l'altro, il tradizionale principio del diritto canonico richiedente almeno due testi a prova di ogni allegazione, cfr. ancora WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., pp. 15 s., e VII, cit., pp. 241 ss., 243 ss.; anche GRESLEY, *A treatise*, cit., pp. 4 s., con riferimenti giurisprudenziali.

⁽²⁹⁾ Come già s'è annotato (*supra*, premessa alla parte I, nota 1), una almeno delle tre materie (ricordo il distico attribuito a Sir Thomas MORE: « three things are to be judged in Court of Conscience - covin, accident, and breach of confidence ») affidate alla *equity jurisdiction*, venne consolidandosi come tale proprio per ciò che in tema di « covin » (*fraud, circumvention*) soltanto le parti, molte volte, sono al corrente dei fatti: onde l'aprioristica rinuncia alla loro testimonianza, avrebbe significato rinuncia a render giustizia. Cfr. ad es. HAYNES, in POUND e PLUCKNETT, *Readings*³, cit., pp. 528 ss. S'aggiunga che esistevano addirittura autonomi procedimenti, instaurabili davanti alle Corti di *equity* dalle parti di un processo di *common law*, e aventi « il solo scopo di ottenere la *discovery* » e quindi « di far luogo a prove da usarsi nel dibattimento di una azione di *common law* », cfr. (per tanti) MILLAR, *Civil procedure* ecc., cit., p. 204; anche E.C. CONRAD, *Modern trial evidence*, II, St. Paul, Minn., 1956, p. 118 testo e note 2, 4. Come si vede, la storia stessa della *equity jurisdiction* è una continua dimostrazione del

sull'impulso della scuola benthamiana. Esse infatti, come meglio vedremo in questo e nel prossimo paragrafo, furono intese:

a) a togliere di mezzo, anche nel processo delle *Courts of common law*, quel *privilege* delle parti ⁽¹⁾ e in genere quella *disqualification* dei « soggetti interessati », che li sottraeva alla *cross-examination* (cfr. in prosieguo il presente paragrafo);

b) a introdurre, anche nel processo delle *Courts of equity*, detta *cross-examination* (orale), con riguardo sia alle parti, sia ai terzi (interessati o non interessati rispetto all'oggetto della controversia) (cfr. il paragrafo seguente).

Entrambi i propositi furono raggiunti per gradi, epperò in un assai breve periodo d'intensa attività legislativa, mediante una serie di leggi (*statutes*) delle quali intendo qui rapidamente parlare: non senza avere prima avvertito il lettore che siffatto importante movimento legislativo, s'inserisce in quello, più vasto, che nello stesso periodo ⁽²⁾ fu inteso ad operare una integrale riforma del sistema processuale delle Corti sia di *equity* che di *common law*, e che ebbe un duplice fine e risultato, quello del miglioramento e snellimento della procedura, e quello di un notevole se pur non completo avvicinamento dei sistemi adottati dalle Corti di *equity* e di *common law*, sistemi che, come in parte s'è visto, erano per l'innanzi profondamente differenziati ⁽³⁾. Movimento, quest'ultimo, conclusosi in quei « *Judicature Acts* » che, a partire dal 1873 (cfr. il *Judicature Act, 1873 — 36 & 37 Vict. ch. 66 —, sections da 3 a 5*), realizzarono la lungamente dibattuta e da molte parti propugnata unificazione organica e, pressoché integralmente, anche procedurale, dei

fatto, che nessun ordinamento è in grado di impostare effettivamente il proprio sistema probatorio prescindendo da qualsiasi mezzo di utilizzazione probatoria del sapere delle parti.

⁽¹⁾ *Supra*, § I, nota 10.

⁽²⁾ Vanno ricordati soprattutto i *Common Law Procedure Acts* del 1852, 1854 e 1860 e il *Common Law Courts Act* del 1852, quanto alle *Courts of common law*, nonché i *Chancery Amendment Acts* del 1852 e 1858. Cfr. JENKS, *A short history*⁵, cit., pp. 366 ss.

⁽³⁾ Cfr. ancora JENKS, *A short history*⁵, cit., pp. 365 s.

vari tribunali superiori, coordinati ormai in una unica *Supreme Court of Judicature*, repartita in un organismo (normalmente) di primo grado, la *High Court*, di cui la vecchia *Chancery Court* venne a costituire una semplice sezione o *Division*, e uno di secondo grado, la *Court of Appeal* (4).

II. S'è già avuto occasione di rilevare (5) come e perché in Inghilterra la teoria della « incapacità » dei *terzi interessati*, ad essere sentiti come testi, sia penetrata nella prassi delle *Courts of common law* assai dopo di quella, che escludeva l'interrogatorio e quindi la testimonianza delle stesse *parti*; e s'è anche detto che, per la stessa ragione, accade di vedere come già ordinamenti, nell'opposto movimento di liberalizzazione ed espansione della prova testimoniale, spesso operino prima nei confronti della prova *stricto sensu* testimoniale (testimonianza dei terzi), e solo in un secondo tempo anche nei confronti della testimonianza delle parti (6).

Questo fenomeno si ritrova nella storia moderna dell'ordinamento processuale inglese di *common law*, con particolare riguardo alla testimonianza, rispettivamente, dei terzi « interessati » e delle parti. Un primo tentativo, infatti, se non proprio di rimuovere per lo meno di circoscrivere la portata della regola escludente l'ammissibilità della testimonianza dei terzi che in qualche modo potessero ritenersi interessati economicamente all'esito della causa in generale, e del verdetto in particolare, fu fatto fin dal 1833 con una legge intitolata *Act for the further amendment of the Law and the better advancement of Justice* (3 & 4 *Gulielmi IV*, c. 42) (7). Ma questo statuto,

(4) JENKS, *A short history*², cit., pp. 372 ss. Cfr. anche G. GORLA, *Il contratto*, II, Milano, 1954, pp. XI-XII.

(5) *Supra*, parte I, § 21, II, testo e nota 4 a.

(6) Parte I, § 21, II.

(7) WADDILOVE, *On the amendment ecc.*, cit., p. 5; [Edmund] POWELL'S *Principles and practice of the law of evidence*, 10th edition by William B. ODGERS and Walter B. ODGERS, London, 1921, p. 172; un cenno anche in WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 525 in nota. Lo statuto può leggersi in *The Statutes of*

che sostanzialmente tendeva soltanto a rendere meno frequente la mancata ammissione della testimonianza di terzi per ragioni d'interesse, fu presto superato dal già ricordato *Lord Denman's Act* del 22 agosto 1843 (6 & 7 *Vict.*, capitolo 85), il quale aboliva completamente la « disqualification » delle persone interessate, pur lasciando fermo invece il divieto della deposizione resa dalla parte medesima o dal coniuge della parte⁽⁸⁾. Lo statuto del '43 incisivamente così motivava la importante riforma da esso apportata: « poiché la ricerca della verità nelle corti di giustizia è spesso ostruita dalle incapacità [a testimoniare] create dalla legge fino ad ora vigente; e poiché è invece desiderabile che piena informazione dei fatti controversi⁽⁹⁾ sia resa davanti alle persone che sono investite del compito di decidere le cause⁽¹⁰⁾, sia penali che civili, e che a dette persone sia rimesso il compito di valutare la credibilità dei testi addotti e la verità della loro testimonianza »; e sulla base di

the United Kingdom of Great Britain and Ireland, 3 & 4 William IV, 1833, London, 1833, pp. 272 ss.

(8) WADDILOVE, *On the amendm.*, cit., pp. 5 s.; W.M. BEST, *The principles of the law of evidence*, 12th edition by S.L. PHIPSON, London, 1922, pp. 107, 159; POWELL's *Principles*¹⁰, cit., p. 173; WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 525. Lo statuto (« an Act for improving the Law of Evidence »), che espressamente escludeva la sua estensione alla Scozia, può leggersi in *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, 6 & 7 Victoria, 1843, London, 1843, pp. 551 s.*

(9) « Facts in issue ». Basterebbe questa formula per far intravedere come il processo civile inglese, e in esso l'istituto dell'esame dei terzi e delle parti a scopo di prova, pur nelle trasformazioni di cui stiamo parlando non fossero tuttavia destinati ad essere retti dal principio inquisitorio inteso in senso sostanziale (cfr. *supra*, parte I, sez. II, § 4; e ved. per tanti GORLA, *Il contratto*, II, cit., pp. X-XI). La *examination* dell'ordinamento processuale civile inglese, al pari di quella dell'ordinamento americano, non è infatti uno strumento suscettivo di portare alla scoperta di fatti giuridici (« principali ») diversi da quelli « in issue », di fatti giuridici insomma dei quali il giudice possa tener conto senza la (volontaria) allegazione di parte (*supra*, parte I, sez. II, cap. I).

Sul concetto di *facts in issue*, cfr. per tutti CROSS, *Evidence*, cit., pp. 1 s.; [S.L.] PHIPSON, *On the law of evidence*, 9th edition by Sir R. BURROWS, London, 1952, p. 55 (ove può leggersi come anche nella dottrina anglosassone i *facts in issue* siano « talvolta chiamati pure *principal facts* »).

(10) Sembra qui ben chiara l'implicita condanna del sistema degli *examiners*, adottato dalle *Courts of equity* (*supra*, paragr. precedente).

questa motivazione stabiliva che « d'ora in poi nessuna persona, addotta come testimone, potrà essere esclusa dal rendere testimonianza in ragione di incapacità dipendente da crimine ⁽¹¹⁾ o da interesse », ferma restando la « incompetenza » a testimoniare della parte, e del marito o moglie di essa.

III. Ma anche ciò che rimaneva della *rule of disqualification*, ossia l'esclusione della testimonianza delle parti e dei coniugi delle parti, era ormai destinata ad aver breve vita.

Un primo, assai importante passo, considerato anche quale un esperimento preliminare all'abolizione generale di quella regola, fu compiuto nel 1846 ⁽¹²⁾. È infatti di quell'anno il *County Courts Act (9 & 10 Vict., chapter 95)* il quale, disciplinando costituzione, giurisdizione e procedimento di quelle Corti che potrebbero, *grosso modo*, farsi corrispondere alle nostre Preture ⁽¹³⁾, disponeva che in detto procedimento tutti i soggetti, comprese le parti e i coniugi delle parti, potessero ritenersi *competent witnesses*, e come tali soggetti alla *cross-examination* ⁽¹⁴⁾.

L'esperimento ebbe pieno e generalmente riconosciuto suc-

⁽¹¹⁾ Le persone condannate per delitto erano escluse, fintantoché stessero scontando la pena (ed anche dopo averla scontata, fino alla riforma su tal punto apportata dal *Civil Rights of Convicts Act* del 1828, cfr. Cross, *Evidence*, cit., p. 169), dal rendere testimonianza, in quanto presunte non fededegne. Era questa la seconda delle due fondamentali ragioni — l'altra essendo costituita dall'interesse — di esclusione della testimonianza dei terzi, cfr. WADDILOVE, *On the amendm.*, cit., pp. 4 s. La sua soppressione rientra, evidentemente, nel quadro del generale movimento di liberalizzazione del sistema probatorio, corrispondente ad un'aumentata fiducia nel criterio valutativo del giudice (o della giuria).

⁽¹²⁾ Analogo esperimento, come vedremo, e coronato da analogo successo sarà fatto in Austria, colla legge del 27 aprile 1873 sul processo bagatellare. Cfr. *infra*, sez. II, §§ 2 e 3.

⁽¹³⁾ Si trattava (e si tratta) infatti di tribunali periferici, aventi il compito di decidere le cause di minor valore. Cfr. per riferimenti anche storici JENKS, *A short history*², cit., pp. 380 ss.; per notizie più dettagliate e aggiornate, ad es. la voce *County Courts* (di G.B. LAILEY, K.E. SHELLEY e H. BOWN, aggiornata da Ph. F. SKOTTOWE) in *The English and Empire Digest, Replacement* volume 13, London, 1959, pp. 363 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. per tanti WADDILOVE, *On the amendment*, cit., p. 6; WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 525; BEST, *The principles*¹², cit., pp. 163 s.; POWELL'S *Principles*¹⁰, cit., p. 173.

cesso (¹⁵): ond'è che, a distanza di pochi anni, il potere legislativo approvò un progetto — dovuto principalmente a quel Lord Chancellor BROUGHAM che abbiám visto essere stato, al pari del Lord Chief Justice DENMAN, uno dei più efficaci discepoli della scuola benthamiana —, in base al quale la regola adottata nel procedimento delle *County Courts*, veniva accolta come norma generale per tutti i processi civili. La *section 2* di quello, ch'è comunemente conosciuto come *Lord Brougham's Act (14 & 15 Vict., ch. 99)* (¹⁶) stabiliva — e, poiché è sempre rimasto in vigore, stabilisce (¹⁷) — infatti che, nei procedimenti svolgentisi davanti a « qualsiasi Corte di giustizia », le parti in causa possano ritenersi capaci (*competent*), e possano (su richiesta dell'avversario) essere indotte (*compellable*) a rendere testimonianza; aggiungendo che ciò debba accadere « secondo la pratica della singola Corte » e quindi « o viva voce », ossia colla tecnica della *examination* e *cross-examination*, oppure « *by deposition* » ossia colla tecnica, già esaminata, ancor prevalente nelle *Courts of equity* (cfr. *supra*, § 1, II-III; ma ved. anche *infra*, sub § 3, D); e concludendo che tutto ciò possa avvenire sia in favore che contro l'interesse della parte interrogata (« on behalf of either or any of the parties to the said suit, action or other proceeding »), ond'era puntualmente esclusa la possibilità che l'istituto fosse da interpretarsi quale uno strumento esclusivamente o prevalentemente inteso, al pari del *discovery by inter-*

(¹⁵) Cfr. WADDILOVE, *op. et loc. cit.*; ved. anche un brano del rapporto redatto nel 1853 da una Commissione legislativa, riportato in WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 689. Del pari, pieno successo fin dal 1848 dimostrava di aver ottenuto la riforma del 1843, cfr. il rapporto redatto in quell'anno dalla Commissione della « Society for promoting the amendment of the law », riportato in *The code of civil procedure of the State of New York. Reported complete by the Commissioners on practice and pleadings*, Albany, 1850, p. 720; lo stesso rapporto attestava pure il successo pratico della riforma del 1846, cfr. *ibid.*, p. 722.

(¹⁶) Cfr. su detto statuto ad es. WADDILOVE, *On the amendm.*, cit., p. 6; WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 525; BEST, *The principles*¹², cit., pp. 107, 164; POWELL's *Principles*¹⁰, cit., p. 173.

(¹⁷) Cfr. il vol. VI (A.D. 1850-1859) di *The Statutes, third revised edition* [Printed by Authority], London, 1950, p. 109.

rogatories, a promuovere una confessione. Le eccezioni alla regola contenute nella *section 3* dello statuto, si riferivano ai soli processi penali, ond'esse non vengono qui in considerazione ⁽¹⁸⁾ a differenza dalle eccezioni disposte dalla *section 4*, dov'era stabilito che la testimonianza della parte dovesse permanere esclusa nelle cause per violazione di promessa di matrimonio o conseguenti ad adulterio: eccezioni che, come vedremo, saranno esse stesse ben presto abolite (*infra, sub V*), e che furono peraltro

(18) Parrà forse strano il fatto che, quanto al processo penale, il diritto inglese abbia ammesso la testimonianza dell'imputato assai dopo di avere ammesso la testimonianza delle parti nel processo civile, e precisamente soltanto nel 1898 (*Criminal Evidence Act. 1898, section 1*; ma in realtà, già tra il 1872 e il 1898 ben ventotto statuti erano andati apportando notevoli eccezioni alla vecchia regola, cfr. per tanti BEST, *The principles*¹², cit., pp. 535 ss.; NOKES, *An introduction to evidence*², cit., pp. 138 s., 353; CROSS, *Evidence*, cit., p. 170). Vero è che, se l'esclusione della testimonianza della parte nel processo civile era giustificata dal solo fatto dell'interesse (e quindi della scarsa credibilità) della parte, l'esclusione stessa in sede penale era giustificata, o sembrava esserlo, anche da un'altra (e nella storia dell'ordinamento inglese, sempre assai vivamente sentita) ragione: quella, cioè, espressa dal motto *nemo tenetur prodere seipsum* (CROSS, *Evidence*, cit., pp. 170, 227 ss.; BEST, *The principles*¹², cit., p. 172). Ma alla fine era divenuto ben chiaro che quello, ch'era nato come un privilegio (« the privilege against self-incrimination ») in favore dell'imputato e della sua libertà personale, si rivelava in realtà le più volte piuttosto come un suo scantaggio, in quanto inteso altresì quale divieto della sua « self-exculpation » ossia come proibizione di rendere testimonianza in suo proprio favore: cfr. ancora BEST, *The principles*¹², cit., p. 540, che parla della riforma del 1898 come di atto che « has proved itself to be a highly successful piece of legislation »; CROSS, *Evidence*, cit., pp. 170 ss.; NOKES, *An introduction*², cit., p. 353. Il sistema ora adottato, e in vigore dal 1898, è che l'accusato possa soltanto se lo chiede essere sottoposto alla *examination*: in altri termini, l'imputato è « competent witness » soltanto « for the defence », può essere quindi chiamato a testimoniare soltanto dalla sua difesa (sottoponendosi peraltro, in tal caso, anche ai rischi della *cross-examination* da parte dell'accusa), ma non anche « for the prosecution against himself », cfr. NOKES, *An introduction*², cit., pp. 139, 352 ss.; BEST, *The principles*¹², cit., pp. 538 ss.; CROSS, *Evidence*, cit., pp. 170 s. In sede penale pertanto, diversamente che in sede civile (dove la parte può esser chiamata dall'avversario a deporre in veste di testimone), la parte è « competent » ma non anche « compellable witness », cfr. CROSS, *Evidence*, cit., p. 170 *i.f.* Del tutto analogo è in argomento l'ordinamento degli Stati Uniti d'America, cfr. ad es. LEWIS MAYERS, *The American legal system. The administration of justice in the United States by judicial, administrative, military, and arbitral tribunals*, New York, 1955, pp. 161-163; McCORMICK, *Handbook of the law of evidence*, cit., p. 144; fa però eccezione lo Stato della Georgia, dove l'imputato continua ad essere *incompetent witness*, cfr. MORGAN, *Basic problems of evidence*, I, cit., p. 82.

fatte subito oggetto di vivace critica da parte dei più rigorosi assertori del pensiero, che già aveva portato alle fondamentali riforme del 1843, del 1846 e del 1851 ⁽¹⁹⁾.

A parte comunque queste ultime eccezioni, può pertanto ormai dirsi che, col 1851, il processo di demolizione della regola escludente la testimonianza delle parti e in generale dei soggetti interessati si era, nel sistema processuale civile inglese, praticamente concluso. Rimaneva però una piuttosto strana anomalia, poiché s'è visto che il *Lord Denman's Act* del 1843, se aveva come regola generale abrogato la *disqualification* dei terzi interessati, aveva lasciato in piedi il divieto, oltreché della testimonianza della parte, anche di quella del coniuge della parte: *quia sunt duae animae in carne una*, secondo l'antica spiegazione ⁽²⁰⁾. Nulla tuttavia prevedeva il *Lord Brougham's Act, 1851*, a proposito di quest'ultimo divieto; epperò fu lo stesso Lord BROUGHAM che, già nel 1853, riuscì a far approvare il c.d. « *Evidence Amendment Act, 1853* » (16 & 17 Vict., ch. 83) ⁽²¹⁾, a norma del quale, nei processi civili davanti a « qualsiasi Corte di giustizia », anche i coniugi delle parti in causa dovevan potersi ritenere « *competent and compellable* » a rendere testimonianza, sempre secondo la tecnica adottata dalla data Corte ossia « *viva voce or by deposition* ». L'emendamento faceva tuttavia salvo il diritto del coniuge a mantenere il segreto su « ogni comunicazione fattagli, durante il matrimonio », dall'altro coniuge ⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ Ved. infatti ad es. la critica del WADDLOVE, *On the amendm.*, cit. (1864), pp. 3 ss., 6 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. ad es. GRESLEY, *A treatise*, cit., p. 245.

⁽²¹⁾ Cfr. ancora WADDLOVE, *On the amendm.*, cit., pp. 6 s.; WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 525; BEST, *The principles*¹², cit., pp. 107 s., 167 s.; POWELL'S *Principles*¹⁰, cit., pp. 181 s.; anche Z. COWEN e P.B. CARTER, *Essays on the law of evidence*, Oxford, 1956, p. 222. Lo statuto del 1853 è chiamato anche *Lord Brougham's second Evidence Act*.

⁽²²⁾ Cenni storici e critici su questa eccezione, possono vedersi ad es. in HALSBURY'S *Statutes of England* (2^a ed., a cura di Sir R. BURROWS), vol. 9, London, 1949, p. 573. Per un'interpretazione della portata, assai limitata così com'è intesa dalla giurisprudenza inglese, dell'eccezione, cfr. CROSS, *Evidence*, cit., pp. 236 s.,

IV. Come, per quanto vedremo (*infra*, § 4), in quegli stessi anni il movimento riformatore penetrava, sull'esempio inglese, anche negli Stati Uniti d'America; così esso era destinato a ripercuotersi, oltreché nelle varie parti extrainsulari dell'Impero britannico, nel sistema processuale scozzese. Mi limiterò a ricordare il c.d. *Evidence (Scotland) Act, 1853*, (« An Act to alter and amend an Act of the Fifteenth Year of Her present Majesty for amending the Law of Evidence in Scotland »), ossia lo *Statute 16 & 17 Victoria, chapter 20*, del 9 maggio 1853, il quale dichiarava *competent witness* « ogni parte » nonché « il marito o la moglie di ogni parte » in « qualsiasi azione o processo [civile] in Scozia »⁽²³⁾; mentre già prima, e cioè coll'*Evidence (Scotland) Act, 1852* (« An Act to amend the Law of Evidence in Scotland », *15 & 16 Vict., ch. 27*, del 17 giugno 1852), la legge scozzese, che al pari della inglese anteriormente al 1843 (*supra*, *sub* II), escludeva la testimonianza dei « terzi interessati » nonché dei soggetti che stessero scontando una pena detentiva, fu emendata nel senso che *crime and interest* non fossero più considerabili quali ragioni di inammissibilità della testimonianza⁽²⁴⁾.

V. Rimaneva un ultimo passo ancora da compiere: l'abolizione di quelle eccezioni, delle quali poco sopra s'è fatto parola (*sub* III).

Questo fu appunto il compito assolto dall'*Evidence Further Amendment Act, 1869* (*32 & 33 Victoria, ch. 68*). Esso rese ammissibile la testimonianza delle parti anche nelle cause per vio-

e NOKES, *An introduction*², cit., pp. 181 s. (entrambi tuttavia critici sulla opportunità della eccezione stessa). Basti qui dire che per comunicazioni debbono intendersi sol quelle, aventi il carattere della confidenzialità (« *confidential statements* »); e che soltanto la parte, *alla quale* la comunicazione sia stata fatta, può valersi, *se crede*, del *privilege* di mantenere il segreto sulla comunicazione medesima.

⁽²³⁾ Cfr. *The Statutes*, third revised ed., vol. VI, cit., pp. 199 s.

⁽²⁴⁾ Cfr. *The Statutes*², VI, cit., p. 135.

lata promessa di matrimonio, coll'espressa disposizione peraltro che detta testimonianza, in quanto resa dall'attore a prova della promessa di matrimonio, non dovesse considerarsi prova da sé sola sufficiente, ma dovesse essere « corroborata » da altra prova ⁽²⁵⁾: onde potremmo dire che da quella testimonianza potessero (e possano) desumersi soltanto « argomenti di prova », se non fossimo contrari alla tesi che vede in siffatti argomenti una sorta di *semiplena* o *levior probatio*, o, se si preferisce, di prova « ausiliaria » o « incompleta » ⁽²⁶⁾. Lo stesso statuto inoltre rese ammissibile la testimonianza vuoi delle parti vuoi dei coniugi delle parti, nelle cause conseguenti ad adulterio, lasciando peraltro fermo il diritto sia delle parti, sia dei terzi, di non rispondere a domande intese a dimostrare essere il soggetto interrogato colpevole di adulterio ⁽²⁷⁾.

§ 3. *Introduzione della cross-examination orale nel processo delle Corti di equity. I Judicature Acts e l'unificazione del sistema processuale inglese (cenni sugli svolgimenti del trial by jury). Sopravvivenza dell'interrogatorio formale (discovery by interrogatories) accanto all'istituto della examination delle parti come testi.*

⁽²⁵⁾ Cfr. la *section 2* (rimasta sempre in vigore) dell'*Evidence Further Amendment Act, 1869*, riportata ad es. in HALSBURY'S *Statutes of England*², vol. 9, cit., p. 594; ivi anche l'annotazione che « questo è l'unico esempio in cui è richiesta una *corroborative evidence* » (ma ved., per qualche benché raro caso ulteriore, *Cross. Evidence*, cit., pp. 124 ss., 130 ss.), in cui cioè la legge disponga che la testimonianza di un solo soggetto, in particolare della parte, non possa considerarsi prova da sé sola sufficiente; l'annotatore avverte poi che la *corroborative evidence* può nella specie consistere in una prova tale che, da sé sola, sarebbe insufficiente a provare la violata promessa di matrimonio, e così ad es. nella condotta del convenuto, o in argomenti desumibili da sue lettere, ecc. (conforme ad es. il *Cross. Evidence*, cit., pp. 129 i.f.-130 in.).

⁽²⁶⁾ *Supra*, parte I, sez. I, § 5, nota 27.

⁽²⁷⁾ Cfr. la *section 3* dell'*Evidence Further Amendment Act, 1869*; e ved. ad es. BEST, *Principles*¹², cit., p. 169; POWELL'S *Principles*¹⁹, cit., pp. 173 s.

I. Il secondo aspetto del movimento riformatore fu quello inteso, come s'è già avvertito, ad operare precipuamente sul sistema processuale delle *Courts of equity*, realizzando la trasformazione di quel sistema — il quale, ispirato com'era al processo canonico, era scritto — in un sistema ispirato al principio della immediatezza, concentrazione ed oralità (*supra*, § 1, II e III; § 2, I).

Un assai notevole passo in questa direzione fu compiuto, anzitutto, dal *Chancery Amendment Act, 1852* (« An Act to amend the Practice and Course of Proceeding in the High Court of Chancery », del 1° luglio 1852: *15 & 16 Victoria, ch. 86*) ⁽¹⁾. Esso infatti ha attribuito a ciascuna delle parti nei processi davanti alla *Chancery Court*. il potere di chiedere che l'esame dei testi dovesse avvenire oralmente (*sections XXIX e XXX* dello statuto), anziché col rigido apparato formale di cui s'è parlato (*supra*, § 1, II-III). In tal modo era evitato, se anche una sola delle parti lo desiderava, l'inconveniente che le domande dovessero essere predisposte in anticipo e presentate per iscritto (« *written interrogatories* »); si attribuiva una maggiore dutilità dunque all'esame del teste, e ciò era accentuato dal fatto che le domande orali erano rivolte al teste dalle parti stesse o dalle loro difese, colla tecnica — come espressamente era detto nella *section XXXI* dello statuto — della « *Examination, Cross-examination, and Re-examination* », ossia nello stesso modo usato nelle Corti di *common law* ⁽²⁾. La riforma, tuttavia, era ben lungi dall'esser completa. A parte il fatto che la tecnica della *cross-examination* non era obbligatoria, ma rimessa alla discrezione delle

⁽¹⁾ Integralmente riportato in *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, 15 & 16 Victoria, 1852*, London, 1852, pp. 454 ss. Vedansi in particolare le sezioni XXVIII e ss. dello statuto, a pp. 460 s. Cenni in JENKS, *A short history*, cit., p. 371; MILLAR, *Civil procedure of the trial Court*, cit., p. 270; BEST, *The principles*¹², cit., p. 102.

⁽²⁾ *Section XXXI* cit.: « (...) and such Examination, Cross-examination, and Re-examination shall be conducted as nearly as may be in the Mode now in use in Courts of Common Law » ecc.

parti (come s'è detto) e della Corte medesima (*section XXVIII* dello statuto), il più grave difetto del nuovo sistema stava in ciò, che, diversamente da quanto per regola doveva accadere nelle *Courts of common law* ⁽³⁾, la deposizione non era resa all'udienza di dibattimento, di fronte dunque all'organo giudiziario investito della decisione: bensì di fronte all'*examiner* ossia a quell'ausiliario, del quale già sopra s'è detto (§ 1, II), che era incaricato di protocollare le deposizioni rese oralmente dai testimoni ⁽⁴⁾. È ben chiaro che, in tal modo, mancando l'immediatezza del contatto tra l'organo decidente e la prova, mancava ancora, altresì, una effettiva oralità (*supra*, parte, I, sez. I, § 9).

II. Anche quest'anomalia però, era ormai destinata a cadere. Essa rimase assorbita da quella generale unificazione organica (creazione di un'unica *Supreme Court of Judicature*) e dei procedimenti, della quale già s'è parlato (*supra*, § 2, I) quando s'è detto della politica legislativa conclusasi nei *Judicature Acts*, a partire da quello del 1873.

Il *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (36 & 37 Vict., c. 66) ⁽⁵⁾, accolse infatti sostanzialmente la proposta formulata nel rapporto redatto, nel 1869, dalla *Royal Commission*, nominata allo scopo di svolgere i lavori preparatorii destinati a concludere in termini legislativi il grande movimento riformatore ed unificatore: proposta consistente in ciò, che la *equity practice* della *Chancery Court* in tema di assunzione delle prove mediante gli *examiners*, dovesse lasciare il posto alla procedura adottata, ormai, da tutte le altre Corti, comprese le *Probate, Divorce e Admiralty Courts*. In altri termini, e come regola generale, la

⁽³⁾ Della differenza dà atto lo stesso statuto, *sect. XXXI, in fine*.

⁽⁴⁾ « The Depositions taken upon any such oral Examination as aforesaid shall be taken down in Writing by the Examiner, not ordinarily by Question and Answer, but in the Form of a Narrative » ecc.: *section XXXII* dello statuto.

⁽⁵⁾ Riportato in *The Law Reports. The Public General Statutes, passed in the thirty-sixth and thirty-seventh years of the Reign of Her Majesty Queen Victoria, 1873*, vol. VIII, London, 1873, pp. 306 ss.

prova testimoniale doveva essere assunta, anche nei procedimenti svolgentisi dinanzi alla *Chancery Division*, oralmente alla udienza di dibattimento, colla tecnica della *examination* e *cross-examination* ⁽⁶⁾.

III. Non sembrerà qui impertinente un rapido cenno a proposito dell'istituto della giuria, non foss'altro perché s'è già visto come proprio la particolare natura del *trial by jury* sia stata storicamente la causa, o una delle cause, di pregi e difetti del sistema probatorio di *common law*, e di una parte almeno delle differenze tra detto sistema e quello di *equity* (*supra*, § 1, III) ⁽⁷⁾.

(6) Cfr. per tanti BEST, *Principles*¹², cit., p. 102; JENKS, *A short history*⁸, cit., p. 378; MILLAR, *Civ. procedure of the trial Court*, cit., p. 270; e cfr. in particolare la sezione 36 delle *Rules of Procedure* annesse al *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (*The Law Reports*, VIII, cit., pp. 356 s.): « in the absence of any agreement between the parties, and subject to any Rules of Court applicable to any particular class of cases, the witnesses at the trial of any cause or at any assessment of damages, shall be examined *viva voce* and *in open court*, but the Court or a Judge may at any time for sufficient reason order that any particular fact or facts may be proved by affidavit, or that the affidavit of any witness may be read at the hearing or trial, on such conditions as the Court or Judge may think reasonable, or that any witness whose attendance in court ought for some sufficient cause to be dispensed with, be examined by interrogatories or otherwise before a Commissioner or examiner; provided that where it appears to the Court or Judge that the other party bona fide desires the production of a witness for cross-examination, and that such witness can be produced, an order shall not be made authorising the evidence of such witness to be given by affidavit ». È chiara la volontà del legislatore di circoscrivere e rendere del tutto eccezionale la vecchia pratica delle corti di *equity*, di assumere la prova mediante *affidavit*, e mediante risposte ad *interrogatories* assunte e verbalizzate da ausiliari dell'organo decidente.

(7) Si ricorderà in ispecie che proprio la particolare natura di un processo, nel quale il giudizio sui fatti era rimesso alla giuria, composta, in tempi passati, di persone per lo più illetterate, se da un lato aveva favorite lo sviluppo dell'istituto della *cross-examination* e in genere la valorizzazione della prova orale, assunta all'udienza di dibattimento (*supra*, parte I, sez. I, § 7 II), aveva però d'altro lato favorito altresì il formarsi di tutta una lunga serie di limiti e « privilegi » (di cui la *disqualification* delle parti e dei terzi interessati, non era che un esempio, anche se certamente il più importante), fondati sulla sfiducia nella capacità dei giurati di valutare serenamente e intelligentemente certe fonti e mezzi di prova. Ma proprio a questo proposito, e in relazione a quelli fra i suddetti limiti che tut-

Anche su questa delicata materia doveva, ovviamente, incidere il movimento unificatore ⁽⁸⁾. In effetti la *Royal Commission* aveva raccomandato, nel testé ricordato rapporto del 1869, non già l'abolizione *tout court* del *jury system*, ma la sua abolizione come unico o, quantomeno, ideale metodo di risolvere le *quaestiones facti* sorgenti nei processi civili. La Commissione faceva presente che, in un mondo in cui i rapporti economici sociali giuridici eran divenuti sempre più rapidi e complessi, in molti casi era ormai da ritenersi preferibile una decisione di siffatte questioni emessa direttamente dal giudice, o da periti o da arbitri ⁽⁹⁾: ond'essa proponeva che l'attore fosse libero di scegliere per o contro la presenza della giuria, affidando, in caso di opposizione del convenuto, la scelta alla discrezione della Corte. Le osservazioni e proposte della Commissione furono, per lo meno nelle loro linee sostanziali, accolte dal legislatore nel *Judicature Act, 1873*, come regola per il sistema processuale della nuova ed unificata *High Court* ⁽¹⁰⁾. Il risultato fu quello di una

tora permangono nella *law of evidence* inglese e nordamericana, scrive ora fra tanti altri il Cross, *Evidence*, cit., p. 2, che, come conseguenza dell'universale fenomeno della maggior diffusione della cultura, « oggi giorno le giurie sono più capaci di quanto non fossero in tempi passati, di valutare le prove: epperanto è da chiedersi se tutte queste norme limitatrici (*exclusionary rules*) [le quali, come l'autore diceva poco sopra, continuano ad essere « un tipico fattore della legge inglese sulle prove »], siano ancora necessarie ».

⁽⁸⁾ Per gli svolgimenti legislativi avvenuti, in materia, tra il 1858 e il 1873, cfr. ad es. MILLAR, *Civil procedure of the trial Court*, cit., pp. 269 s.

⁽⁹⁾ Cfr. JENKS, *A short history*⁵, cit., p. 377.

⁽¹⁰⁾ Cfr. la *section 57* del *Judicature Act* e le sezioni 30 e ss. delle annesse *Rules of procedure*; e ved. ad es., per rapidi cenni, JENKS, *A short history*⁵, cit., pp. 377 s.; Peter ARCHER, *The Queen's Courts*, Frome and London, 1956, pp. 170 s. Ma in realtà, molte precisazioni sarebbero necessarie per dare un esauriente panorama della materia di cui nel testo mi limito a fare sommario cenno; la quale è ulteriormente regolata da quelle *Rules of the Supreme Court* che, per un assai importante (e degno a mio avviso del più attento studio da parte del comparatista) potere legislativo delegato dai *Judicature Acts*, sono state emanate nel 1883 e periodicamente revisionate da un comitato (successivamente chiamato *Rule Committee*) ch'è ora composto di giudici della *Supreme Court* (il *Lord Chancellor*, il *Lord Chief Justice*, il *Master of the Rolls*, il Presidente della *Probate Division* e quattro altri giudici), affiancati da due *barristers* e da due *solicitors*, questi ultimi, al pari

immediata, e rapidamente progressiva diminuzione dei casi di *trial by jury*, fino al punto ch'esso può dirsi essere divenuto ormai, in Inghilterra, l'assoluta eccezione per quanto riguarda il processo civile ⁽¹⁾. E tuttavia il lettore non perderà di vista il fatto che quelli, che furono i principali contributi del sistema

dei quattro giudici, nominati dal *Lord Chancellor*. Ho detto e ripeto che si tratta di un assai importante potere — dalla dottrina inglese correttamente definito come *delegated legislation*, cfr. R. M. JACKSON, *The machinery of Justice in England*², Cambridge, 1953, p. 58 —, come risulterà chiaro a chi pensi che quelle *Rules*, che sono ogni anno raccolte nel testo emendato della *Annual Practice* (ultima ed.: London, 1959), costituiscono in ultima analisi il vero codice inglese di procedura (cfr. per tanti MILLAR, *Civil procedure ecc.*, cit., pp. 50 s.). E non esiterei a pensare che una parte almeno dei meriti, che sogliono attribuirsi al pratico funzionamento (se non anche allo studio scientifico) del processo civile in Inghilterra, sia proprio dovuta a quelle norme — soggette peraltro ad un controllo parlamentare — ed al fatto, che il *Rule Committee* deve riunirsi almeno una volta all'anno per prendere in esame quel pratico funzionamento e rapidamente provvedere, all'occorrenza, a mutamenti normativi (ved. sull'argomento maggiori dettagli in HALSBURY'S *Laws of England*³ [EARL OF HALSBURY, *The Laws of England*, 3^a ed. a cura del LORD SIMONDS], vol. 9, London, 1954, voce *Courts* [redatta da R. EVERSHER, V. M. R. GOODMAN, J. D. WATERS e J. H. ELLISON], p. 422).

Per precisazioni su quanto detto nel testo, posson consultarsi, oltre alle notizie riferite dal JENKS e dall'ARCHER, *opp. et locc. ult. cit.*, gli aggiornati riferimenti in HALSBURY'S *Laws of England*³, vol. 30, London, 1959, voce *Practice and Procedure* (a cura di G.S.A. WHEATCROFT, J.H.L. ROYLE ed altri), p. 376, sub nn. 700 e 701. Può interessare soprattutto — oltre al fatto che, benché anche la *Chancery Division* abbia il potere di disporre di *trial by jury*, accada normalmente che i processi richiedenti una giuria siano trasferiti ad altra sezione, specie alla *Queen's Bench* —, il fatto che gli statuti e le *Rules* hanno accentuato in materia i poteri discrezionali dell'organo giudiziario. Il *master*, infatti, normalmente può ordinare il *trial by jury* se lo considera opportuno; e solo in certi limitati casi l'una o l'altra delle parti può insistere per avere un processo civile con giuria (cfr., oltre agli autori già citati, ad es. A. K. R. KIRALFY, *The English legal system*², London, 1956, p. 280; JACKSON, *The machinery of Justice in Engl.*², cit., pp. 64 s.).

(¹) Così ad es. nel 1950 soltanto 39 su 978 casi dibattuti dinanzi alla *King's Bench*, ebbero un *trial by jury*; quanto poi alle *County Courts*, per le quali fu emanata in materia una regolamentazione analoga a quella della *King's Bench*, il risultato fu che già nel 1936, solo in sette casi su ben 28.221, si ebbe il *jury trial*, mentre nel 1949 e 1950 non si ebbe un solo caso di processo con giuria. Cfr. JACKSON, *The machinery*², cit., p. 65; Sir P. DEVLIN, *Trial by Jury*, London, 1956, pp. 129 ss.; KIRALFY, *The Engl. legal system*², cit., pp. 286-287, il quale ritiene che come conseguenza del fenomeno in parola, sia penetrata un'atmosfera di minor formalismo nel processo civile: il che potrà anche esser vero sotto certi riguardi, e particolarmente con riguardo a quelle *rules of exclusion ecc.*, di cui s'è testé detto nella

processuale di *common law*, collegati storicamente al metodo del *jury trial* — l'oralità cioè ed immediatezza e concentrazione del sistema probatorio —, rimasero e rimangono nel processo civile pur senza giuria. Scelgo, fra le tante testimonianze, quella del HAMSON⁽¹²⁾. Egli scrive appunto che, se è vero che il *trial by jury* è ormai eccezionale perfino nelle cause portate dinanzi alla *King's* (oggi *Queen's*) *Bench Division*, tuttavia « la giuria ha avuto, e continua ad avere, immensa influenza sulla procedura civile inglese. Benché materialmente assente, essa è moralmente presente. Anche se ormai normalmente accade che il giudice stesso sia incaricato di compiere quell'accertamento dei fatti, che una volta era il compito della giuria, rimane il fatto ch'egli procede a detto accertamento nello stesso modo come farebbe la giuria. La prova è prodotta [letteralm.: dispiegata] dinanzi a lui nello stesso modo come dinanzi alla giuria ». E ancora: « È nell'istituto della giuria civile, che deve vedersi l'origine di quel così impressionante fattore del dibattimento processuale civile inglese, quell'elemento che, agli occhi dell'osservatore continentale, dà al processo civile l'apparenza⁽¹³⁾ di una causa penale: ossia il metodo orale della prova, l'« *oralité de la preuve* ». È questa oralità della prova — continua, non senza buone ragioni come vedremo (*infra*, sez. III, cap. VI), il nostro autore —, ciò che

nota 7; purché si tengano però presenti anche gli enormi vantaggi, in ispecie l'oralità e immediatezza del sistema probatorio, per i quali il processo civile inglese deve considerarsi storicamente debitore del sistema ormai caduto in disuso, come s'è spiegato. Cfr. in argomento le appropriate osservazioni del HAMSON, *Civil proc. in France and England*, cit., pp. 415 ss., spec. 416 s., delle quali si parla in prosieguo nel testo.

(12) Egli è professore di diritto comparato all'Università di Cambridge. I brani riportati nel testo sono nell'*op. cit.*, pp. 416 s. — Veggansi anche, per tanti, GORLA, *Il contratto*, II, cit., pp. VIII-IX; P. ABEL e M. BRÜSCH, *Grundsätze des österreichischen und englischen Zivilprozesses in vergleichender Darstellung*, nella *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung, 1898-1948*, Wien, 1948, pp. 9 ss.

(13) Ma non anche la sostanza, perché nel processo civile inglese, come in quello nordamericano, è pienamente rispettato il principio dispositivo inteso in senso proprio o sostanziale. Ved. *supra*, § 2, nota 9.

costituisce il più grande contrasto tra un processo civile francese [o italiano, come potremmo aggiungere] e un processo civile inglese (...). La "audience" francese è un incidente sussidiario e quasi superfluo, mentre l'udienza di dibattimento (*hearing*) inglese è il momento critico centrale. È in detta udienza (...) che il giudice o la giuria inglese deve formarsi quell' "intimo convincimento", che deciderà le questioni di fatto», mentre invece «il giudice francese formerà la sua opinione successivamente, sull'esame di quel *dossier*, di cui non c'è l'equivalente nel processo civile inglese».

IV. Un ultimo episodio del movimento riformatore ed unificatore, di cui siamo andati seguendo gli aspetti per noi più interessanti, va messo in rilievo. Esso riguarda l'equivalente inglese della canonica *interrogatio per positiones* e quindi del nostro interrogatorio formale della parte: l'istituto, cioè, del *discovery by interrogatories* (detto pure *discovery of facts*, per distinguerlo dal *discovery of documents* del quale non ritengo qui necessario trattare), di cui già s'è detto com'esso fosse peculiare del sistema processuale adottato dalle *Courts of equity* (*supra*, § 1).

Posto di fronte all'alternativa di abolire l'istituto in parola, oppure d'introdurlo anche nel sistema delle *Courts of common law*, il movimento unificatore preferì seguire quest'ultima strada, ciò che avvenne per opera del *Common Law Procedure Act, 1854 (17 & 18 Victoria, chapter 125)* ⁽¹⁴⁾. Questa scelta fu poi confermata dai *Judicature Acts*, a partire da quello del 1873 ⁽¹⁵⁾; né successivamente, e fino ai nostri giorni, i lineamenti fondamentali dell'istituto furon mutati.

⁽¹⁴⁾ Cfr. la sez. 51 e ss. dello statuto, riportato in *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland. 17 & 18 Victoria. 1854*, London, 1854, pp. 794 ss.; e ved. JENKS, *A short history*⁵, cit., pp. 368 s.; BEST, *The principles*¹², cit., pp. 548 s.; anche MILLAR, *Civil procedure of the trial Court*, cit., p. 209; WIGMORE, *A treatise*², VI, Boston, 1940, pp. 423 ss.

⁽¹⁵⁾ Ved. la sez. 25 delle annesse *Rules of Procedure (The Law Reports, VIII, cit. [supra, nota 5] p. 355)*. Cfr. pure MILLAR, *op. cit.*, pp. 209-211.

Si tratta dunque tuttora di uno strumento scritto e rigidamente formale: ciascuna delle parti può, nella fase che precede e prepara il dibattimento, e previa autorizzazione giudiziale, sottoporre una serie d'interrogazioni scritte all'avversario, relativamente a fatti rilevanti in causa; e l'avversario è obbligato a rispondere ⁽¹⁶⁾, nel termine di dieci giorni o altro termine fissato dal giudice, normalmente mediante *affidavit* ossia per iscritto e sotto vincolo di giuramento. Scopo immediato dell'istituto è di promuovere la confessione (c.d. *formal admission*) ossia una prova che, pure nel processo civile inglese, è riconosciuta ancor oggi — in quanto resa nel modo che s'è detto, o anche altrimenti purché sempre « col deliberato proposito di dispensare l'avversario dall'onere della prova » ⁽¹⁷⁾ — come normalmente vincolante e incontrovertibile ⁽¹⁸⁾, salva la possibilità che il giudice

⁽¹⁶⁾ L'obbligo è sanzionato anche penalmente, nel senso che se la parte non risponde, o la risposta è insufficiente, l'avversario può chiedere al giudice un *order* inteso ad imporre detta risposta; il quale *order*, se non sarà obbedito, renderà la parte « liable to attachment »; cfr. l'*Order 31, Rules 11 e 21* delle *Rules of the Supreme Court*. La citata *Rule 21* aggiunge che, in caso di mancata obbedienza alla ordinanza giudiziale, il giudice potrà rigettare la domanda o non prendere in considerazione le difese della parte. — In generale sugli *interrogatories*, può vedersi ad es. [William B.] OGCERS' *Principles of pleading and practice in civil actions in the High Court of Justice*, 16th edition by B. A. HARWOOD, London, 1957, pp. 12, 274 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. per tanti NOKES, *An introd. to evid.*², cit., p. 49 (nonché a pp. 51 s. sui vari modi come può essere resa una *formal admission*, modi i quali non includono peraltro la *contra se declaratio* resa in sede di *examination* e *cross-examination* della parte: ved. in argomento anche *infra*, § 5 II). In mancanza di quel « deliberato proposito » si avrà, anziché la *formal admission*, una *informal admission*, la quale non è vincolante né incontrovertibile; cfr. ancora NOKES, *An introd. to ev.*², cit., p. 259; CROSS, *Evidence*, cit., p. 149; POWELL'S *Principles*¹⁰, cit., p. 372.

⁽¹⁸⁾ Cfr. per tutti CROSS, *Evidence*, cit., pp. 149 s.; NOKES, *An introd. to evidence*², cit., pp. 50 s., 259; PATISON *On the law of evidence*⁹, cit., pp. 236, 523; [Ernest] COCKLE'S *Cases and statutes on evidence*, 9th ed. by G. D. NOKES, London, 1957, pp. 460-462.

Un altro istituto inteso a promuovere *formal admissions*, è la *notice to admit facts* (*Rules of the Supreme Court, Order 32, Rule 4*). Si tratta anche qui di una scrittura, con cui ciascuna parte prima del *trial* può chiedere all'avversario se ammette determinati fatti. Qui però non c'è un *obbligo* di risposta (cfr., per tanti, POWELL'S *Principles*¹⁰, cit., p. 367): se però l'avversario senza ragionevole giusti-

nella sua discrezionalità ravvisi l'esistenza di ragioni tali da indurlo a permettere alla parte che l'ha resa di emendarla o di revocarla ⁽¹⁹⁾.

L'istituto, diversamente da ciò che potrebbe parere ad un osservatore frettoloso, non è peraltro in contrasto con quel « metodo orale della prova », del quale la dottrina inglese, come s'è visto (*sub* III), mena giusto vanto. È vero che si manifesta qui, nel processo inglese come pure in quello americano (veggasi *infra*, § 4), un fenomeno analogo anche se in certo senso inverso ⁽²⁰⁾ a quello che ci è noto oggigiorno in Italia, ossia la coesistenza di un interrogatorio *libero* (« examination »), della struttura del quale più diffusamente parleremo (*infra*, § 5), e di un interrogatorio *formale* (« interrogatories »). Resta però, tra il sistema nostro e quello anglosassone, una differenza fondamentale: il fatto, cioè, che il carattere *probatorio* del primo istituto, e più precisamente la integrale parificazione della parte agli altri testimonî (« party as witness ») quand'essa sia sottoposta all'interrogatorio non formale, è un'idea chiara da un secolo e indiscussa nella giurisprudenza, pratica e scientifica, del mondo anglosassone; così come chiaro e indiscusso è altresì il potere giudiziale di valutare liberamente, anche in favore della parte esaminata, le deposizioni da essa rese in sede di *examination*. Onde questo istituto, non stretto nei lacci di tutte quelle incertezze ambiguità contraddittorie che si sono manifestate invece nell'indagine condotta sull'analogo istituto italiano (cfr. la parte I, sez. I, *passim*, spec. *sub* § 20 VIII), ha avuto modo di esplicitare in pieno la sua straordinaria efficacia (*infra*, § 5 II-III). Né del resto più contraddittoria è la coesistenza della libera *examination* con gli

ficazione non ammetterà i fatti, le spese affrontate dalla parte per provarli, una volta che la prova riesca convincente ricadranno su di lui, quale che sia poi l'esito finale della causa. Cfr. *ORDER'S Principles*¹⁶, cit., pp. 256, 274 *i. f.*

⁽¹⁹⁾ *COCKLE'S Cases and Statutes*², cit., p. 462; e cfr. l'*Order* 32, *Rule* 4 delle *Rules of the Supreme Court, 1883*, in *The Annual Practice 1960*, vol. I, London, 1959, pp. 734 s. (e annotazioni a pp. 732, 738).

⁽²⁰⁾ Cfr. *infra*, in questo paragrafo, *in fine* (*sub* V).

interrogatories formali, di quanto fosse contraddittoria, nel processo classico romano, la coesistenza di un giuramento della parte e di una confessione intesi come negozi dispositivi, resi nella fase anteriore alla *litiscontestatio* (*jusjurandum* e *confessio* « *in jure* »), con un giuramento (*jusjurandum* « *in judicio* ») e in genere con un esame delle parti, avente struttura non formale ed effetti probatori non vincolanti, nella fase *apud judicem* ⁽²¹⁾. In realtà, quegli *interrogatories* hanno piuttosto lo scopo e l'effetto di preparare e rendere più efficace il dibattimento orale (*trial*) — e quindi la *examination* stessa dei testi in generale e delle parti in particolare, che di quel dibattimento costituisce molte volte il momento se non unico dominante —, che non quello di contraddirvi. Essi hanno infatti la finalità di mettere in chiaro quali siano i fatti che, non essendo controversi *inter partes*, non son bisognosi di prova, e quindi non hanno da essere dibattuti al *trial*: si tratta, insomma, d'interrogatori aventi prevalentemente lo scopo di una *chiarificazione* delle reciproche *allegazioni* delle parti (*supra*, parte I, sez. I, §§ 4 e 5); onde la stessa *admission* dovrebbe, probabilmente, considerarsi quale una dichiarazione imperativa, nella specie quale una rinuncia alla contestazione, e insomma piuttosto quale un « negozio » processuale (atto di volontà) o magari, per chi accetti questo concetto, un « negozio probatorio », inteso ad una *relevatio ab onere probandi*, piuttosto che quale una vera e propria dichiarazione direttamente probatoria ⁽²²⁾. Ma a parte queste ultime considerazioni di carattere dogmatico, senza dubbio opinabili; bisogna qui richiamare ancora una volta ciò che s'è detto nella parte generale di questo

(21) Cfr. *supra*, nella premessa alla parte I, nota 4.

(22) La tesi prospettata nel testo sembra trovare conferma nella dottrina che nella « deliberata volontà » di esonerare l'avversario dall'onere della prova, vede un requisito indispensabile della *formal admission* (*supra*, testo e nota 17). Si ricordi infatti che ciò, che distingue l'allegazione dei fatti dalla dichiarazione direttamente probatoria (di verità), è appunto la natura di « *voluntatis declaratio* » della prima, come s'è dimostrato a suo tempo (parte I, sez. I, §§ 4 e 5).

Sui negozi probatorii nel diritto anglosassone, cfr. ad es. TRACY, *Handbook of the law of evidence*, cit., pp. 357 ss.

favore, a proposito di quella che s'è chiamata la funzione *secondaria ed eventuale* dell'oralità, ossia la funzione di « *chiarificazione* » delle allegazioni-contestazioni e quindi della *volontà* delle parti in rapporto con i fatti giuridici dedotti in giudizio (parte I, sez. I, §§ 4 e 5). Quella funzione è perseguita in alcuni ordinamenti, dei quali nella parte generale s'è già fatto cenno e di cui più diffusamente si parlerà nei capitoli che seguono, mediante un interrogatorio « di chiarificazione » (*Parteibefragung zur Aufklärung*), e appunto per ciò che si tratta d'un interrogatorio *orale*, abbiamo potuto parlare di una funzione *dell'oralità*. Va però di nuovo sottolineato che non è questa la funzione essenziale del principio di oralità processuale, come ampiamente s'è dimostrato (parte generale, capp. II e segg.): si tratta, come ripeto, di una funzione meramente *eventuale, secondaria ed ausiliaria* ⁽²³⁾. Eventuale, perché anche in mancanza di quella funzione, ossia in mancanza di un interrogatorio orale *ad clarificandum*, un processo può tuttavia essere ispirato con piena coerenza ai criterii dell'oralità. Secondaria, perciò che il significato principale ed essenziale dell'oralità è quello, e sol quello, che si riferisce alle prove, con tutte le implicazioni (immediatezza, concentrazione, libera valutazione, piena valorizzazione della prova orale, ecc.) di cui s'è ampiamente trattato (parte I, capp. II e III). E, finalmente, ausiliaria, non foss'altro perché può accadere che l'interrogatorio di chiarificazione, quale uno strumento per chiarire la volontà delle parti e possibilmente semplificare e ridurre i punti di attrito, giovi altresì come un perfezionamento di quella accurata preparazione del dibattimento orale (avente per oggetto precipuamente le prove), senza della quale un dibattimento orale sarebbe molte volte difficile o, addirittura, impossibile (parte I, sez. I, § 2, VI e § 9, II).

Ma il lettore, ricordando ciò che s'è detto nella parte generale, non avrà difficoltà a riconoscere che siffatta funzione ausi-

(23) Parte I, sez. I, § 6 I.

liaria può ben essere (anche se forse non può essere con altrettanta efficacia ⁽²⁴⁾) perseguita, anziché mediante uno strumento orale, con un interrogatorio formale e scritto, e così in particolare con gli *interrogatories* del processo anglosassone. Un fatto, insomma, sembra sicuro: e cioè che la funzione di questi *interrogatories* si viene a trovare in piena armonia con quel che s'è detto quando, parlando in generale del sistema dell'oralità, s'è spiegato ch'esso non esclude ma anzi nella normalità dei casi pretende una minuziosa *preparazione, anche scritta*, dell'udienza orale di dibattimento, preparazione intesa allo scopo di esporre, e per quanto possibile semplificare, chiarificare e ridurre quello che dovrà poi costituire il *thema decidendum* e quindi l'oggetto del dibattimento medesimo (parte I, sez. I, § 2 VI), ossia — in un processo retto dal principio dispositivo inteso in senso proprio e sostanziale — la volontà delle parti (parte I, sez. I, §§ 4 e 5, e sez. II, cap. V).

V. A conclusione di quanto s'è detto, il lettore è invitato a rimeditare su quell'analogia, cui poco fa s'è accennato (*sub* IV), tra il vigente sistema italiano e quello inglese e in generale

(24) I pareri che trovo in argomento sono discordi; per apprezzamenti favorevoli sull'istituto, ved. comunque *infra*, § 4, nota 28; ma veggansi riserve in OGBERS' *Principles*¹⁶, cit., p. 275. Certamente la *Parteibefragung zur Aufklärung des Sachverhalts* degli ordinamenti austriaco e tedesco, manifesta pregi di maggiore duttilità, e senza dubbio è più efficace per lo meno nel senso di realizzare quei fini assistenziali-equitativi ossia di « materielle Prozessleitung », dei quali s'è detto nella parte generale, sez. I, § 4 *sub* IV-IX. Epperò bisogna riconoscere che pure l'apparato degli *interrogatories*, coll'obbligo non soltanto morale ma strettamente giuridico che alla parte interrogata deriva anche dal fatto, che deve asseverare con giuramento le proprie risposte scritte, può in molti casi giovare ottinamente ai fini di chiarificazione e semplificazione, che abbiamo visto essere essenziali all'istituto dell'interrogatorio di chiarificazione, sia esso scritto od orale.

La differenza tra la *Parteibefragung zur Aufklärung* e gli *interrogatories*, può ritenersi una tra le varie manifestazioni del fatto, che il giudice inglese, il quale non manca di un assai penetrante potere di direzione *formale* del processo (« formelle Prozessleitung »), non ha invece un potere di direzione *materiale* (« materielle Prozessleitung ») pari a quello del giudice austriaco o tedesco: ved. già *supra*, parte I, sez. I, § 9 V, spec. la nota 25; e *infra*, § 5, testo e nota 4.

anglo-sassone: sulla coesistenza, cioè, in entrambi i sistemi, di un interrogatorio libero e di un interrogatorio formale. Già s'è notato come a dispetto della somiglianza apparente sia però ravvisabile una differenza fondamentale, la quale non depone certo in senso favorevole al nostro ordinamento. Qui si può precisare che il fenomeno, apparentemente analogo, è però, in certo senso, addirittura inverso. Mentre infatti nessuno potrebbe seriamente dubitare, in Inghilterra e negli U.S.A., del carattere schiettamente probatorio dell'istituto della *examination* delle parti « as witnesses »; in Italia invece i lavori preparatorii, e la dottrina e giurisprudenza ancor oggi dominanti, sono nel senso che non l'interrogatorio formale ma quello libero sia, anziché un mezzo di prova, un mezzo di « chiarificazione » ⁽²⁵⁾. Parallelamente, mentre in Italia è normalmente indiscusso il carattere di mezzo di prova, anche se di prova legale e non giudiziale, dell'interrogatorio formale, nella dottrina di lingua inglese si possono trovare al contrario espressioni come questa, del CROSS: che la risposta, resa per iscritto mediante *affidavit* dalla parte interrogata, può essere usata al dibattimento dall'avversario « *in lieu of evidence* », *in luogo di prova* ⁽²⁶⁾; mentre a sua volta il NOKES ancora più chiaramente scrive che, in quanto facciano luogo a « formal admissions », l'effetto degli *interrogatories* più che quello di *provare* i fatti, è « di rendere *superflua* la prova dei fatti », è insomma una *relevatio ab onere probandi* conseguente al « deliberato proposito » della parte « di dispensare l'avversario dalla prova » ⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ Cfr. *supra*, parte I, sez. I, § 5, e riferimenti ivi. Nel § 20 V-VI della stessa sez., la tesi è stata da noi criticata.

⁽²⁶⁾ Cfr. CROSS, *Evidence*, cit., p. 150 (a pp. 190 ss., il CROSS elenca peraltro le risposte agli *interrogatories* tra le prove e sia pure tra quelle prove, che fanno eccezione alla regola fondamentale per cui, nel processo civile inglese, « ogni prova è normalmente resa *riva voce* all'udienza di dibattimento »).

⁽²⁷⁾ NOKES, *An introd. to evid.*, cit., pp. 49, 51. Anche più in là va quella dottrina americana (McCORMICK ed altri), che decisamente ed esplicitamente nega la natura probatoria delle *judicial (formal) admissions* derivabili, appunto, dagli *interrogatories* formali, cfr. *infra*, § 4, nota 30.

Diversamente dunque che nei Paesi di lingua inglese, nel nostro ordinamento italiano, almeno secondo la corrente interpretazione dell'art. 117 cod. proc. civ. e dell'istituto in esso disciplinato, la funzione « secondaria » ed « eventuale » dell'oralità è perseguibile attraverso un istituto, suscettivo di porre in libero e diretto contatto il giudice colle parti; mentre invece detto contatto manca poi, nel momento in cui esso sarebbe davvero essenziale: ossia nella fase dell'istruzione probatoria!

§ 4. *Gli analoghi svolgimenti nella storia del diritto processuale civile degli Stati Uniti d'America, dal codice di David Dudley FIELD (1848) ai nostri giorni.*

I. Una prima idea dei riflessi, di portata veramente mondiale, delle riforme che abbiamo esaminate nei due paragrafi precedenti — e che, secondo un autorevole giudizio ⁽¹⁾, « furono tra i più benefici cambiamenti che mai siano avvenuti nel sistema legale [inglese] riguardo all'amministrazione della giustizia » —, s'è già avuta quando s'è visto quanto rapidamente esse poterono espandersi in un sistema giuridico per tanti aspetti così diverso e talora perfino antagonistico rispetto all'inglese, ossia nel diritto scozzese (*supra*, § 2 IV); e a suo tempo vedremo quanta sia stata l'influenza del « precedente » britannico sulle analoghe riforme, di poi introdotte in Austria (*infra*, sez. II) ed altrove (*infra*, sez. III, § 5).

Ma quello che costituisce il primo esempio e forse il più impressionante della immediata forza di espansione delle idee, che furono alla base delle nostre riforme, è offerto dall'ordinamento nordamericano, del quale in questo paragrafo s'intende parlare ⁽²⁾.

⁽¹⁾ È quello del DILLON, espresso in *The Laws and Jurisprudence of England and America*, cit., pp. 340 s.; ved. pure in POUND e PLUCKNETT, *Readings*², cit., p. 242.

⁽²⁾ Di proposito ometto invece di parlare dell'espansione, della cui spontaneità può ovviamente dubitarsi, nei sistemi processuali di quelle che erano in allora colonie britanniche.

II. Negli Stati Uniti d'America la funzione stimolatrice e di rottura, che in Inghilterra fu opera soprattutto del BENTHAM, quanto alla elaborazione teorica, e poi di Thomas DENMAN ed Henry BROUGHAM, quanto alla realizzazione pratica, si fa risalire precipuamente agli scritti di Edward LIVINGSTON — « il BENTHAM americano » ⁽³⁾ — e all'opera legislativa di un giurista che fu il più influente membro della Commissione che preparò, intorno al 1848, il codice di procedura civile dello Stato di New York: David Dudley FIELD ⁽⁴⁾.

È ben chiara, però, l'influenza della scuola benthamiana e, in generale, dell'esempio inglese e del suo rapido successo, sul pensiero giuridico e sulla legislazione riformatrice d'America ⁽⁵⁾. Vero è peraltro che, anche in America, l'idea della necessità di

⁽³⁾ Così lo trovo definito in WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 240.

⁽⁴⁾ Cfr. le note di POUND e PLUCKNETT, *Readings*³, cit., p. 247; e ancora WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 240, e II, cit., p. 689, nota 3, e p. 693.

Sull'attività del FIELD per ciò che riguarda la successiva codificazione del diritto sostanziale, cfr. per tanti Mark DEWOLFE HOWE, *Readings in American legal history*, Cambridge, Mass., 1949, pp. 492 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 240. Con riguardo all'influenza del pensiero benthamiano in generale sulle riforme introdotte in America, e in particolare sugli scritti del LIVINGSTON, cfr., rispettivamente: Scott ROWLEY, *The competency of witnesses*, in « Iowa Law Review », 24 (1939), p. 496, e WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 687 in nota. Basta poi leggere qualche brano del primo rapporto (1848) oppure del « complete Report » (1850), entrambi redatti dalla Commissione di tre membri incaricata di elaborare la nuova legislazione processuale dello Stato di New York (Commissione nella quale la figura principale fu il FIELD), per vedere, perfino nello stile oltreiché nei continui riferimenti all'opera del maestro della scuola utilitaristica, l'infusso benthamiano: si veda, ad es., il brano del primo rapporto riportato dal WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., pp. 689 s.; o il brano del rapporto completo che leggo a p. 715 di *The code of civil procedure of the State of New York* ecc. (1850), citato *supra* § 2 nota 15; e li si confronti con il brano tratto dall'opera di BENTHAM e riportato dal WIGMORE, *ibid.*, pp. 687 ss.

Che l'autorità del BENTHAM fosse addirittura, nel secolo passato, « assai più grande negli Stati Uniti che in Inghilterra », afferma, sulla scorta di J. F. DILLON, Max RADIN, *Handbook of Anglo-American legal history*, St. Paul, Minn., 1936, p. 202 testo e nota 30. Certo è per lo meno che, anche negli U.S.A., si capì ben presto che le riforme in tema di prove, dovevano seguire le linee tracciate dal BENTHAM in quella, che il surricordato *complete Report* chiama « l'opera più profonda e più originale che mai sia stata scritta in questa materia », cfr. *The code of civ. proc.* ecc., testé cit., p. 694.

una riforma del sistema probatorio, da impostarsi sulle stesse linee delle riforme inglesi che abbiamo appena finito di esaminare, era ormai giunta a maturazione. Solo così, infatti, assai più che attraverso uno studio d'influenze esterne o personali, può spiegarsi il fatto che, per lo più a pochissimi anni di distanza, radicali innovazioni legislative analoghe a quelle inglesi si sono andate spontaneamente diffondendo nelle varie giurisdizioni di quella Federazione⁽⁶⁾. Mi limiterò qui a riferire pochi dati storici, scelti a puro titolo indicativo; dopo di che passerò senz'altro più che ad un'analisi dettagliata, che per la molteplicità delle giurisdizioni si rivelerebbe in questa sede eccessiva, ad un rapido sguardo panoramico del sistema americano, com'esso nelle sue linee fondamentali si presenta oggigiorno in relazione ai problemi di cui ci stiamo occupando.

III. È appena il caso di ricordare che in quelle colonie inglesi, le quali a partire dalla seconda metà del XVIII secolo vennero a costituire la Federazione degli U.S.A., era, quasi dovunque, pienamente penetrato il diritto inglese, anche per ciò che riguarda il sistema processuale e probatorio. Quello che, con riguardo alla situazione dell'Inghilterra (e del Galles) fino alla prima metà dell' '800, è detto sopra, nel § 1, vale quindi, sostanzialmente, anche per l'originario sistema processuale della novella Federazione. Un dato di un qualche interesse sarà forse solo questo (il quale potrà parere strano a chi non sappia che, ancora oggi, il sistema probatorio americano rimane più formalistico, nel suo complesso, di quello inglese come vedremo): che il sistema della valutazione « numerica » o legale, anziché libera, delle prove in genere e della prova testimoniale in specie, il quale nelle corti inglesi di *common law* appare completamente rifiutato, anche per merito dell'istituto della giuria⁽⁷⁾, almeno a

(6) Cfr. MILLAR, *Civil procedure of the trial Court*, cit., pp. 207 s.; WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., pp. 240 s., e II, cit., pp. 689 (nota 3), 693, 695; McCORMICK, *Handbook*, cit., p. 142.

(7) Cfr. *supra*, § 1, testo e nota 28.

partire dalla seconda metà del '600 ⁽⁸⁾, nei tribunali delle colonie americane fu invece più lento a scomparire: qualche testimonianza della sua sopravvivenza, ci porta almeno fino alle soglie del '700 ⁽⁹⁾.

Meno notevole, ho già detto, fu invece in generale il ritardo (in qualche caso addirittura insussistente, come subito vedremo) dei vari ordinamenti statunitensi, per ciò che riguarda le riforme da noi studiate nei due paragrafi precedenti. E così, ad esempio, la riforma che in Inghilterra avvenne nel 1843 — abolizione della *disqualification* dei terzi aventi un interesse economico rispetto all'esito della causa o del verdetto (*supra*, § 2 II) —, cominciò a riflettersi nelle legislazioni americane fin dal 1846, l'anno in cui fu emanato nello Stato del Michigan quello che si ritiene essere stato il primo statuto nordamericano in materia ⁽¹⁰⁾. Maggiore importanza ebbe peraltro, specie per l'enorme influenza da esso subito esercitata sulla legislazione di molti altri Stati ⁽¹¹⁾, il *Code of civil procedure* dello Stato di New York (1848), dovuto, come s'è visto, precipuamente all'opera del FIELD ⁽¹²⁾. Detto codice — precedente a quel *Lord Brougham's Act* che in Inghilterra, nel 1851, aboliva come regola generale la *disqualification* delle parti — rappresentava, almeno nel testo

⁽⁸⁾ Cfr. i riferimenti storici in WIGMORE, *A treatise*³, VII, cit., pp. 250 ss.

⁽⁹⁾ Riferimenti in WIGMORE, *A treatise*³, VII, cit., p. 250, nota 22.

⁽¹⁰⁾ Cfr. WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 693; MORCAN, *Basic problems*, I, cit., p. 34.

⁽¹¹⁾ Su questa influenza si posson vedere, per tanti, James Willard HURST, *The Growth of American Law*, Boston, 1950, pp. 71, 88, 91; RADIN, *Handbook of Anglo-American legal history*, cit., pp. 202 s.; MILLAR, *Civil procedure of the trial court*, cit., pp. 54 s.

⁽¹²⁾ Vedilo riportato (nell'edizione proposta dalla Commissione il 31 dicembre 1949), colla relazione completa della Commissione, in *The code of civ. proc. of the State of New York ecc.* (1850), citato *supra*, § 2 nota 15. Detta edizione rappresentava un completamento del *Code of civil procedure*, che la stessa Commissione aveva sottoposto all'approvazione del potere legislativo, e che in effetti era stato accolto come legge dello Stato di New York, nel 1848. Come si può leggere fin dalla parte introduttiva della relazione (*op. cit.*, pp. IV-V), la Commissione faceva notare che il codice, nel nuovo testo, « conservava naturalmente immutati i fattori essenziali del codice originario », e ne seguiva gli stessi principii.

che la Commissione sottopose all'approvazione legislativa il 31 dicembre del 1849 ⁽¹³⁾, un evidente progresso rispetto alla legislazione stessa inglese, ciò che può esser misura del suo interesse teorico oltreché pratico, e dell'importanza in particolare della figura del FIELD come pioniere nel campo delle riforme che andiamo studiando. Infatti il § 1708 di detto codice, non soltanto prevedeva l'abolizione della *disqualification* dei terzi interessati, riforma realizzata in Inghilterra fin dal 1843; ma intendeva abrogare altresì la *disqualification* delle parti a render testimonianza in proprio favore ⁽¹⁴⁾. Non solo: ché esso già avviava verso la sua realizzazione, negli U.S.A., quel processo di unificazione delle giurisdizioni di *law* e di *equity* (*supra*, §§ 2, I e 3 II-IV), che in Inghilterra si sarebbe concluso soltanto nel 1873 ⁽¹⁵⁾; e così, per limitarmi a ciò che qui più direttamente può interessare, esso rendeva istituto di portata generale la « *viva voce examination* », che abbiamo visto essere destinata a costituire invece

⁽¹³⁾ Il codice di New York, nel testo approvato nel 1848, già aboliva la *disqualification* dei terzi interessati, ma non ancora la « incompetenza » delle parti « *as witnesses in their own favor* », come ricorda la stessa relazione al § 1708 del testo presentato dalla Commissione il 31 dicembre 1849, cfr. *The code of civ. proc.* ecc. (1850), testé citato, p. 715.

⁽¹⁴⁾ È interessante anche il tono polemico, di chiara ispirazione benthamiana, di quel testo legislativo: « All persons, without exception, otherwise than as specified in the next two sections [ossia nel § 1709, che dichiarava inammissibile la testimonianza degli insani di mente, e dei fanciulli sotto i dieci anni di età in quanto apparissero incapaci di ricevere, o di esprimere veracemente, una giusta impressione dei fatti; e nel § 1710, che conservava l'inammissibilità della testimonianza del coniuge della parte, salvo il consenso della parte stessa, nonché faceva salvo il diritto al segreto di certe persone: sacerdoti, avvocati ecc.], who, having organs of sense, can perceive, and perceiving can make known their perceptions to others, may be witnesses. Therefore *neither parties, nor other persons who have an interest in the event of an action or proceeding, are excluded*; nor those who have been convicted of crime; nor persons on account of their opinions on matters of religious belief: although in every case, the credibility of the witness may be drawn in question, as provided in section 1680 ». (La sez. 1680 stabiliva che « Si presume che il teste dica la verità; ma tale presunzione può essere contraddetta dalla maniera in cui egli rende testimonianza, o dalla natura della testimonianza resa, o da prova concernente il carattere del teste o i suoi motivi, o da prova contraria alla testimonianza: e la giuria è giudice esclusivo della sua credibilità »).

⁽¹⁵⁾ Sull'argomento cfr. in generale RADIN, *Handbook*, cit., pp. 202 s.

in Inghilterra, ancora per qualche anno, istituto tipico delle sole Corti di *common law* (*supra*, § 3 I-II) ⁽¹⁶⁾.

Né lo Stato di New York fu il solo a precorrere, almeno in parte, l'analogo movimento riformatore inglese. Anche nel Connecticut, infatti, la riforma inglese del 1851 fu realizzata in anticipo, da uno statuto del 1849 ⁽¹⁷⁾, ispirato, sia pure, al *County Courts Act* inglese del 1846 (*supra*, § 2, III) ⁽¹⁸⁾; mentre, per ciò che riguarda il metodo di assunzione della prova testimoniale nei processi *in equity*, una riforma analoga o forse anche più accentuata di quella, introdotta in Inghilterra dal *Chancery Amendment Act* del 1852 (*supra*, § 3 I), fu adottata nel Michigan fin dal 1846, e nell'Illinois fin dal 1849 ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Lo studio storico del problema della unificazione, organica e procedurale, delle giurisdizioni di *common law* e di *equity* negli Stati Uniti, è complicato per le notevoli disparità tra i sistemi dei vari Stati, nonché tra questi e il sistema federale. Per ciò che in particolare riguarda il metodo di assunzione della prova testimoniale, e l'adozione come regola generale «for all civil actions» del metodo di assumere la prova stessa oralmente «in open court» mediante la tecnica della *examination*, *cross-examination* e *re-examination*, cfr. MILLAR, *Civil procedure of the trial Court*, cit., pp. 270-272. Noto qui che, mentre in Inghilterra quella regola divenne generale fin dal 1873 (*supra*, § 3 II), ciò non accadde nel sistema federale degli U.S.A. prima del 1912, quando una delle *Equity Rules*, emanate appunto in quell'anno, stabilì che «in all trials in equity the testimony of witnesses shall be taken orally in open court», cfr. MILLAR, *op. cit.*, p. 271. Nello Stato di New York, invece, tale riforma avvenne — come è detto nel testo — assai prima: già il codice del 1848 stabiliva che «the testimony in equity cases shall be taken in like manner as in cases at law», e l'esempio fu subito imitato dal Massachusetts (1852), cfr. MILLAR, *op. et loc. ult. cit.*

⁽¹⁷⁾ Cfr. WIGMORE, *A treatise*², II, cit., p. 695, testo e nota 4; MILLAR, *Civil procedure of the trial Court*, cit., p. 207; William T. FRYER, *Note on disqualification of witnesses*, in *Selected writings on the law of evidence and trial*, edited by W.T. FRYER, St. Paul, Minn., 1957, pp. 352 s. Lo statuto del Connecticut fu il primo, nel mondo anglosassone, ad abolire la *disqualification* delle parti a rendere testimonianza *in causa propria*, se si prescinde dal *County Courts Act* inglese del 1846: e come tale esso è ricordato nella relazione al § 1708 del *Code* di New York, cfr. *The code of civ. proc. ecc.* (1850), cit., p. 715. Ecco il testo di quello statuto, per la parte che ci interessa: «no person shall be disqualified as a witness in any suit or proceeding at law or in equity, by reason of his interest in the event of the same, as a party or otherwise, or by reason of his conviction of a crime; but such interest or conviction may be shown for the purpose of affecting his credit».

⁽¹⁸⁾ MILLAR, *Civil proced. of the trial Court*, cit., p. 207.

⁽¹⁹⁾ MILLAR, *Civil proced. ecc., cit.*, p. 271: i due Stati adottarono il sistema

Un altro campo del resto, nel quale le riforme nordamericane si presentano, almeno in alcuni Stati della Federazione, con anticipo rispetto alle analoghe riforme inglesi, riguarda l'istituto del *discovery by interrogatories*, e precisamente l'adozione di detto istituto anche nei tribunali di *common law* (*supra*, § 3 IV). Il lettore ricorderà come, fino alle riforme del secolo passato, nelle *common law Courts* le parti non potessero essere esaminate neppure con quegli *interrogatories* scritti e formali, ch'erano ammessi invece dalle *Courts of equity*, le quali li avevano adottati su imitazione della *interrogatio per positiones* del sistema processuale delle Corti ecclesiastiche; e ricorderà altresì come l'istituto avesse la funzione di provocare una confessione o, più in generale, di mettere in chiaro i punti di consenso e di dissenso *inter partes*, con speciale riguardo alle questioni di fatto (*supra*, § 1 II-III). Già nella seconda metà del secolo XVIII, Sir William BLACKSTONE, nei suoi famosi *Commentaries* dell'ordinamento inglese, vedeva nella mancata adozione di quell'istituto un difetto del sistema adottato dalle Corti di *common law* ⁽²⁰⁾: ma mentre come s'è visto (§ 3 IV) in Inghilterra il movimento riformatore non sarebbe riuscito ad ovviare a quella mancanza se non nel 1854, questa riforma fu introdotta, in talune delle giurisdizioni statunitensi, fin dai primi decenni dell' '800 ⁽²¹⁾. Ed è interessante vedere come, in questa particolare manifestazione, i primi a muoversi fossero proprio gli Stati del sud — evidentemente, per il più vicino influsso dei sistemi spagnolo o francese —; mentre invece in detti Stati fu poi generalmente assai più lenta, ed è ancor oggi in qualche luogo incompleta la riforma, negli aspetti in cui questa ci appare più radicale e più moderna, ossia per ciò che riguarda l'abolizione della *disqua-*

della « oral testimony in open court », non prescritto però come regola ma come possibilità rimessa alla scelta delle parti.

⁽²⁰⁾ Cfr. MILLAR, *Civil procedure* ecc. cit., p. 201.

⁽²¹⁾ Dettagli in MILLAR, *Civil procedure*, cit., pp. 204 ss.; ved. anche WIGMORE, *A treatise*³, VIII, cit., pp. 176 ss.

lification delle parti e dei terzi interessati, e la piena valorizzazione dell'interrogatorio non formale « in open court »⁽²²⁾.

IV. Un'indagine panoramica del sistema adottato oggi-giorno dalle varie giurisdizioni statunitensi, con riguardo al problema della utilizzazione del sapere delle parti a scopo di prova, deve aprirsi colla constatazione che, pur nella molteplicità di differenze per quel che riguarda i punti di dettaglio, si tratta di un sistema sostanzialmente abbastanza uniforme. Il processo storico, che abbiamo seguito nelle sue prime manifestazioni del secolo scorso, è giunto ormai, per la massima parte di quelle giurisdizioni⁽²³⁾, alla sua più razionale conclusione: che è poi quella stessa conclusione, che abbiamo visto essersi imposta,

(22) Cfr., anche per le ragioni sociologiche di siffatto generale ritardo degli ordinamenti degli Stati del sud, WIGMORE, *A treatise*², II, cit., p. 691; ved. pure MILLAR, *Civil procedure*, cit., pp. 271 *i.f.*-272 *in*.

Il ritardo in parola si estende pure alla *disqualification* di terzi che abbiano scontato, o stiano scontando, condanne per crimine, la quale, abolita in Inghilterra fin dal 1843 (*supra*, § 2, II, testo e nota 11) e a brevissima distanza anche negli Stati di New York e del Connecticut (*supra*, in questo paragr., note 14 e 17), era fino a pochi anni fa segnalata come ancora esistente, in una forma addirittura « più inflessibile e più ampia » di quel che non prescrivesse la vecchia *common law rule*, in uno Stato del sud della Federazione, il Tennessee; cfr. quanto in argomento riferiscono, con aspra critica contro quell'« arcaico » relitto, McCORMICK, *Handbook*, cit., p. 142, e Donald L. HALLADAY, *Infamy as ground of disqualification in Tennessee*, « Tennessee Law Review », 22 (1952), pp. 544-553; ved. pure FRYER, *Note on disqualification of witnesses*, cit., pp. 349 s. In un altro stato del Sud, la Florida, la *disqualification* in parola fu confermata nel 1957, limitatamente peraltro al crimine di spergiuo, cfr. la critica di R.D. DEBOESR, *Disqualification of a witness for perjury*, « University of California Law Review », 12 (1959), pp. 315 ss.; analoga situazione è segnalabile ormai in pochissimi altri Stati (quasi tutti del sud): Alabama, Kentucky, Maryland, Mississippi e Pennsylvania, cfr. la critica di W.A. OLDACRE, *Perjury disqualification in Alabama*, « Alabama Law Review », 10 (1957), pp. 133 ss. Per il ritardo dell'ordinamento della Georgia quanto alla *disqualification* dell'imputato a testimoniare nel processo penale, *supra*, § 2, nota 18.

(23) Per le rare eccezioni, cfr. ancora MILLAR, *Civil procedure*, cit., pp. 211 s. e 271 s. (sui « pochi Stati » che ancora preferiscono l'interrogatorio formale delle parti, nonché l'esame dei testi davanti al *master* o al *commissioner* o all'*examiner* — « the old chancery method » —, al metodo della « oral examination before trial »). Ved. pure la nota precedente, e il testo relativo.

certo con maggiore unitarietà e spesso (come ancora constateremo) con maggior rigore e coerenza — anche se non sempre con precedenza temporale —, nell'ordinamento inglese (*supra*, §§ 2 e 3).

E così, anche per la giurisdizione federale (che non fu certo la prima, né tra le prime, ad abbandonare i vecchi schemi e istituti) fin dalle *Equity Rules* del 1912 fu stabilito il principio che la prova testimoniale dovesse, pure nei processi in *equity*, assumersi oralmente al dibattimento (« orally in open court »), ovviamente colla tecnica della *examination* e *cross-examination* ⁽²⁴⁾; mentre le *Federal Rules of civil procedure* del 1938, essendo ormai unificate, su piano federale, le giurisdizioni di *law* e di *equity*, ribadivano il principio che soltanto nei casi eccezionali previsti dalla legge, la deposizione dei testi potesse non essere assunta « orally in open court » ⁽²⁵⁾: ciò che valeva (e vale) sia per la testimonianza dei terzi, qualsiasi interesse essi possano avere rispetto al giudizio, sia per quella delle parti, anch'esse ormai riconosciute *competent* e *compellable witnesses* ⁽²⁶⁾.

E come in Inghilterra, così negli U.S.A. le *Federal Rules* continuano ad ammettere, insieme alla *cross-examination*, il vecchio *discovery by written interrogatories* ⁽²⁷⁾, al quale peral-

⁽²⁴⁾ Rule 46. Cfr. MILLAR, *Civil procedure*, cit., p. 271.

⁽²⁵⁾ Rule 43 (a). Cfr. ancora MILLAR, *op. et loc. ult. cit.* — Un testo aggiornato delle *Federal Rules*, emanate nel 1938 dalla Corte Suprema statunitense per delega legislativa, può leggersi in *Federal Rules of civil procedure*, The Foundation Press, Brooklyn, 1959. Sulla grande influenza di queste *Rules* sulle legislazioni dei vari Stati, sei dei quali le hanno addirittura testualmente o sostanzialmente adottate, cfr. H.G. MAC MAHON, *Il nuovo codice di procedura civile della Luisiana: una sintesi del processo anglo-americano e di quello europeo continentale*, « Jus », 1953, p. 549; sullo « scopo essenziale » di dette *Rules*, che fu quello della « unificazione delle due giurisdizioni di diritto comune e di equità », cfr. R.W. MILLAR, *Rassegna di letteratura e legislazioni straniere: Stati Uniti d'America*, « Riv. dir. proc. civ. », 1940, I, p. 43.

⁽²⁶⁾ Rules 43, 26 e *passim*. Cfr. MILLAR, *Civil procedure ecc.*, cit., p. 213.

⁽²⁷⁾ Rules 26 *ss.*, specie 33 e 37. Cfr. in argomento ultimamente ad es. W. R. PECK, *Depositions, proceedings to perpetuate testimony, interrogatories to parties: the Federal Rules and the California Law*, « California Law Review », 44 (1956),

tro rimane, più che una funzione probatoria — ormai in massima parte assorbita dal primo e assai più efficace istituto —, soprattutto una funzione di chiarificazione delle reciproche al-

pp. 909 ss., spec. 930 ss.; J. A. FOWLER, Jr. e A. D. SOKOLOW, *Discovery proceedings under the Federal Rules* (nelle « Trial Practice Series », Roscoe POUND General Editor), New York, 1955, pp. 1-48. Vedasi pure WIGMORE, *A treatise*³, VI, cit., pp. 423 ss.

Da notare che esiste, e sembra assai efficace in pratica, anche la possibilità di un *discovery by oral examinations*, istituto distinto dalla *examination « in open court »* della quale costituisce anzi spesso volte una sorta di preparazione. In argomento veggansi ad es. ancora FOWLER e SOKOLOW, *Discovery proceedings ecc.*, cit., pp. 6, 14 ss.; CONRAD, *Modern trial evidence*, II, cit., pp. 125 ss.; TRACY, *Handbook of the law of evid.*, cit., pp. 158 ss.; e cfr. le *Rules 26 e 30 delle Federal Rules*. Basti qui dire che l'istituto attribuisce a ciascuna parte nientemeno che il potere, giuridicamente garantito mediante sanzioni comminate contro il soggetto che ingiustificatamente non vi si sottoponga, di esaminare oralmente (salvo che preferisca farlo per iscritto, mediante *written interrogatories*, cfr. per tal caso la *Rule 31*) e sotto vincolo di giuramento *ogni persona, inclusa la parte avversaria*, su ogni materia che possa essere rilevante in causa, inclusa l'esistenza, la descrizione, la natura ecc. di libri, documenti e altre cose nonché l'identificazione di persone aventi notizia di fatti rilevanti in causa. L'esame in parola avviene col metodo della *examination e cross-examination* (*infra*, § 5 I): non però, come ripeto, « in open court », bensì in forma che direi quasi privata, spesso volte nell'ufficio stesso della difesa dell'una o dell'altra parte e in presenza, oltreché dei difensori delle parti, di un *commissioner*, non necessariamente nominato dalla Corte (si tratta, per lo più, di un notaio) stenografante le domande e le risposte, le quali saranno alla fine lette al soggetto esaminato e da lui sottoscritte, e quindi dal *commissioner* inviate alla Corte, dove potranno essere lette poi in sede di dibattimento. L'istituto serve prevalentemente allo scopo di poter dare una corretta e ben informata impostazione alla causa, e così a preparare ed evitare le sorprese del *trial* e quindi, soprattutto, della *examination* che avverrà nuovamente « in open court » e perciò in presenza, questa volta, dei giudici ed eventualmente dei giurati. A norma della *Rule 26 (d)*, le deposizioni rese e documentate nel modo testé sommariamente descritto, possono in ispecie essere usate dalle parti allo scopo di indebolire o impugnare le nuove deposizioni, eventualmente contrastanti colle prime, che saranno rese successivamente dallo stesso soggetto in sede di esame « in open court »; o possono considerarsi quali ammissioni, trattandosi di deposizioni *contra se* rese da una delle parti; o infine esse potranno esser considerate prove — s'intende, liberamente valutabili — ad ogni effetto, quando il soggetto che le abbia rese sia morto, o per malattia o altro non sia più in grado di ripetere la testimonianza « in open court », o si trovi ad eccessiva distanza dal luogo del *trial* e così via, onde non sia possibile trasformare quella, che è considerata, con una certa diffidenza, quale una *testimony in writing* (CONRAD, *Mod. trial evidence*, II, cit., p. 125) ed una *secondary evidence* (CONRAD, *op. cit.*, II, p. 132), in una testimonianza orale ossia resa oralmente al dibattimento.

legazioni, positive o negative (contestazioni), delle parti ⁽²⁸⁾, e una funzione quindi preparatoria e, nei limiti del possibile, semplificatoria del dibattimento orale, nel quale potrà aver luogo, a prova dei fatti rimasti controversi, quella che è considerata la « regina » delle prove, ossia la *cross-examination* dei testi in generale, e dei soggetti della lite in particolare. È comunque riaffermata, al pari che nell'ordinamento inglese, la possibilità che le risposte agli *interrogatories* (scritte, sottoscritte dalla parte, e dalla stessa asseverate con giuramento, salvo che la parte preferisca sostituire al giuramento una « solemn affirmation » ⁽²⁹⁾) facciano luogo a confessioni (*formal o judicial admissions*), considerate quale « conclusive evidence » ⁽³⁰⁾, con efficacia limitata

(28) Cfr. per tanti PECK, *Depositions ecc.*, cit., pp. 932 e 933 (il quale scrive essere gli *interrogatories* delle parti, di cui alla Rule 33 delle *Federal Rules*, « un metodo estremamente utile per ridurre le sorprese e per restringere l'ambito della controversia », « uno dei mezzi migliori e meno costosi per restringere le issues »); W. WICKER, *Tactical advantages from the use of discovery*, « Tennessee Law Review », 27 (1960), p. 329.

(29) *Federal Rules*, Rule 43 (d): « ogniqualvolta le presenti norme richiedono la prestazione di un giuramento, una solenne affermazione può essere accettata in luogo del giuramento medesimo ».

(30) Cfr. ad es. il *Corpus Juris Secundum. A complete restatement of the entire American law* by D. J. KISER, vol. XXXI, Brooklyn, 1942, p. 1164; ma ved. le precisazioni del McCORMICK, *Handbook*, cit., pp. 504, 508 s., 510 testo e nota 22, 513, il quale distingue le ammissioni effettivamente aventi natura probatoria (*evidential admissions*), le quali non costituiscono prova legale e incontrovertibile, da quelle (*judicial, formal admissions*) esprimenti invece la volontà della parte di dispensare l'avversario dall'onere della prova, le quali in realtà « non sono affatto prove » benché siano, diversamente dalle prime, « conclusive » (salva l'autorizzazione giudiziale della loro revoca), nel senso che rendono pacifico in causa il fatto ammesso ossia hanno « the effect of withdrawing a fact from issue ». Ved. anche *supra*, § 3 testo e note 17, 26 e 27.

Delle [*formal*] *admissions of fact* come mezzi non di prova, ma di *exoneratio ab onere probandi* (« which will avoid unnecessary proof »), parla del resto la Rule 16 (3) delle stesse *Federal Rules of civil procedure*; ved. in dottrina ad es. RICHARDSON, *The law of evidence*³, cit., pp. 5, 272; CONRAD, *Modern trial evidence*, I, cit., p. 353.

Altro istituto inteso a provocare *formal admissions*, è la *request for admission* (Rule 36), anch'essa scritta e richiedente risposta scritta e giurata: un istituto sostanzialmente assimilabile agli *interrogatories*, colla differenza che la risposta non è oggetto di un obbligo, ma soltanto di un onere, in quanto la mancata risposta fa luogo senz'altro (ed esclusivamente) alla *facta confessio* (« each of the matters of

però al processo nel quale son rese⁽³¹⁾. In caso di mancata risposta, la parte interessata può chiedere che la corte emetta un « order compelling an answer »; e se anche quest'ordinanza rimarrà inosservata, non soltanto ciò « può essere considerato *contempt of court* », e potrà far luogo all'arresto della parte; ma la corte potrà altresì « prendere tutti quei provvedimenti che ritenga giusti », a sua discrezione, e così in fra l'altro potrà disporre che i fatti siano accettati così come allegati dalla parte interrogante; oppure proibire all'altra parte di addurre o di contestare date pretese (« to support or oppose designated claims or defenses »), o di produrre a prova certi documenti o altri mezzi di prova; o addirittura potrà dichiarare l'estinzione totale o parziale del processo, o la sua sospensione fintanto che l'ordine non sia eseguito, o rigettare la domanda, o emettere un giudizio « by default » contrario alla parte disobbediente⁽³²⁾. Una gamma di poteri, come si vede, quasi illimitata: e nella quale può, tra parentesi, vedersi una delle molte smentite al corrente superficiale insegnamento di certa dottrina angloamericana, secondo cui il processo civile inglese e americano sarebbe di tipo dispositivo (o « contenzioso »), e in ciò nettamente si distinguerebbe da

which an admission is requested *shall be deemed admitted* » ecc.). Le spese per provare il fatto ricadranno inoltre sulla parte, la quale abbia risposto alla *request* negando, senza valide ragioni, la verità del fatto. Cfr. sull'argomento, anche per cenni storici e per riferimenti sui vari Stati americani che hanno adottato l'istituto, MILLAR, *Civil procedure*, cit., pp. 216 ss.; ved. pure A. P. SERENI, *Aspetti del processo civile negli Stati Uniti*, Milano, 1954, p. 75; da ultimo E. C. CONRAD, *Modern trial evidence*, II, 1960 *Pocket Parts* (aggiornam. del vol. II), St. Paul, Minn., 1960, pp. 26 s. Per analogo istituto nell'ordinamento inglese, *supra*, § 3, nota 18.

È importante rilevare che anche nell'ordinamento americano, come in quello inglese (*supra*, § 3, nota 17), la *contra se declaratio* resa dalla *party as witness* non è considerata *formal admission*, ma mera *evidencial (informal) admission*, liberamente valutabile quindi dal giudice; cfr. ad es. RICHARDSON, *The law of evid.*, cit., p. 274 in.; CONRAD, *Modern trial evidence*, I, cit., p. 369 testo e note 55-58 con riferimenti giurisprudenziali; e ved. *infra*, § 5 II.

(31) *Federal Rules*, Rule 36 (b).

(32) *Federal Rules*, Rule 37 (applicabile anche per il caso di mancata ottemperanza all'ordine di produrre documenti o di sottoporre altre cose ad ispezione giudiziale ecc. ecc.). Cfr. MILLAR, *Civil procedure*, cit., pp. 215 s. Per le analoghe disposizioni dell'ordinamento inglese, ved. *supra*, § 3, nota 16.

quello di tipo europeo-continentale, il quale, in considerazione dei più vasti (?!) poteri del giudice, viene affermato come di tipo « inquisitorio » ⁽³³⁾.

V. Ciò ch'è detto per la giurisdizione federale, potrebbe dunque, nelle sue grandi linee, ripetersi come ho avvertito per la maggioranza delle altre giurisdizioni: onde non val qui la pena d'insistere sulle molte ma normalmente non troppo profonde differenze locali, tanto più che quasi dovunque si ripresentano, per ciò che riguarda le soluzioni fondamentali, gli elementi del sistema inglese, a suo tempo più attentamente esaminato ⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Ved. *infra*, § 5, testo e note 3 e 4. Chiunque abbia rapporti con studiosi e studenti anglosassoni, sa quanto sia diffusa una siffatta affermazione (vedila ad es. in McCORMICK, *Handbook*, cit., p. 12), a principale ma fragile fondamento della quale viene addotto il fatto che l'esame dei testi nel processo inglese e americano è condotto dai difensori delle parti. In realtà l'affermazione è uno dei tanti esempi della insufficiente elaborazione scientifica della materia (un giurista americano, Albert A. EHRENZWEIG, ha recentemente scritto che è questo « forse l'unico campo » in cui gli Stati Uniti sono « quasi un secolo indietro » rispetto ad altri Paesi, cfr. EHRENZWEIG, recensione in « *The Yale Law Journal* », 69 [1959], p. 361). Ed è invece appena il caso di dire che, con riguardo alla direzione formale del processo, più « inquisitorio » è semmai il processo inglese e americano di quello italiano (né ciò rappresenta un punto di vantaggio per il nostro sistema!), ved. già *supra*, parte I, sez. I, § 9 V; che se poi si tien mente al principio inquisitorio inteso nel suo senso proprio o sostanziale (parte I, sez. II, cap. I, § 4), allora dovrà dirsi che nemmeno il processo di tipo austriaco e tedesco, e tanto meno quello italiano o francese, sono « inquisitori », per ciò che le domande, anche se poste ai testi dal giudice anziché dalle parti, non possono però mai oltrepassare i limiti segnati all'oggetto del giudizio dalla volontà delle parti, cfr. diffusamente il testé cit. cap. I della parte I, sez. II. Esempi di processi effettivamente a tipo inquisitorio son dati *infra*, sez. III, capp. IV-V.

⁽³⁴⁾ Ved. *supra*, §§ 2 e 3. Per quel che riguarda l'istituto della giuria in America, basti qui dire che le *Federal Rules of civil procedure*, non hanno importato alcun mutamento rispetto al tradizionale diritto, del resto costituzionalmente garantito, di ciascuna parte di chiedere in date materie il *trial by jury* rispetto a tutti o a taluni dei fatti *in issue* (*Rule 38*), col potere peraltro della corte di disporlo anche in mancanza di siffatta domanda di parte (*Rule 39*). Maggiori particolari posson vedersi ad es. in Arthur T. VANDERBILT, *Cases and other materials on modern procedure and judicial administration*, New York, 1952, pp. 711 ss., 1190 ss.; Delmar KARLEN, *Primer of procedure*, Madison, Wisconsin, 1950, pp. 57 ss.:

Rimane tuttavia qualche punto di distacco da questo sistema, e benché le difformità concernino gruppi di casi abbastanza eccezionali, esse, nel complesso, non mancano di un loro interesse e significato: non foss'altro perché dimostrano come in America, diversamente che in Inghilterra, il movimento riformatore, che pur è giunto alle stesse conclusioni (proposte e difese prima di tutti dal BENTHAM) per ciò che riguarda i problemi centrali in tema di utilizzazione del sapere delle parti, ancor oggi rimanga ancorato tuttavia, nonostante la serrata critica di tutti i più noti studiosi della materia, a qualche vecchio apriorismo e pregiudizio rispetto a talune (e specialmente a due) situazioni marginali.

a) La più importante di queste situazioni è quella, ch'è considerata dagli statuti cosiddetti « dell'uomo morto »: *dead man's statutes*. L'idea che sta alla base di queste leggi, è la seguente: che, in controversie relative a contratti o altri atti intervenuti fra due soggetti, uno dei quali al tempo del processo sia deceduto (o sia comunque incapace di rendere testimonianza), sarebbe iniquo ammettere la testimonianza del soggetto sopravvissuto, il quale verrebbe a trovarsi, in tale modo, in una posizione di ingiusto vantaggio. Non fu difficile, naturalmente, alla più seria dottrina ⁽³⁵⁾ di obiettare che ammettere la testi-

E. CULLINAN e H. W. CLARK, *Preparation for trial of civil actions*², Philadelphia, Pa., 1953, pp. 69 ss.; ved. anche SERENI, *Aspetti ecc.*, cit., pp. 4 ss. Può osservarsi in generale che, benché anche negli U.S.A. sia avvertita una progressiva tendenza a sottoporre la decisione, non solo in materia civile ma anche in penale, al giudice senza giuria, ciò non di meno all'istituto della giuria si ricorre tuttora assai più di frequente di quel che non accada ormai nel processo civile inglese (*supra*, § 3, testo e nota 11), cfr. VANDERBILT, *Cases*, cit., p. 1194.

⁽³⁵⁾ Che si tratti di un pressoché unanime movimento dottrinale, attestano ora ad es. il FRYER, *Note on disqualification ecc.*, cit., p. 353, testo e nota 41, e il McCORMICK, *Handbook*, cit., p. 143; ved. già MASON LADD, *The dead man statute: some further observations and a legislative proposal*, « Iowa Law Review », 26 (1941), p. 240. È significativo il fatto che un'eccezione recente, provenga proprio da uno degli Stati del sud, la Florida: cfr. R. H. LEE, *The dead man statute and the uniform rules of evidence*, « Miami Law Quarterly », 11, (1956-57), pp. 103 ss.

Le critiche dottrinali sono condivise da varie Corti, cfr. CONRAD, *Modern trial evidence*, II, cit., p. 239.

monianza del *survivor*, non significherebbe, automaticamente, dargli una posizione di privilegio: non solo egli sarebbe pur sempre sottoponibile alla *cross-examination*; ma in ogni caso giudici e giurati non mancherebbero di valutare adeguatamente anche quella circostanza, che si vorrebbe aprioristicamente considerare quale ragione di *exclusion*. Né difficile fu aggiungere che detta *exclusion*, escogitata al fine di non far luogo ad una presunta situazione di privilegio, finisce per far luogo effettivamente ad una siffatta situazione — a danno, anziché a vantaggio, del *survivor* — in tutti quei casi, in cui i fatti rilevanti siano a conoscenza del solo soggetto sopravvissuto. In tal senso, sostanzialmente, è impostata la critica della dottrina: dal WIGMORE⁽³⁶⁾, al MORGAN⁽³⁷⁾, al FRYER⁽³⁸⁾, al McCORMICK⁽³⁹⁾, ecc. ecc.; ed alle stesse conclusioni son pervenuti tutti quei gruppi o centri di studio⁽⁴⁰⁾, che hanno raccomandato l'abolizione dei *dead man's statutes*. Ancor oggi, tuttavia, questi statuti permangono numerosi nelle varie giurisdizioni americane, e ciò nonostante che essi, com'è stato statisticamente provato⁽⁴¹⁾.

(36) WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., §§ 578 e 578 a, pp. 695 ss.

(37) Edmund M. MORGAN, *The law of evidence: some proposal for its reform*, in *Selected writings on the law of evidence and trial*, edited by FRYER, cit., pp. 354 ss.; Id., *Basic problems of evid.*, I, cit., pp. 84 s.

(38) FRYER, *Note on disqualif. ecc.*, cit., pp. 353 s.

(39) Ch. T. McCORMICK, *Some high lights of the Uniform Evidence Rules*, nei citati *Selected writings* ed. by FRYER, pp. 1177 ss.; Id., *Handbook*, cit., pp. 142 s.

Cfr. pure, fra tanti, James H. CHADBOURN, *History and Interpretation of the California Dead Man Statute: A Proposal for Liberalization*, « U.C.L.A. Law Review », 4 (1957), pp. 175 ss., spec. 209 ss.; R.R. RAY, *The dead man's statute: a relic of the past*, « Southwestern Law Journal », 10 (1956), pp. 390 ss.; Lloyd L. POSPISHIL, *The « dead man's statute » in Nebraska*, « Nebraska Law Review », 31 (1951), pp. 1 ss.; LADD, *The dead man statute ecc. cit.*, pp. 207 ss.; John A. CARPENTER, *The dead man's statute in Pennsylvania*, « Temple Law Quarterly », 32 (1958-59), pp. 399 ss.; J.H. BEUMER, *Alabama's « dead man » statute*, « Alabama Law Review », 8 (1955), p. 310.

(40) Il MORGAN, *Basic probl.*, I, cit., p. 85, ricorda il *Commonwealth Fund Committee*, l'*American Law Institute*, l'*American Bar Association*, e l'*Evidence Code Committee del Missouri Bar*.

(41) Cfr. MORGAN, *The law of ev. ecc.*, cit., pp. 354 s.; ved. pure LADD, *The dead man stat. ecc.*, cit., p. 207; FRYER, *Note on disqualif. ecc.*, cit., p. 353 testo e nota 44; RAY, *The dead man's statute ecc.*, cit., pp. 390, 395.

a causa della loro varia formulazione e, in molti casi, non agevole interpretazione ed applicazione, siano fonte di assai numerose controversie, che spesso arrivano fino alla Corte Suprema, oltre ad essere fonte di assai probabili ingiustizie. Non si può tuttavia mancar di segnalare una sia pur lenta tendenza legislativa a tener conto delle critiche formulate dalla dottrina⁽⁴²⁾, nonché il fatto, che sia il *Model code of evidence*⁽⁴³⁾, sia le *Uniform Evidence Rules*⁽⁴⁴⁾, hanno autorevolmente proposto la soppressione di quel relitto di una concezione, ch'è ormai anche negli Stati Uniti d'America sostanzialmente superata.

(42) Cfr. McCORMICK, *Handbook*, cit., p. 143, e *Some high lights ecc.*, cit., p. 1178; FRYER, *Note on disqualif.*, cit., p. 353 testo e note 42 e 43; RAY, *The dead man's statute*, cit., pp. 397 s.; POSPISHIL, *The « dead man's statute »*, cit., p. 3; nonché la nota anonima in « *Minnesota Law Review* », 39 (1954-55), pp. 609-613; anche CONRAD, *Modern trial evid.*, II, cit., p. 240; TRACY, *Handbook of the law of evidence*, cit., p. 125. Al tempo in cui parti e terzi interessati furono, dalle varie legislazioni degli U.S.A., via via ammessi a rendere testimonianza, quasi tutti gli statuti escludevano però la testimonianza del *survivor*; oggi un certo gruppo di Stati ha ormai abolito siffatta *exclusion*, mentre altri ne hanno in vario modo diminuito la portata.

(43) Il *Model Code of Evidence* fu preparato e pubblicato nel 1942, a cura dell'*American Law Institute* che a tal fine aveva incaricato un comitato di studiosi (cfr. *Model code of evidence as adopted and promulgated by the American Law Institute*, Philadelphia, Pa., 1942). Esso però, nonostante la sua grande autorità (specie, ma non soltanto, negli ambienti universitari) per la fonte da cui proveniva, non fu mai accolto come legge da nessuno degli Stati della Federazione. Per la proposta abolizione, in linea di principio, di tutte le « *disqualifications and privileges of witnesses* » nonché di ogni « *exclusionary rule* », cfr. la *Rule 9* (*op. cit.*, pp. 86 s.), e la *Rule 101* (pp. 91 ss.); s'intende che il *Model code* confermava l'ammissibilità della testimonianza delle parti e terzi interessati.

(44) Le *Uniform Rules of Evidence* furono il frutto della rielaborazione del *Model Code of Evidence*; esse sono state approvate nel 1953 dalla *National conference of Commissioners on Uniform State Laws* (cfr. *Handbook of the national conference of commissioners on uniform State Laws and Proceedings of the annual conference meeting in its 62nd year*, Boston, Mass., 1953, p. 102), nonché dall'*American Bar Association*, e nel 1954 dall'*American Law Institute*. Cfr. maggiori particolari in Spencer A. GARD, *The new uniform rules of evidence*, in *Selected writings ecc.* edited by FRYER, cit., pp. 1168 ss., e in McCORMICK, *Some high lights ecc.*, cit., pp. 1174 s. Le *Rules* sono riportate nel testé citato *Handbook of the nat. conf.* pp. 164 ss.; la « *general abolition of disqualifications and privileges of witnesses, and of exclusionary rules* », è proposta dalla *Rule 7*; ved. anche la *Rule 17*.

VI. b) Ricorderò ancora un secondo relitto, che riguarda la testimonianza del coniuge della parte. Abbiamo visto come, in Inghilterra, il coniuge della parte fin dal 1853 sia considerato, nelle cause civili, *competent e compellable witness* (*supra*, § 2 III *in fine*), salvo per ciò che riguarda le « comunicazioni confidenziali », rispetto alle quali permane un *privilege*, peraltro unilateralmente rinunziabile, a favore del coniuge al quale la comunicazione sia stata resa ⁽⁴⁵⁾.

Nel sistema statunitense può generalmente rilevarsi che, seppure la maggior parte delle giurisdizioni hanno ormai seguito l'esempio inglese, abolendo da un lato la generale « incompetenza » del coniuge a render testimonianza, e conservando, dall'altro lato, il testé ricordato (ma invero, praticamente assai poco rilevante, e restrittivamente inteso) *privilege* riguardo alle comunicazioni confidenziali ⁽⁴⁶⁾; qualche altra giurisdizione, invece, è fino ad oggi rimasta ancorata almeno in parte alla vecchia *common law rule*, se non proprio in generale escludendo la testimonianza del coniuge della parte, per lo meno estendendo enormemente la portata del « privilege » relativo alle comunicazioni confidenziali tra i coniugi ⁽⁴⁷⁾. È inutile dire che anche questo « arcaismo », con tutte le confusioni e incoerenze che si connettono alla sua pratica applicazione, è combattuto dalla dominante dottrina ⁽⁴⁸⁾, ed è stato condan-

⁽⁴⁵⁾ *Supra*, § 2, testo e nota 22.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. McCORMICK, *Handbook*, cit., pp. 144, 145, 168 ss.; MORGAN, *Basic problems*, I, cit., pp. 86 ss., 91 ss.; FRYER, *Note on disqualification ecc.*, cit., p. 352; RICHARDSON, *The law of evidence*, cit., pp. 448 ss.; CONRAD, *Mod. trial evidence*, II, cit., pp. 218 ss., 263 ss.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. per tutti MORGAN, *Basic problems*, I, cit., pp. 87 ss., 92 s. (nel Tennessee, ad es., il *privilege* copre « any matter that occurred between the spouses »; altri statuti, non meno genericamente escludono la prova di « ogni atto compiuto da un coniuge in presenza dell'altro »; e così via).

⁽⁴⁸⁾ Cfr. per tanti ultimamente McCORMICK, *Handbook*, cit., pp. 144 s., che parla di un « archaic survival of a mystical religious dogma [quello, secondo cui gli sposi sarebbero *duae animae in carne una*] and of a way of thinking about the marital relation, which are today outmoded »; MORGAN, *Basic problems*, I, cit.,

nato vuoi dal *Model code* del 1942⁽⁴⁹⁾, vuoi dalle *Uniform rules* del 1953⁽⁵⁰⁾.

§ 5. *La tecnica e gli effetti della cross-examination, e il successo pratico delle riferite riforme legislative inglesi e nordamericane.*

I. Libri interi sono stati scritti sulla tecnica e sulla struttura della *cross-examination*⁽¹⁾, ma, agli effetti della presente ricerca, il principale aspetto strutturale dell'istituto che va sot-

pp. 85 ss., spec. 93; ved. già WIGMORE, *A treatise*³, VIII, cit., § 2228, pp. 224 ss.; Robert M. HURCHINS e Donald SCHLESINGER, *Some observations on the law of evidence: family relations*, « *Minnesota Law Review* », 13 (1929), pp. 675 ss., spec. 677 ss. (contrari al diritto di segreto anche strettamente limitato alle comunicazioni confidenziali); ecc. ecc.

Dei vecchi maestri del movimento riformatore, né BENTHAM, né LIVINGSTON ammettevano la *exclusion* della testimonianza del coniuge della parte, cfr. la relazione ufficiale al § 1710 del *Code of civil procedure of the State of New York* (1850), cit. *supra* § 2 nota 15, p. 727.

(49) Cfr. il *Model code of evidence*, *Rules* 214 ss., nonché il commento a dette *Rules* (*op. cit.*, p. 153).

(50) Cfr. la *Rule* 28 e il commento ad essa relativo (*Handbook of the nat. conference*, cit., pp. 182 s.). A titolo di curiosità si può segnalare un ulteriore arcaismo, radicato, questa volta, addirittura nella Costituzione federale americana del 1789. L'art. 3, sez. 3 di quella Costituzione, accoglie infatti la vecchia regola *testis unus testis nullus* quanto alla imputazione di tradimento («no person shall be convicted of treason unless on the testimony of two witnesses ecc. »).

(1) Cfr. ad es. J.K. CLARK, *Preparation of cross-examination*, e W.H. GALLAGHER, *Technique of cross-examination*, studi raccolti in un volume delle « *Trial Practice Series* » (Roscoe POUND, *General Editor*), New York, 1955; H.S. BODIN, *Principles of cross-examination* (nelle stesse « *Trial Practice Series* »), New York, 1955; F.J. WROTTSLEY, *The examination of witnesses in court*², London, 1926; F.L. WELLMAN, *The art of cross-examination*⁴, New York, 1957. Posson vedersi pure W.R. LORRY, *A civil action. The trial*, Philadelphia, Pa., 1955, pp. 59 ss.; Ch. T. McCORMICK, *The scope and art of cross-examination*, in *Selected writings* ecc. edited by FRYER, cit., pp. 388 ss.; BEST, *The principles*¹³, cit., pp. 571 ss.; POWELL's *Principles*¹⁰, cit., pp. 456 ss.; J.W. DONOVAN, *Tact in court*⁸, London, 1915, pp. 80 ss.; KARLEN, *Primer of procedure*, cit., pp. 67 ss.; A.M. WILSHERE, *The outlines of procedure in an action in the King's Bench Division*⁴, London, 1930, pp. 149 ss.; CONRAD, *Mod. trial evid.*, II, cit., pp. 328 ss.; OGBERS' *Principles*¹⁶, cit., pp. 307 ss.; R. E. KEETON, *Trial tactics and methods*, Boston-Toronto, 1954; ecc. ecc.

tolineato è il fatto che l'esame dei testi (e quindi anche delle parti « as witnesses »), svolgentesi come s'è detto, per regola fondamentale e solo in eccezionalissimi casi derogabile, oralmente all'udienza di dibattimento (« in open court ») ⁽²⁾, è condotto principalmente dalla difesa delle parti, anziché direttamente dal giudice; ond'esso costituisce il perno di quella, che la dottrina anglosassone chiama « adversary » o « contentious theory of litigation » ⁽³⁾, contrapposta ai sistemi europei continentali da essa considerati, in verità senza profonde ragioni, come inquisitori ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Per le eccezioni alla regola, cfr. per tutti NOKES, *An introd. to evid.*, cit., pp. 364 s. e Itoghi ivi richiamati; CROSS, *Evidence*, cit., pp. 190 s.; per l'ordinamento federale americano, cfr. particolarmente la Rule 26 (d, 3) delle *Federal rules of civ. procedure*; ved. pure K.M. NEWMAN, *Das englisch-amerikanische Beweisrecht*, Heidelberg, s.d. [ma 1949], pp. 87 ss.

⁽³⁾ Cfr. per tanti MORGAN, *Basic problems*, I, cit., p. 60; McCORMICK, *Handbook*, cit., pp. 12, 503; CONRAD, *Modern trial evid.*, I, cit., p. V, e II, cit., p. 334; ved. in argom. anche GORLA, *Il contratto*, II, cit., p. X, e SERENI, *Aspetti ecc.*, cit., p. 14. Sui limiti di quel sistema, conseguenti ai vasti poteri giudiciali di direzione formale del processo in genere, e del *trial* in specie, cfr. ad es. VANDERBILT, *Cases ecc.*, cit., pp. 748 s.

⁽⁴⁾ Ved. *supra*, § 4, testo e nota 33. — Certo il fatto, che l'interrogatorio dei testi sia condotto dai difensori delle parti, può contribuire a mantenere il giudice « fuori della mischia », così come può d'altro lato rendere in molti casi più efficace l'istituto stesso, nella vivacità polemica dell'interrogatorio incrociato, tanto più se si pensa che nessuno meglio delle parti stesse, e quindi dei difensori delle parti, potrebbe trovare le domande idonee a smascherare falsità o reticenze, a mettere in chiaro dimenticanze o inesattezze del teste, e via discorrendo. D'altro canto bisogna però tener anche presente che la diversa abilità dei difensori delle parti, differenza che può accentuarsi soprattutto nella lite tra persone di diversa forza economica, può rendere ineffettiva la situazione di uguaglianza delle parti in un sistema, nel quale il giudice non abbia, oltre a un potere di direzione formale, anche un potere di direzione materiale del processo, potere che si esprime soprattutto in una possibilità di interrogazione (*supra*, parte I, sez. I, § 4; e cfr. il brano di R. WHITEHEAD riportato in H. S. BOBIN, *Marshalling the evidence*, in *Selected writings ecc.* edited by FRYER, cit., p. 12 in nota). In realtà è proprio la mancanza, *de facto* se non anche *de jure* (*infra*, nota 10), di un siffatto potere giudiciale di direzione materiale, unita alla mancanza di un efficiente sistema di « gratuito patrocinio » e alla spesso sproporzionata costosità dei processi, ciò che distingue il processo americano (più ancora che quello inglese) dal processo, non dirò europeo-continentale, ma soprattutto austriaco e tedesco nonché dei Paesi, che ne hanno seguito l'esempio. Si capisce pertanto come sia ora proprio un

La tecnica dell'istituto è, nelle sue linee fondamentali, abbastanza semplice. I testi dedotti dalle parti — e così anche la parte stessa, che deduce a prova la sua propria testimonianza o che è stata indotta a testimoniare dalla parte avversaria ⁽⁵⁾ —, rendono la loro deposizione previo giuramento promissorio, o affermazione solenne ⁽⁶⁾, di dire la verità ⁽⁷⁾. Le domande sono

insigne studioso americano di origine austriaca, Albert A. EHRENZWEIG, a scrivere che il più importante messaggio, che lo studioso di diritto comparato ha il compito di diffondere negli Stati Uniti, è il fatto che « even in the most dictatorial country of the civil-law orbit, the "little man", in many ways, has had access to the judge and justice more readily and more effectively than in this country », cfr. la recensione a Rudolf B. SCHLESINGER, in « The Yale Law Journal », 69 (1959), p. 363; quanto all'inefficienza del gratuito patrocinio, oltre all'EHRENZWEIG si veda E. ROBERG DE LAURENTIIS, *La difesa del povero in America*, Milano, 1957; e sulla costosità del processo civile inglese, assai superiore a quella del processo francese, HAMSON, *Civil procedure in France and in England*, cit., p. 418.

Vedremo nel seguito dell'indagine, come non sia poi nemmeno del tutto esatto ritenere che l'interrogatorio delle parti e dei testi nei sistemi europei continentali sempre si svolga attraverso domande rivolte soltanto dal giudice. Qui ricorderò che la tecnica della *cross-examination* può trovare dei precedenti antichi, sia nel processo romano della *extraordinaria cognitio* (cfr. il mio studio su *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*, « Riv. trim. di dir. e proc. civ. », 1955, p. 1160, nota 15 con riferimento a L. WENGER), sia nel processo italiano-canonico se debbo credere a ciò che leggo nella *Summa Magistri DAMASI Bononiae composita, de ordine iudiciario*, tit. 32 (vedilo nella raccolta di A. WUNDERLICH, *Anecdota quae processum civilem spectant*, Gottingae, 1841, pp. 76 s.; o nelle *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter*, Herausgegeben von L. WAHRMUND, IV. Band, Heft IV.: *Die « Summa de ordine iudiciario » des Magister Damasus*, Innsbruck, 1926, p. 26), dov'è detto che non soltanto « potest fieri interrogatio a iudice », ma « potest etiam fieri a partibus, ita, quod reus interrogabit actorem et actor reum », e soprattutto « potest etiam advocatus rei interrogare actorem et advocatus actoris reum », allo scopo di indurre la parte avversaria alla confessione. Aggiungerò per finire che in argomento la soluzione migliore mi sembra essere quella che, in Italia, fu proposta dal CHIOVENDA (cfr. gli artt. 41 e 137 del *Progetto di riforma del procedimento civile*, nei *Saggi di diritto processuale civile* di G. CHIOVENDA, II, Roma, 1931, pp. 129, 166) e che prevedeva sia un « libero interrogatorio » incrociato delle parti fra di loro, controllato dal giudice, sia un potere del giudice stesso di interrogare le parti « liberamente ».

⁽⁵⁾ « La parte che rende testimonianza è posta dalla legge nella stessa identica situazione degli altri testi », cfr. per tanti B.W. JONES, *The law of evidence in civil cases*, 3^a ed. a cura di W.C. JONES, San Francisco, 1924, pp. 1114 s.; CONRAD, *Modern trial evid.*, II, cit., p. 335.

⁽⁶⁾ Cfr. per l'ordinamento federale americano *supra*, § 4, testo e nota 29; per l'analoga norma nell'ordinamento inglese, cfr. POWELL's *Principles*¹⁰, cit.,

rivolte anzitutto dalla difesa della parte, che ha dedotto il teste in previsione di assolvere colla sua testimonianza il proprio *onus probandi* (*direct examination*, o *examination in chief*), quindi dalla difesa avversaria (*cross-examination*), con possibilità di una *re-examination* e di una *re-cross-examination* ⁽⁸⁾. Il giudice (c.d. *trial judge*) può egli stesso, purché si mantenga nell'ambito delle *issues* ⁽⁹⁾, rivolgere domande, specie allo scopo di chiarire

pp. 188 s.; PHIPSON, *On the law of evid.*³, cit., pp. 480 ss.; NOKES, *An introduct. to evid.*², cit., pp. 360 ss. Ciò che più importa, è che le conseguenze penali non cambiano: anche la falsa testimonianza resa su « affermazione solenne », è punibile come *spergiuro*, cfr. per tutti NOKES, *op. ult. cit.*, p. 364.

(7) Nulla esclude nel sistema anglosassone, diversamente che nel sistema austriaco (*infra*, sez. II, § 4 V cc e § 6), che, entrambe le parti essendo state sentite come testi *in causa propria*, si abbiano due contrastanti affermazioni giurate delle parti stesse (e tuttavia le statistiche, fin dai primi decenni successivi all'ammissione della testimonianza delle parti e dei terzi interessati, hanno smentito le previsioni di chi riteneva che l'innovazione avrebbe moltiplicato i reati di *spergiuro*: ved. i dati riportati, per gli anni 1875-1894, in PRETTENHOFER, *op. cit.*, p. 37 testo e nota 65). Anche in tal caso la corte (o la giuria) sarà pienamente libera nella valutazione della testimonianza; e così non c'è dubbio alcuno (cfr. in tal senso, per tanti altri, e sulla scorta della giurisprudenza inglese, già VON CANSTEIN, *Gutachten ecc.*, cit., pp. 58 s.), che il giudice potrà ritenere provato il fatto anche sulla *sola* base della testimonianza, resa dalla parte *portante l'onere della prova*, seppure contrastata dalla testimonianza della parte avversa: purché, naturalmente, la prima testimonianza sia ritenuta convincente, che altrimenti la questione di fatto dovrà essere risolta in favore della parte non onerata, cfr. PRETTENHOFER, *op. cit.*, p. 37. — Cfr. sull'obbligo di verità delle parti nel processo civile inglese, obbligo ch'è « configurato in maniera ancor più penetrante che nel processo austriaco », ABEL e BRESCH, *Grundsätze ecc.*, cit., p. 14.

(8) La *cross-examination* potrà non limitarsi ai fatti *in issue* o a quelli direttamente rilevanti rispetto ai fatti *in issue*, ma estendersi anche a fatti (indirettamente rilevanti), i quali possano incidere sulla credibilità del teste ossia sulla (libera) valutazione della sua testimonianza, e così in fra l'altro fatti attinenti all'eventuale interesse del teste rispetto all'esito del giudizio, ai rapporti di parentela, amicizia, inimicizia ecc. del teste colla parte, alla sua reputazione, condanne per falso, buona o cattiva memoria, vizi mentali ecc. ecc.; cfr. WILSHIRE, *The outlines*⁴, cit., p. 151; KARLEN, *Primer of proced.*, cit., p. 67; BODIN, *Principles of cross-examination*, cit., pp. 50 ss.; RICHARDSON, *The law of evid.*⁵, cit., pp. 486 ss.; CONRAD, *Mod. trial evid.*, II, cit., pp. 301 ss., 343 s.

(9) Cfr., ultimamente, M.S. WHALEY, *Handbook on South Carolina evidence*, in « South Carolina Law Quarterly », 9 (*Supplement*, 1957), pp. 17 s. Il limite di cui si parla nel testo, che è poi quello stesso da noi segnalato come imprescindibile conseguenza della disponibilità dell'oggetto dedotto in giudizio (cfr. la

a sé o ai giurati le deposizioni rese dal teste, ma anche al fine di integrare le domande rivolte dai difensori⁽¹⁰⁾; ma il suo compito è soprattutto quello di controllare, spesso con ampi poteri discrezionali, la regolarità dello svolgimento dell'esame, e così su eccezione di parte di bloccare, nei limiti in cui sono vietate, le domande tendenziose (*leading questions*)⁽¹¹⁾, o le domande

parte I, sez. II, cap. I), andrebbe peraltro precisato nel senso che anche fatti diversi da quelli *in issue* possono esser fatti oggetto di interrogazioni, purché sieno indirettamente rilevanti rispetto agli ultimi: ved. la nota precedente.

(10) Cfr. WIGMORE, *A treatise*³, III, Boston, 1910, pp. 151 ss., e IX, Boston, 1940, pp. 267 ss.; McCORMICK, *Handbook*, cit., pp. 12 s.; PHIPSON, *On the law of evid.*⁹, cit., pp. 506 s.; POWELL'S *Principles*¹⁰, cit., p. 471; CONRAD, *Mod. trial evid.*, II, cit., pp. 333 ss. Il potere giudiciale di supplire alle difettose domande degli avvocati — potere che è affermato, altresì, come un dovere (cfr. McCORMICK, *op. cit.*, p. 12) e può consistere finanche nella posizione da parte del giudice di *leading questions* (cfr. RICHARDSON, *The law of evid.*⁸, cit., p. 481) —, è in realtà assai scarsamente esercitato dai giudici anglosassoni, specie da quelli americani, come lamenta il WIGMORE, *op. cit.*³, III, pp. 152 s. Conserva quindi fondamento la critica testé svolta nella nota 4.

Entrambi, WIGMORE (*A treatise*³, IX, cit., pp. 268 s. testo e nota) e McCORMICK (*Handbook*, cit., p. 14), affermano altresì un potere giudiciale di indurre testi senza istanza di parte: la tesi, per quanto riguarda il processo civile, è però sempre stata scarsamente seguita dalla giurisprudenza (ved. qualche riferimento in CONRAD, *Mod. trial evid.*, II, 1960 *Pock. Parts*, cit., p. 113), ed è stata smentita dalla *Court of appeal* inglese, cfr. PHIPSON, *On the law of evid.*⁹, cit., pp. 506 s., e lo stesso WIGMORE, *op. et loc. ult. cit.* Può ritenersi pertanto che trovi ancor oggi giustificazione la diffusa affermazione, che nel processo civile inglese e americano rimane *de facto* in vigore, più che non possa dirsi per il processo europeo-continentale e specialmente per quelli austriaco e tedesco, il principio della « disponibilità delle prove », anche se questo principio è però temperato dagli straordinari poteri che nella ricerca della verità hanno le parti stesse, e in sede di controllo e di coercizione anche il giudice, e che si esprimono soprattutto negli istituti del *discovery of facts*, del *discovery of documents and other things* e della *cross-examination* (ved. *supra*, § 4, IV *in fine*): poteri, si noti, cui si aggiungono precisi doveri, come l'obbligo sanzionato anche penalmente di rispondere veridicamente alle interrogazioni scritte e orali, di produrre i documenti richiesti, ecc. ecc.

(11) Le *leading questions*, ossia quelle che implicitamente suggeriscono al teste una data risposta, sono normalmente vietate solo in sede di *direct examination* e di *re-examination* — salvo che il teste sia considerato « avverso » —, non anche in sede di *cross* e di *re-cross-examination*. Cfr. per l'ordinamento americano ad es. MORCAN, *Basic problems*, I, cit., pp. 52 s.; RICHARDSON, *The law of evid.*⁸, cit., pp. 477 ss.; KARLEN, *Primer of procedure*, cit., p. 67; e per l'ordinamento inglese, la voce *Evidence* [a cura di A. CAIRNS, C.A. COLLINGWOOD, A. LESLIE, F. GAHAN,

irrilevanti, o le domande attinenti a fatti rispetto ai quali il teste abbia un diritto al segreto (in particolare, oltre ai fatti che importerebbero « auto-incriminazione » del teste, le *confidential communications* privilegiate quali son quelle, di cui s'è detto nel paragr. preced., *sub VI* ⁽¹²⁾), o ancora le domande che si manifestino in conflitto con la *hearsay rule*, o coll'*opinion rule*, o con la *best evidence rule* ⁽¹³⁾, e così via discorrendo.

II. Diversamente da ciò che accade, per le ragioni ampiamente considerate nella prima parte di questo lavoro (parte I, sez. I, spec. §§ 1, 4-5, 15 ss.), nell'ordinamento italiano rispetto all'istituto dell'interrogatorio libero della parte — la cui natura probatoria è, senza dubbio, per lo meno discutibile —; nessuna incertezza può invece esistere sulla natura schiettamente probatoria dell'istituto anglosassone della *cross-examination*, quando anche si riferisca alle parti in causa. Esso è unanimemente considerato come di gran lunga il principale mezzo di prova,

H. BAWN, A.H. COLTART e Ph. F. SKOTTOWE] nell'*English and Empire Digest*, Replacement volume 22, London, 1953, p. 456 *sub n.* 4997; WILSHERE, *The outlines*⁴, cit., pp. 149 s., 151; PHIPSON, *On the law of evid.*⁵, cit., pp. 489 ss., 498.

⁽¹²⁾ Altre comunicazioni confidenziali « privilegiate », ossia costituenti materia di *privilege* onde il soggetto ne può rifiutare la testimonianza, sono quelle del cliente al difensore legale, del penitente al confessore, del paziente al medico ecc., cfr. per tanti ad es. TRACY, *Handbook*, cit., pp. 133 ss.

⁽¹³⁾ Non parlerò qui di quelle tre *rules* che, del sistema probatorio anglosassone, costituiscono forse per lo studioso europeo il capitolo più arduo e, nella pratica forense, il più dibattuto. Basti qui dire che la *hearsay rule* è sostanzialmente intesa ad evitare che siano ammesse come prove le dichiarazioni di verità, rese fuori del dibattimento e quindi senza le garanzie della « *viva voce examination in open court* »; la *opinion rule* è intesa a indurre il teste a dire ciò che ha visto e udito, piuttosto che ciò che opina; e finalmente la *best evidence rule* è intesa ad evitare che, in dati casi, la prova del contenuto di una scrittura sia data in altro modo che colla produzione, in quanto possibile, della scrittura medesima. Cfr. in argomento le concise ma perspicue osservazioni del KARLEN, *Primer of procedure*, cit., pp. 68-71; ved. anche CROSS, *Evidence*, cit., pp. 3 s., 10 ss., 338 ss.; più diffusamente ad es. RICHARDSON, *The law of evidence*⁶, cit., pp. 182 ss., 346 ss., 529 ss.; J. MacArthur MAGUIRE, *Evidence. Common sense and common law*, Chicago, 1947, pp. 9 ss.

inteso appunto a far luogo alla testimonianza dei terzi e delle parti ⁽¹⁴⁾.

Gli effetti probatori dell'esame sono liberamente valutati dal giudice (o dai giurati). Nessuna regola numerica e aprioristica vincola, in linea di principio e salvo rarissimi e del tutto marginali casi previsti dalla legge, quella libertà di valutazione: onde può senz'altro accadere che anche la sola *pro se declaratio* di una parte sia considerata, date le circostanze del caso, come prova sufficiente del fatto *in issue*. Né alcun effetto necessariamente vincolante si fa discendere dalla eventuale *contra se declaratio*. Che questa sia *de facto* considerata come prova sufficiente tutte le volte che, nel corso del *trial*, sia rimasta non contraddetta, è cosa ben comprensibile; si nega però che, dopo aver reso quella dichiarazione, la parte stessa non sia ammessa a contraddirla, con la sua propria testimonianza o colla testimonianza altrui o con altro mezzo di prova ⁽¹⁵⁾.

III. Del pieno successo ottenuto, negli ordinamenti inglese ed americano, dalle riforme che siamo andati studiando

⁽¹⁴⁾ Della *cross-examination* dice ad es. il WIGMORE, *A treatise*³, V, Boston, 1940, p. 29, ch'essa « è, fuor di ogni dubbio, il più grande strumento legale che mai sia stato inventato per la scoperta della verità »; identico giudizio in RICHARDSON, *The law of evid.*³, cit., p. 482; in TRACY, *Handbook of the law of evid.*, cit., p. 174; ecc.

⁽¹⁵⁾ Cfr. per tanti, oltre al RICHARDSON ed al CONRAD citati *supra*, § 4, nota 30 *in fine*, WIGMORE, *A treatise*³, IX, cit., § 2594 *a*, pp. 597 ss.; e specialmente McCORMICK, *Handbook*, cit., pp. 513-516. Quest'autore spiega le ragioni per cui sono preferibili la dottrina e la giurisprudenza tradizionali, che nelle *contra se declarationes* rese dalla parte in sede di *cross-examination* non ravvisano confessioni vincolanti e incontrovertibili — « *formal (judicial) admissions* » —, sibbene pure e semplici « *evidential admissions* », che ammettono prova contraria: ved. *supra*, nel precedente paragr., nota 30 anche per le precisazioni terminologiche, nonché § 3 testo e nota 17 per analoghe considerazioni nella dottrina inglese. Va comunque rilevato che anche la diversa tesi accolta da talune Corti e da qualche autore (veggasi ad es. TRACY, *Handbook*, cit., pp. 9 s., il quale peraltro sembra poi radicalmente cambiare idea a pp. 13-15), che ravvisa invece in quelle dichiarazioni vere e proprie « *judicial (formal) admissions* », è poi assoggettata a tali e tante limitazioni (vedile in McCORMICK, *op. cit.*, p. 515), per cui le due tesi non risultano, alla fine dei conti, troppo discordanti nei loro pratici effetti.

e in particolare a) dalla abolizione del vecchio principio escludente la parte ed i terzi interessati dal novero dei testi; e b) dalla piena valorizzazione dell'istituto della « *viva voce examination in open court* », nessuno può seriamente dubitare. Bastino qui poche testimonianze.

Fin dai primissimi anni era diffusa la ben giustificata consapevolezza, che si trattava di riforme di grande e rivoluzionaria portata: del « Lord Denman's Act » del 1843, Lord BROUGHAM ebbe a dire che si trattava « della più grande riforma attuata in tema di procedura » negli ultimi due secoli⁽¹⁶⁾; mentre del *Lord Brougham's Bill* il quale, quando fu approvato nel 1851 dal potere legislativo nonostante le vivaci opposizioni, costituì quel « Lord Brougham's Act » di cui abbiamo a suo tempo diffusamente parlato, Lord John CAMPBELL, che ne fu uno dei più autorevoli difensori, ebbe a scrivere che, « se sarà approvato, creerà una nuova èra nell'amministrazione della giustizia in questo Paese »⁽¹⁷⁾.

Subito rilevati e generalmente riconosciuti furono l'opportunità e il successo delle riforme. Oltre a quanto a suo tempo s'è riferito⁽¹⁸⁾, ricorderò, a titolo di esempio, la relazione redatta nel 1853 dagli « English Common Law Practice Commissioners », che di quel successo davano piena attestazione⁽¹⁹⁾; nonché il parere che può leggersi, a proposito dell'attuazione dello statuto che, nel 1849, aboliva nel Connecticut la *disqualification* delle parti e dei terzi interessati⁽²⁰⁾, nella relazione al § 1708 del *Code of civil procedure* dello Stato di New York⁽²¹⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. il brano riportato in WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 690.

⁽¹⁷⁾ Cfr. ancora WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 239 testo e nota 7, e II, cit., p. 692. Lo stesso Lord CAMPBELL scrisse, nel 1854, che il nuovo sistema, « il quale in realtà costituisce una rivoluzione giuridica, si è ormai consolidato e tutti lo accettano tranquillamente », cfr. WIGMORE, *A treatise*³, I, cit., p. 239 in nota.

⁽¹⁸⁾ *Supra*, § 2, testo e nota 15.

⁽¹⁹⁾ Cfr. il brano riportato in WIGMORE, *A treatise*³, II, cit., p. 689.

⁽²⁰⁾ *Supra*, § 4, testo e nota 17.

⁽²¹⁾ Il parere, redatto dal McCURDY (Ch. J.), è riportato in *The code of civ. proc. of the State of New York* (1850), cit. *supra*, § 2 nota 15, p. 716.

Ma la serie delle testimonianze potrebbe prolungarsi pressoché senza fine: dal WADDILOVE, che nel 1864 scriveva essere « ammesso da tutti » il fatto che le riforme in parola comportarono un importantissimo « miglioramento », perché hanno reso più sicuro l'ottenimento di una decisione basata su « verità e imparzialità »⁽²²⁾; a John Forrest DILLON, il quale nel 1894 scriveva essere « giudizio universale » il fatto che gli statuti, che in Inghilterra ed in America ammisero la libera testimonianza delle parti e dei terzi interessati, importarono « cambiamenti tra i più utili e importanti che mai siano avvenuti, rispetto all'amministrazione della giustizia, nel sistema legale » di quei Paesi⁽²³⁾; al WIGMORE, che delle riforme processuali attuate in Inghilterra intorno alla metà dell'ottocento sulla linea del pensiero benthamiano, parlava come di « epoch-making deliverances of the century », le quali, se non fossero state concesse come « riforme », sarebbero sopravvenute in forza di « rivoluzione », perciò che rispondevano a imprescindibili e ormai generalmente sentite esigenze di giustizia⁽²⁴⁾; per giungere infine al giudizio unanime degli studiosi più recenti: dal CROSS al NOKES in Inghilterra, dal MORGAN al McCORMICK in America⁽²⁵⁾, e

(22) WADDILOVE, *On the amendment ecc.*, cit., pp. 3, 7 in.

(23) DILLON, *The Laws and Jurisprudence ecc.*, cit., pp. 340 s. — Analogo apprezzamento può leggersi nel noto libro sulle prove di Edmund POWELL, cfr. POWELL's *Principles and practice of the law of evidence*¹⁰, cit., pp. 170 s., dove, a proposito delle riforme avvenute fra il 1843 e il 1851, è scritto che « probabilmente in nessuna branca del nostro ordinamento sono avvenute trasformazioni più importanti e più benefiche di quelle che sono state apportate in questa parte [relativa alla competency dei testi] della legge sulle prove ».

(24) *A treatise*³, I, cit., pp. 239, 240.

(25) Cfr. CROSS, *Evidence*, cit., p. 169 *i.f.*, dove è detto essere « indubitabile » il « benefico » effetto della riforma del 1851, che ha ammesso la testimonianza delle parti; NOKES, *An introduct. to evidence*², cit., p. 350, che accenna agli abusi del vecchio sistema; ved. anche ad es. HAMSON, *Civ. procedure in France and England*, cit., *passim*; inoltre MORGAN, *Basic problems of evidence*, I, cit., p. 83; McCORMICK, *Handbook*, cit., p. 142 (ove può leggersi in fra l'altro che « l'intollerabile assurdità della norma che escludeva la testimonianza per interesse [del

tanti altri ancora che non è qui possibile di menzionare ⁽²⁵⁾.

La testimonianza più sicura è data, del resto, ancora una volta dalla storia degli istituti: lo studio della quale come s'è visto ha dimostrato una ancor oggi vitale, progressiva tendenza del sistema probatorio anglosassone, a liberarsi sempre più integralmente delle vecchie strutture — « privilegi », « esclusioni », aprioristiche vincolanti valutazioni legali —, non tanto mediante la introduzione di nuovi istituti, quanto attraverso la trasformazione dei vecchi, la loro diversa valorizzazione, la loro accettazione come istituti generali anziché semplicemente particolari, e via discorrendo. È così che abbiám visto l'antico istituto del processo italiano-canonico — l'*interrogatio per positiones*, discendente essa stessa del resto dalla romana *interrogatio in iure* —, divenire, nell'ordinamento anglosassone, da istituto limitato ai processi delle corti di *equity*, istituto di portata generale (*discovery by interrogatories*), con funzione peraltro piuttosto chiarificatoria e preparatoria del dibattimento, che veramente probatoria; mentre quell'altro istituto, la « *viva voce examination* » dei testi « in open court », istituto originariamente limitato alle corti di *common law* e ristretto ai terzi non interessati, s'è visto espandersi in doppio senso, in superficie, con la sua estensione ad ogni processo, ed in profondità, col tra-

terzo o della parte], rende ai nostri occhi quasi incredibile il fatto che detta norma abbia potuto restare in forza, in Inghilterra, fino alla metà del XIX secolo, e in questo Paese [gli U.S.A.] fino a che la riforma inglese è stata accettata dai vari Stati »); ved. anche ad es. Rudolf B. SCHLESINGER, *Comparative law*², Brooklyn, 1959, pp. 219 s., 224 s.; RAY, *The dead man's statute ecc.*, cit., p. 390; tra i pratici, cfr. ad es. CARPENTER, *The dead man's statute in Pennsylvania*, cit., p. 410, che riferisce il parere per cui « nessuno, oggigiorno, penserebbe di escludere la testimonianza delle parti ».

⁽²⁶⁾ Mi limiterò a ricordare ancora, oltre a quanto scrive oggi in America il TRACY, *Handbook*, cit., pp. 122 s. sul fatto che « generazioni di esperienza » hanno dimostrato la opportunità di abolire le vecchie *rules of exclusion*, l'opinione di un comparatista inglese, Oliver E. BODINGTON, *An outline of the French law of evidence*, London, 1904, pp. 128 s., il quale affermava essere fuori discussione « la superiorità del sistema inglese [rispetto a quello francese] per ciò che attiene ai mezzi di ricerca della verità ». Ved. anche *supra*, in questo paragr., nota 14.

volgimento delle *disqualifications* dei terzi interessati e delle parti.

Passeremo ora allo studio di analoghe trasformazioni nella storia moderna del sistema probatorio di altri ordinamenti: trasformazioni diverse per i particolari e, a volte, anche per gli istituti sui quali esse han fatto leva — non incontreremo, ad esempio, l'*interrogatio per positiones* negli ordinamenti dei Paesi di lingua tedesca —, ma analoghe sempre, come ho avvertito fin dall'inizio di questo capitolo, per la loro fondamentale ragione di essere. La quale ragione, non bisogna stancarsi di sottolineare, trova le sue origini in una mutata concezione della sentenza e della sua genesi logica, e più in generale in una rinnovata metodologia del pensiero: non più ancorato ad aprioristici meccanici sillogismi, ma scaturente da una diretta spregiudicata osservazione dei dati; e trova le sue origini, parimente, in un rinnovato umanesimo, inteso come una rinnovata rifiorante fiducia nell'uomo, nelle sue possibilità di osservazione e di libera epperò responsabile valutazione dei multiformi imprevedibili dati della realtà.

PHOCION FRANCESCAKIS
*Maître de Recherches au Centre National
de la Recherche Scientifique*

**DIRITTO NATURALE
E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO**

Nota della Redazione. Il prof. Francescakis ha tenuto corsi di diritto internazionale privato nella Università di Urbino nei corsi estivi degli anni 1959, 1960, 1961 e 1962.

INTRODUZIONE

Compiti e limiti di una indagine sulla funzione del diritto naturale in diritto internazionale privato ()*

1. Anche gli oppositori più accaniti del diritto naturale ammettono che questa figura abbia, in un passato ancora recente, svolto una funzione importante per l'elaborazione del diritto internazionale positivo. Si può dire che essa conservi tuttora un'uguale funzione? Se i pubblicisti ne discutono, ciò avviene, mi sembra, solo sotto il profilo della vitalità del concetto, perchè relativamente all'impiego del termine stesso di diritto naturale, si deve ammettere che esso è, ai giorni nostri, escluso dalla terminologia diplomatica, come dal linguaggio della giurisprudenza internazionale ⁽¹⁾.

Cosa si può dire della espressione e del concetto stesso nel campo del diritto internazionale privato? Questo è il tema che vorremmo proporre in questa sede all'osservazione e alla riflessione. Il compito può invero sembrare temerario, soprattutto essendo intrapreso in omaggio ad un maestro il cui esempio impegna più che ogni altro ad una rigorosa precisione.

Il nostro proposito non è però di cercar di inserire in questa sede la profonda, secolare discussione su ciò che è il

(*) Questo studio appare in lingua francese nel I vol. dei *Mélanges offerts à Jacques Maury*. La traduzione italiana è a cura di Alessandro Migliazza (N.d.R.).

(1) Non lo si trova per esempio, nell'indice del Repertorio di HAMBRO, *La jurisprudence de la Cour internationale*, Leyden, 1952.

diritto naturale ed in qual modo esso può venire utilizzato ⁽²⁾, ma bensì quello, meno ambizioso, di determinare se, preso in un certo senso, il concetto di diritto naturale eserciti una determinata funzione nel diritto internazionale privato.

2. Conviene in primo luogo spiegare questa duplice limitazione della nostra indagine, perchè essa è soltanto relativa. Ciò che la giustifica è innanzitutto l'estrema ricchezza di significati e di utilizzazioni del concetto di diritto naturale. Ma si è lontani dall'aver esaurito il discorso, quando si è ricordato che la definizione di questa espressione è difficile, e che le parole richiamano, più che non avvenga solitamente, realtà male isolate, eterogenee, fugaci. Non bisogna dimenticare, infatti, che se il diritto è problema di espressione, è anche problema di utilizzazione di essa. Che una frase apparentemente ereditata dalla filosofia greca abbia potuto rappresentare nel corso dei secoli il segno, la testimonianza precisa attraverso la quale idee diverse hanno influito sul diritto ⁽³⁾, è un fatto pieno di significato. « *Le pavillon couvre la marchandise* »: l'adagio dà l'immagine della funzione empirica dei concetti nel diritto. Ed è esattamente ciò che impedisce di eliminare una volta per sempre il diritto naturale, sostituendovi una o più categorie, alle quali si è creduto di poterlo ridurre attraverso l'analisi, come ad esempio « la giustizia », « i principî generali », « la ragione », « l'opinione », « la politica ».

(2) Vedi, fra i lavori recenti, VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957; *La question du droit naturel*, articolo destinato alla *Encyclopedia Winklers* di prossima pubblicazione; *Une définition du droit*, in *Archives de philosophie du droit*, 1959, p. 55; THIEME, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, II ed. 1955; FLÜCKIGER, *Geschichte des Naturrechtes*, vol. I, Zollikon-Zurich, 1954; STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, trad. di Monique Nathan e Eric de Dampierre, Paris, 1953; ERIK WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre, Versuch einer Orientierung*, Karlsruhe, 1955.

(3) Sul punto, però, che in diritto inglese e nel Medio Evo il termine « ragione » venga utilizzato per indicare l'estrinsecazione del diritto naturale vedi DAVID-GUTTERIDGE-WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, p. 158.

legislativa » ecc., le quali d'altronde non evitano a loro volta che vengano sollevati ardui problemi di definizione.

Spesso non tanto la molteplicità di significati di un termine è pericolosa, quanto il fatto che lo si impieghi con un significato preciso, che può non essere quello comune: come, per esempio, se un giurista che lo intende secondo il pensiero di San Tommaso, perchè ha letto gli scrittori neo-tomisti, discutesse di ciò con un altro, la cui preparazione in materia deriva direttamente dalla dottrina del XVII secolo. In questo caso sorge un semplice problema di precisazione di termini, con la particolarità che la terminologia discende direttamente da presupposti filosofici. È quanto venne dimostrato in Francia dai lavori, vigorosi e limpidi, di Michel Villey ⁽⁴⁾.

3. Una tale situazione dovrebbe però, tutto considerato, meravigliare meno delle obiezioni che essa ispira a certi giuristi contro l'impiego della nozione di diritto naturale. Infatti il caso del diritto naturale non è affatto il solo in cui il diritto si serve di termini pesantemente oberati da discussioni filosofiche. Ciò succede, per esempio, in diritto civile quando si impiegano, senza darsene peso, parole quali « volontà » o « libertà » il cui significato si presta altrettanto poco ad una definizione strettamente giuridica. Senza dubbio al di là di un certo limite le difficoltà semantiche cessano di regola di essere di competenza del giurista.

Inoltre — e con ciò si supera il più forte argomento di chi fa discendere la soluzione del problema da premesse filosofiche — la difficoltà proviene qui non tanto dal fatto che l'espressione diritto naturale è desunta dalla terminologia filosofica, ma dal fatto che essa è, per mezzo della parola « natura », in comunicazione aperta con il linguaggio comune e ne segue quindi il variabile divenire. La difficoltà non consiste pertanto nel fatto

⁽⁴⁾ Vedi *supra*, p. 114, nota 2.

che il termine assuma significati diversi, quanto nel fatto che esso comporti un margine di impressione che non si può eliminare; il che significa che non se ne può fare una esatta analisi.

La critica alla nozione, tanto tradizionale quanto la nozione stessa ⁽⁵⁾, ha piuttosto mirato alla « disintegrazione » di un concetto rispetto al quale essa è riuscita solo a dimostrare che l'affermazione non aggiunge nulla alla somma degli elementi costitutivi. Δίκης ὄνομα οὐκ ἂν ᾔδεισαν, εἰ ταῦτα μὴ ἦν, dice un frammento di Eraclito: essi non conoscerebbero il nome della giustizia, se questa non esistesse ⁽⁶⁾.

4. Si impone poi un'osservazione, ove si voglia indagare il problema anche con metodo storico. Non bisogna infatti troppo ricercare la purezza dogmatica dei modi di utilizzazione del concetto. È vero infatti che in tempi successivi Aristotile, gli stoici, la filosofia religiosa del Medio Evo e i giusnaturalisti del XVII secolo hanno avuto circa il diritto naturale concezioni più o meno diverse. E non si tratta che dei momenti di maggior rilievo dell'evoluzione storica in questa materia: l'elenco minuzioso dei reali significati del termine che Erik Wolf ha recentemente redatto in Germania ⁽⁷⁾ rivela una varietà ancora più grande di quella che comunemente si immagina. Ma ogni qualvolta si individui una concreta esplicazione del diritto naturale, ciò non autorizza a riportarla ad uno dei diversi significati con cui la parola si è affermata in una certa epoca, perchè nulla impedisce di pensare, ad esempio che l'esplicazione si richiami a idee anteriori, e cioè che il diritto naturale abbia agito con tutto il suo peso storico.

⁽⁵⁾ La tesi attribuita da Diogene Laerzio ad Archelao, filosofo presocratico: τὸ δίκαιον οὐ φύσει ἀλλὰ νόμῳ εἶναι (il diritto non esiste per la natura, ma per la legge) contiene già in germe tutto il positivismo legalistico.

⁽⁶⁾ DIELS, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 2 ed., vol. 1, 1912, p. 32, n. 23.

⁽⁷⁾ *Op. cit.*, p. 114, nota 2.

La seconda spiegazione è più convincente per chi crede che le idee non operino isolate, ma attraverso una memoria collettiva dagli oscuri recessi, rispetto alla quale hanno valore anche i fatti di informazione personale degli individui, dalle lacune e dalle « ipertrofie » imprevedibili.

Per queste ragioni l'accantonare una indagine sulla funzione del diritto naturale nel diritto internazionale privato non potrebbe avvenire se non in senso relativo. In questa sede, come in altre, non si può affermare che il concetto sfugga all'incertezza e si può supporre che le conclusioni relative alla sua funzione in diritto internazionale privato si possano estendere al di là di questo ramo del diritto.

5. All'inizio dell'indagine si pone non tanto il problema del significato quanto quello della funzione del diritto naturale, e ciò sia perchè il problema appare più agevole, sia perchè, come risulta dalle precisazioni che precedono, la funzione del termine ha in questa sede più importanza del suo significato.

Si deve ammettere, così come noi facciamo, che questa funzione consista nella *rilevazione* del diritto, considerato come un dato apparentemente e formalmente in vigore, che si possa *prima facie* applicare ad un caso concreto. Chiameremo questo diritto diritto positivo, senza preoccuparci a questo proposito di altri problemi ⁽⁸⁾.

Il diritto naturale opera nei confronti del diritto positivo tendendo, nei casi concreti, alla *ricusazione* di questo, in altre parole ad una conclusione negativa sulla sua forza obbligatoria. Si è quindi raggiunto un primo risultato: si tratta, visto sotto il solo aspetto negativo, dell'antico problema della disobbedienza alle leggi ingiuste. Ma si può anche configurare il fenomeno come più complesso, in quanto si desuma dal diritto naturale un

(8) Su questi e sulla storia del concetto di « diritto positivo » specialmente in diritto internazionale pubblico, vedi da ultimo Aco, *Diritto positivo e diritto internazionale*, *Scritti in onore di Tomaso Perassi*, Milano, 1957, pp. 1-64.

comando, una norma precisa: così in una epoca storica se ne è dedotta tutta una serie di « diritti dell'uomo » (9).

Certamente dopo questo intervento creatore del diritto naturale, la soluzione data al problema può a sua volta divenire positiva. Se la pratica — innanzitutto quella dei tribunali — serba le tracce di un influsso rispetto ad una controversia, ne avrà argomento per accogliere la soluzione in altri casi. Essa sarà quanto meno portata ad agire in questa maniera nella misura in cui si sentirà, come oggi si dice, vincolata dai propri precedenti. Si parlerà allora — in funzione, nei vari sistemi giuridici, della gerarchia delle fonti del diritto (10) e della loro importanza reciproca — di diritto giurisprudenziale o consuetudinario. Si avrà in ogni caso un fenomeno che la dottrina tedesca indica col termine di *Positivierung* (11): il diritto naturale si sarà mutato in diritto positivo.

6. A questo punto del discorso si pone tuttavia una obiezione contro il diritto naturale, così importante da non poter essere trascurata anche nei limiti ristretti della ricerca che ci siamo proposti. Per molti giuristi delle generazioni immediatamente precedenti alla nostra, la scienza giuridica non si dovrebbe interessare dell'intero processo che abbiamo descritto, ma solo del suo risultato, vale a dire della norma positiva, una volta che essa venga posta. Tutto ciò che precede il sorgere del diritto è al di fuori del diritto, costituendo semplicemente una spiegazione del modo attraverso cui la norma viene posta (12).

(9) Sulla fondamentale importanza del pensiero di HOBBS in questa materia vedi STRAUSS, *op. cit.*

(10) Vedi, per quel che riguarda la Francia, MAURY, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, *Etudes Ripert*, t. I, 1950, pp. 28-50.

(11) Vedi ad esempio ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, *passim*.

(12) Questo punto di vista è stato sostenuto in Francia con particolare vigore dal compianto GEORGES RIPERT, di cui vedi l'articolo *Droit naturel et positivisme juridique*, « *Annales de la Faculté de droit d'Aix-Marseille* », 1913. Vedi poi la risposta di GENY in *Science et technique en droit privé positif*, vol. IV, 1924, p. 254 s. Cf. inoltre RIPERT in *Encyclopédie Dalloz - Droit civil*, voce *Droit*, n. 10 s.

Il compito che ci si propone con questo studio presuppone che tale obiezione sia stata superata: e per dimostrare ciò non è necessario impegnarsi compiutamente nella disputa circa il positivismo. È sufficiente puntualizzare che le critiche contro i tentativi di estendere il campo di osservazione del giurista fino ai fattori che determinano la norma, si presentano sia come una esigenza scientifica, epistemologica, di delimitazione precisa dell'ambito dell'indagine giuridica, sia come una reazione contro l'inefficacia pratica della ricerca extrapositiva. Ora quanto alla prima di queste obiezioni è sufficiente precisare che il problema dei limiti dell'indagine giuridica, come della maggior parte delle scienze, e soprattutto di molte scienze che assumono quale oggetto lo studio di un comportamento umano, è in gran parte un problema convenzionale: la scienza del diritto può, anche se non deve, intendersi comprendendo in essa i rapporti causali. In secondo luogo, e relativamente all'aspetto pratico dell'obiezione, è sul suo stesso terreno che si deve combatterla accusando a sua volta di insufficienza pratica ogni concezione del diritto che per volere studiare soltanto la norma positiva neghi la possibilità di esaminare il modo in cui la norma viene posta. Questo esame discende infatti proprio da una esigenza della pratica, soprattutto nella società contemporanea in continua evoluzione. L'esigenza è tale che, come è noto, una corrente di pensiero americana è giunta a non vedere nel diritto se non la previsione di ciò che i giudici saranno portati a giudicare. Non si arriva qui fino a tanto e ci si attiene alle concezioni europee che sottolineano, nella attuazione del diritto, il ragionamento deduttivo, il quale assume quale base taluni presupposti generali, solitamente di diritto scritto. Ma si può invece mettere in rilievo che se la missione del giurista non si esaurisce tutta nella previsione, essa comprende tuttavia quest'ultima nella misura in cui gli organi di attuazione del diritto esplicano una missione creativa. Per di più, e in ciò che concerne più specificamente il diritto naturale, quando esso, come

si dimostrerà, viene richiamato, e talora espressamente, dalla pratica, non è corretto attribuire puramente e semplicemente le soluzioni che essa ne deduce ad una libera determinazione. Può inoltre sembrare in ogni caso utile il raggruppare queste varie soluzioni nella classificazione che esse utilizzano: ed a questa idea si è ispirato all'inizio il presente lavoro. Tenuto conto delle precisazioni della scuola positivista, lo scopo dell'indagine potrebbe senza paradosso individuarsi nello sforzo di determinare le *utilizzazioni positive del diritto naturale* nell'ambito del diritto internazionale privato.

I. *La dogmatica tradizionale del diritto internazionale privato e l'esigenza di un apprezzamento concreto dei rapporti internazionali.*

7. Una volta definiti i limiti della nostra indagine, ritorniamo sul concetto di un diritto naturale che chiameremo, come il Villey, solamente « strumentale » perchè viene analizzato in relazione alla sua funzione, prescindendo dal suo contenuto.

Si osservi subito come i compiti che abbiamo detto essergli propri: e cioè il riesame della prescrizione « positiva », l'eventuale rifiuto di questa e la sua sostituzione con una norma apparentemente « non positiva », si estrinsechino nel diritto interenazionale privato odierno in procedimenti abituali, anzi ritenuti normalmente necessari.

Per dimostrare questa affermazione tracciamo a grandi tratti i fondamenti dogmatici del diritto internazionale privato contemporaneo ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ È nota l'importanza dei lavori del prof. MAURY relativamente alla teoria del diritto internazionale privato. Essi hanno reso alla dottrina francese contemporanea l'inapprezzabile servizio di rimetterla a contatto con le teorie straniere, restituendo così alle analisi dei vari problemi il carattere internazionale che l'aveva sempre caratterizzata, mentre la tendenza positivistico-nazionalista, rappresentata dal BARTIN, se ne era deliberatamente staccata. Del MAURY vedi *Règles*

8. Questo ramo del diritto ha un carattere tradizionalista⁽¹⁴⁾. Con ciò si vuol dire che esso rappresenti la continuazione di una vecchia dottrina — generalmente si è tutti d'accordo nel farlo risalire alla scuola romanista dei post-glossatori, ma si tratta di un'affermazione da riesaminare — e che non sia ancora giunto a liberarsi completamente dalle oscurità e dalle incoerenze che si notavano negli atteggiamenti iniziali, non essendo ancora riuscito a sostituirvi una costruzione razionale, che soddisfi le esigenze attuali. È noto a tutti che questa via fu scelta in Francia dagli autori del Codice civile; essi hanno voluto perpetuare il sistema del vecchio diritto, rinunciando, anche per la difficoltà del compito, a formularlo compiutamente in norme scritte⁽¹⁵⁾. È inoltre noto come l'opera scientifica dell'americano Story (1834) e quella del Foelix, suo seguace in Francia (1843), che sono all'origine diretta della dottrina contemporanea, non abbiano inteso fare altro che riprendere e far rivivere la tradizione. L'osservazione vale infine anche per il Savigny⁽¹⁶⁾, malgrado le apparenze innovatrici della sua o-

générales des conflits des lois, Rec. des cours de l'Acad. de La Haye, 1936, III, t. 57, pp. 325-576; *De quelques grands problèmes du droit international privé*, « Nouv. rev. de dr. int. privé », 1943, pp. 35-59; *Sur quelques questions de droit international privé* (conferenza tenuta all'Università d'Istanbul), 1948, p. 72; *L'éviction de la loi normalement compétente; l'ordre public international et la fraude à la loi*, Universidad de Valladolid, 1952, p. 174.

(14) L'importanza di questo dato è stata eloquentemente sostenuta da H. LEVY-ULMANN, *Les fondements de la doctrine universaliste en matière de conflits de lois*, Cours de doctorat professé à la Faculté de droit de Paris, Paris, 1934-35, p. 259. Ricordiamo che gli argomenti storici hanno una notevole funzione nell'opera di NIBOYET: v. le nostre osservazioni « Rev. hell. de droit intern. », 1952, pp. 228-227. Cf. l'affermazione recente di M. NIEDERER: « Abgesehen vom Völkerrecht wirkt auf keinem Gebiete des geltenden Rechts die überlieferte Dogmatik so stark noch wie im internationalen Privatrecht » (*Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, 1954, p. 17).

(15) LAINÉ, *La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé*, « Rev. de dr. intern. privé », 1905, pp. 21-60, 443-479. Cf. NIBOYET, *Traité de droit intern. privé français*, t. III, 1944, n. 889 s.; BATIFFOL, *Traité élém. de droit intern. privé*, 3^e éd., 1959, n. 273 s.

(16) Questo autore utilizza d'altronde espressamente la tradizione: vedere *System*, t. III, 1849, p. 3.

pera (1849), tranne questa diversità; che l'esperienza storica del diritto internazionale privato propriamente detto si chiude con lui nel contesto, ritenuto più ampio, della tradizione romanistica del diritto civile.

9. Insistere sul fatto che il diritto internazionale privato è una disciplina essenzialmente storica, non significa però sostenere che anche i singoli problemi affrontati dalla dottrina tradizionale presentino una continuità nel tempo. Al contrario, la storia dimostra che la prassi è stata nella nostra materia eccezionale ed episodica.

Il diritto internazionale privato, in quanto diritto delle relazioni private internazionali, presuppone infatti che tali relazioni esistano in realtà e siano giuridicamente regolate. Ora occorre appena ricordare che ciò è raramente accaduto nel corso dei secoli. I rapporti con lo straniero — trascurando le difficoltà che solleva il termine stesso di straniero — hanno subito infatti, dopo i periodi di intensa attività internazionale propri della civiltà ellenistica e di Roma nell'età classica, lunghe eclissi, ed hanno incontrato ostacoli di ogni sorta, politici, religiosi e razziali ⁽¹⁷⁾.

L'osservazione riveste importanza per dare un'idea dell'unità della stessa tradizione teorica. La nostra cultura giuridica risale senza dubbio all'epoca romano-ellenistica, e non è possibile quindi respingere le fonti di questa epoca sostenendo che esse non sono state utilizzate per lunghi secoli. Queste fonti saranno esaminate in seguito più particolarmente.

10. La prima ipotesi che si deduce dall'esperienza storica è che le relazioni private internazionali sono rette da un

(17) Una descrizione analitica, preziosa malgrado qualche lacuna o insufficienza delle nostre conoscenze in materia di storia comparata, sulla condizione degli stranieri si ha l'opera collettiva di prossima pubblicazione a cura della Società Jean Bodin dal titolo *L'étranger. Recueils de la Société Jean Bodin*, voll. IX et X, 1958.

diritto loro proprio, il quale non si confonde con il diritto interno, la *lex-fori*.

Posto così il problema, quale è il contenuto del diritto proprio delle relazioni internazionali? Si può pensare ad un diritto speciale «materiale» che disciplini direttamente il rapporto: ad esempio un diritto che determina quando si acquisti la maggiore età relativamente ai contratti internazionali. La scuola dei post-glossatori non esclude questa soluzione. Ma quando manchi un tale «diritto materiale» essa configura — ed è questo, si ritiene, il suo contributo fondamentale — un altro procedimento per attuare la disciplina del rapporto. Questo procedimento consiste nello scegliere una fra le leggi interne dei paesi con cui ha attinenza il rapporto in causa: così se si tratta della maggiore età in materia civile di un cittadino francese che ha stipulato un contratto in Italia, si deve scegliere fra le leggi interne francese e italiana. Il procedimento implica normalmente la «dissezione», lo «smembramento» del rapporto giuridico in causa: si distinguerà nei fatti e negli atti giuridici la sostanza, la forma, la capacità, la procedura, ecc., per sottomettere eventualmente ciascuno di questi elementi ad una legge differente.

Ora tutti sanno che è proprio questo sistema, che fu in seguito denominato «sistema del conflitto di leggi» che causa alla dottrina contemporanea i più grandi ostacoli. Ci si domanda infatti se esso abbia per oggetto la disciplina normale delle relazioni internazionali, oppure se esso consista nella delimitazione del campo dell'applicazione delle leggi interne degli Stati implicati nel «conflitto».

Osserviamo, dopo molti altri, che tanto nell'uno quanto nell'altro caso l'attuazione del procedimento implica un accordo preliminare sulla configurazione giuridica del rapporto sociale in questione. Ove ad esempio si discuta, a proposito di un matrimonio o di un atto illecito, se occorra determinare rispetto ad esso quale sia l'ambito d'efficacia delle leggi interne degli Stati interessati, oppure si debba scegliere fra le leggi quelle

che meglio convengono alla disciplina del rapporto, è necessario chiarire preliminarmente che ci si trova in presenza degli elementi costitutivi del rapporto giuridico « matrimonio » o « delitto ». È questa una delle direzioni nelle quali si impegna la discussione sul problema tanto dibattuto delle qualificazioni.

Quest'ultima difficoltà viene generalmente analizzata sotto il suo aspetto puramente logico. Si afferma che i concetti utilizzati dalla norma di conflitto per designare le relazioni giuridiche che costituiscono l'oggetto della disciplina internazionale (il concetto di matrimonio, di delitto, ecc.) devono necessariamente avere un ambito sufficiente per potere comprendere norme e istituti stranieri che differiscono da quelli propri del diritto interno; ciò che costituisce d'altronde l'ipotesi tipica del conflitto di leggi. La discussione verte quindi sulla possibilità di un tale inserimento.

11. Anche qui, come sempre nella indagine giuridica, le insufficienze concettuali non si chiariscono se non in rapporto alla realtà che i concetti esprimono. Infatti il problema della estensione della previsione della norma di conflitto ha rilievo rispetto all'accoglimento in un sistema giuridico determinato di norme e di istituti stranieri. L'accertare se le norme francesi di conflitto prevedano il matrimonio poligamico, il divorzio per ripudio unilaterale, il pegno senza spossessamento, l'organizzazione della proprietà o della rappresentanza sul modello del *trust* anglo-americano, equivale a porsi il problema dell'accoglimento, nel sistema francese di diritto internazionale privato, degli istituti e delle norme straniere corrispondenti. Sotto questo aspetto la qualificazione appare, come abbiamo sostenuto altrove ⁽¹⁸⁾, un'operazione di « internazionalizzazione ».

La dottrina dominante preferisce in verità risolvere il problema utilizzando la nozione d'ordine pubblico. Ad esso si

⁽¹⁸⁾ *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1959, *passim*.

attribuisce, ove occorra, il compito di escludere determinati istituti o norme straniere, presupponendo che la norma di conflitto abbia, bene o male, «funzionato» e che l'applicazione della legge straniera, in linea di principio competente, sia stata esclusa dall'azione del limite dell'ordine pubblico. Anche su questo punto la preoccupazione del contatto con la realtà ci esime dal richiamare le discussioni sollevate dal concetto di ordine pubblico. Basti ricordare — il che nessuno contesta — che l'ordine pubblico non potrà logicamente coincidere in tutti i punti con il sistema del diritto interno, perchè ciò equivarrebbe ad escludere di nuovo, e contrariamente all'ipotesi stessa del conflitto di leggi, l'applicazione del diritto straniero preso nel suo complesso. Per questo motivo la nozione di ordine pubblico esplica, ed in modo più immediato, la funzione che abbiamo attribuito al meccanismo della qualificazione, e cioè quella di accogliere istituti stranieri nell'ambito giuridico delle relazioni internazionali, di effettuare la loro «internazionalizzazione».

12. Mediante il procedimento di qualificazione e ancor più mediante la riserva d'ordine pubblico, si attua quel controllo e quell'esclusione che, come abbiamo chiarito, caratterizzano l'azione del diritto naturale. La soluzione apparentemente in vigore (e cioè quella che si ottiene con il procedimento caratteristico del conflitto di leggi, inteso, secondo le sue possibilità logiche, anche se in maniera contraria alla realtà empirica, fino a prevedere astrattamente l'accoglimento di ogni disciplina giuridica straniera, qualunque essa sia) forma l'oggetto di un confronto con qualcosa che non è un diritto «positivo». Non entra infatti in gioco la *lex fori*, colle sue norme materiali, o un qualsiasi diritto materiale straniero, ma bensì la concezione propria del sistema dell'interprete circa il modo d'essere dei rapporti internazionali, il concetto che in esso si ha della società internazionale.

Con questa ultima nozione si giunge al nocciolo della sistematica del diritto internazionale privato, e più precisamente alla giustificazione del procedimento del conflitto di leggi. A chiarire cosa sia questa società internazionale tende l'acuto riesame del diritto internazionale privato che il Batiffol ha fatto oggetto di un recente studio: esiste, egli ritiene, « in questo ramo del diritto l'espressione giuridica di una società, quanto meno alla ricerca di se stessa, in mancanza di una società costituita »⁽¹⁹⁾. Tale è ineffecto il substrato sociale ipotetico del non meno ipotetico diritto « strumentale » rispetto a cui si possono misurare i risultati della tecnica propria del conflitto di leggi.

È ora possibile precisare meglio la fisionomia di questa « società » e del suo diritto? Ed è ciò possibile tenendo conto della diversa teoria, propria della scienza attuale del diritto internazionale privato, secondo cui, nonostante l'apparente antinomia, la nostra disciplina sarebbe internazionale per il suo oggetto e nazionale per le sue origini? La domanda ci condurrà a un contatto più immediato con le tesi giusnaturalistiche.

13. Dobbiamo ora richiamare quanto si è cercato di chiarire circa il carattere tradizionalista del diritto internazionale privato; e domandarci come la tradizione abbia risolto il nostro problema.

A questo problema la storia del diritto internazionale privato, per quanto imperfetta essa sia⁽²⁰⁾, riteniamo fornisca una risposta univoca. Il diritto « strumentale » dell'ipotetica « so-

(19) *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, p. 153. Cf. le nostre osservazioni in « *Archives de philosophie du droit* », 1958, p. 205 ss., specialmente p. 213.

(20) LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, 2 vol., Paris, 1888 et 1892; GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, *Rec. des cours de l'Acad. de La Haye*, 1929, IV, vol. 29; MEIJERS, *L'Histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen âge spécialement dans l'Europe occidentale*, *Rec. des cours de l'Acad. de La Haye*, 1934, III, vol. 49; nonché la bibliografia ivi menzionata (p. 122, nota 18, pp. 275-281).

cietà internazionale» si è identificato all'inizio della dottrina dei post-glossatori con il diritto civile romano *considerato come diritto privato comune in vigore*. È questo diritto che fornisce normalmente i concetti estranei al diritto interno che vengono presupposti dal conflitto di leggi; ed è questo stesso diritto che dà la misura precisa delle esigenze dell'ordine pubblico.

Quest'affermazione è indiscussa per quanto riguarda i post-glossatori ⁽²¹⁾. Ma essa sembra valida, almeno come rilievo di una tendenza, anche per l'epoca ulteriore, e ciò fino a comprendere il Savigny.

Lo studio del conflitto di leggi è senza dubbio alcuno una disciplina romanistica. Esso è andato al di là della rinascita degli studi del diritto romano che si ebbe in occidente richiamandosi alla finzione della sopravvivenza dell'autorità del diritto romano ⁽²²⁾, malgrado le vicissitudini che quest'ultimo ha subito in Francia. Basti ricordare a tale proposito il richiamo che al diritto romano effettua proprio un autore così poco incline alla tendenza romanistica come l'Argentré, e basti inoltre rilevare come un autore del tutto lontano dalle fonti romane come l'Huber cerchi, in epoca tarda, nel XVII secolo, di fondare tutto il diritto internazionale privato sopra il diritto romano ⁽²³⁾, e come pure nel XVII secolo il presidente Bouhier si sia dichiarato fervente partigiano della « positività » del diritto romano in Francia.

⁽²¹⁾ Circa questa funzione vedi LAINÉ, *op. cit.*, vol. I, p. 98; sulla massima *ubi cessat statutum, habet locum jus civile* vedi KOSCHAKER, *op. cit.* nella nota seguente.

⁽²²⁾ La rinascita in Germania dopo la guerra dell'interesse per la comune tradizione giuridica europea è alla base delle opere, magistrali su questo punto, del KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München u. Berlin, 1953 (vedere la recente recensioni di HOLLEAUX, « Rev. intern. de dir. comparé », 1955, p. 248) e del WIEACKER, *Privatrechts-Geschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1952.

⁽²³⁾ *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* (in *Praelectiones juris civilis*, 1689) nr. 1; vedi su questo punto le critiche del FOELIX, *Traité*, 1843, nr. 4, e del LAINÉ, *Introduction*, vol. II, 1892, p. 107.

14. Si ricordi inoltre come il problema della disparità degli istituti e delle norme straniere da quelle del sistema del foro non si ponesse in quell'epoca con la medesima acutezza di oggi. Nelle città italiane il conflitto di leggi non interveniva se non per accordare fra di loro norme le quali eccezionalmente contenevano disposizioni che si distaccavano da un diritto comune a queste città. Settori interi del diritto d'altra parte venivano esclusi dall'applicazione di tale procedimento: il diritto commerciale per il quale si affermava una consuetudine internazionale di diritto materiale e il diritto della famiglia, almeno per quanto ineriva alla parte retta dall'ordinamento della Chiesa. Analogamente in Francia, più tardi, il conflitto di leggi operò normalmente su consuetudini che non presentavano differenze concettuali profonde e che erano d'altra parte nel loro insieme sottomesse ad una azione di unificazione legislativa o dottrinale⁽²⁴⁾. Il terreno scelto dal conflitto di leggi è, come per spicciamente osserva lo Yntema, caratterizzato, in certo qual modo, da un aspetto federalistico⁽²⁵⁾.

15. Cosa succedeva quando in un caso mancava la consapevolezza della validità del diritto romano, sia perchè ci si opponeva per principio ad esso, sia perchè ci si trovava di fronte a norme straniere irriducibili alla sistematica romana? Vorremmo qui avanzare una ipotesi, sperando però che gli storici si adoperino per controllarla. È quella del ricorso ai concetti, romani anch'essi, di « diritto naturale » e di « diritto delle genti » e più precisamente a ciò che noi proporremo fin d'ora di chiamare la *linea direttiva* romana diritto naturale - diritto delle genti.

(24) Sulla eccezionalità dell'applicazione dei principi del conflitto di leggi nei rapporti con gli stranieri, vedi LAINÉ, *Introduction*, vol. I, 1888, p. 74, ss.; DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, thèse, Paris, 1947, p. 9.

(25) Vedi *The Historic Bases of Private International Law*, « American Journal of International Law », 1953, vol. 2, p. 299 e la versione tedesca in *Festschrift Rabel*, vol. I, 1954, p. 515.

Un'ampia parentesi si rende necessaria per tentare di chiarire il contenuto di questi concetti e di giustificare il loro collegamento in una medesima direttiva. Ci si deve inoltre porre il problema, di cui si è fatto innanzi cenno ⁽²⁶⁾, di vedere se non convenga prescindere dalle origini dogmatiche della tradizione del diritto internazionale privato, e ciò sin dalle origini della tradizione romanistica del diritto civile in cui si dovrebbe trovare, almeno abbozzato, l'archetipo della costruzione attuale della nostra disciplina.

II. *Possibilità di risalire fino alle origini romane. La direttiva « diritto naturale - jus gentium ».*

16. Non v'è dubbio che l'epoca romana testimoni un periodo di rinascita del diritto internazionale privato *lato sensu*. Le condizioni nelle quali esso ha operato sono ben note: il loro insieme costituisce qualcosa di unitario, che però i romanisti sembrano talvolta cogliere con difficoltà. Essi, sia detto per inciso, avrebbero forse interesse, per risolvere il problema, a porsi dal punto di vista del diritto internazionale privato odierno, in quanto taluni dati di fatto romani sono confrontabili a quelli moderni ed anche attuali, perchè si richiamano ad un substrato politico e sociale, *mutatis mutandis*, affine. Ad ogni modo si propone qui uno schema:

1) si ha dapprima la creazione progressiva di un sistema giuridico nel quale i rapporti con lo straniero vengono ammessi. Nella sua più grande estensione questo ordinamento comprende tutti i peregrini, cioè coloro che non fanno parte di una comunità che sia politicamente sottomessa a Roma;

2) una volta risolto il problema della condizione degli stranieri si afferma il principio che le città ed i popoli pere-

(26) *Supra*, p. 11.

13. *Studi Urbinati*, 1959-1960.

grini conservino il loro ordinamento giuridico: *suis legibus utuntur*;

3) il diritto romano si apre progressivamente alla ricezione del diritto straniero;

4) e, in senso inverso, sotto l'azione politica e culturale di Roma, anzi, sotto l'azione diretta del legislatore romano, il diritto dei peregrini si romanizza;

5) l'evoluzione si considera conclusa nel 212 d. C. con il celebre editto di Caracalla, che accorda la cittadinanza romana alla quasi totalità degli abitanti dell'impero.

Il valore di questo testo viene variamente inteso. Secondo la recente ed autorevole opinione di Fernand de Visscher la sua efficacia dovrebbe avere soprattutto carattere « confermativo »⁽²⁷⁾. Esso non rappresenterebbe una soluzione di continuità con il passato, ma costituirebbe « piuttosto il risultato naturale di una evoluzione secolare »⁽²⁸⁾. In tutti i casi esso ha realizzato l'idea di una unificazione del diritto nell'interno dell'Impero. Il carattere assoluto del potere e l'universalismo cristiano hanno favorito la instaurazione della coscienza dell'unità del diritto, che però venne ancora per lungo tempo ed in larga misura contraddetta dalla persistenza di legislazioni locali⁽²⁹⁾.

17. Tale essendo lo stato di cose, e tali le tendenze, con quali mezzi il diritto romano risolveva il problema del diritto applicabile ai rapporti internazionali?

Allo stato attuale delle nostre conoscenze, l'opinione generalmente ammessa secondo la quale il diritto romano non avrebbe conosciuto il procedimento tecnico del conflitto di leggi, caratteristico del diritto internazionale privato moderno, si deve

(27) FERNAND DE VISSCHER, *La condition des pèrègrins à Rome jusqu'à la Constitution antonine de l'an 212*, *Rec. de la Soc. Jean Bodin*, vol. IX, *L'étranger*, p. 204.

(28) *Ibid.*, p. 208.

(29) V. GAUDEMET, *L'étranger au Bas-Empire*, *Rec. de la Soc. Jean Bodin*, vol. IX, *L'étranger*, p. 209 ss.

ritenere ancora fondata⁽³⁰⁾. E ciò, se non altro, in quanto, come ha osservato recentemente Werner Niederer⁽³¹⁾, il diritto romano non sembra avere formulato norme obbiettive « bilaterali » tali da permettere di scegliere, per la disciplina di un rapporto internazionale, tra le norme materiali in questione. Tuttavia, ed in base ad una delimitazione su base personale del diritto interno, il diritto romano sembra ammettesse nei casi concreti che una legge interna potesse formare l'oggetto di una scelta per disciplinare una situazione internazionale. Ma il criterio di questa scelta è tuttora incerto non essendo mai stato chiaramente formulato⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Vedi per un'esposizione dello stato della conoscenza in questa materia, in base anche all'apporto della papirologia, LEWALD, *Conflicus de lois dans le monde grec et romain*, estratto dall'*Archeion idiotikon dikaiou*, vol. XIII, 1946, p. 30 ss.; l'articolo di NIEDERER, *Ceterum quæra de legum Imperii Romani conflictu*, in *Fragen des Verfahrens-und Kollisionsrechtes, Festschrift Hans Fritzsche*, Zürich, 1952, pp. 115-132, che conclude con un appello ai romanisti per comprendere gli aspetti del problema.

⁽³¹⁾ *Loc. cit.*, p. 128.

⁽³²⁾ Il NIEDERER ritiene che l'applicazione agli stranieri di un istituto del diritto interno, dipendesse non da una « norma di conflitto bilaterale » ma dalla « struttura formale e materiale del diritto civile personale applicabile » (*loc. cit.*, p. 129). Egli richiama (*ibid.*, testo e nota 24) l'esempio dell'adozione: non sarebbe esistita a Roma una regola del tipo « l'adozione viene retta dalla legge personale dell'adottante » ma un principio « evidente » imponeva che l'adottante non potesse agire che secondo la propria legge personale; la soluzione del problema di sapere se uno straniero potesse venire adottato secondo questa legge dipendeva dalla sussistenza dei requisiti di forma e di sostanza previsti da tale legge; così un istituto quale l'*adrogatio* romana avrebbe escluso questa possibilità per il suo fondamento politico, mentre un istituto quale l'*adoptio* sarebbe stata applicabile ad uno straniero. Si deve a questo punto osservare che anche un tale ragionamento postula un principio di scelta che attribuisce una preponderanza, più o meno « evidente », alla legge dell'adottante. Il problema dell'attitudine di questa legge ad essere applicata ai rapporti internazionali in ragione del suo contenuto è differente e successivo: esso riconduce alla nozione dello *jus gentium* di cui si parlerà successivamente. E la stessa osservazione sembra si debba riferire all'esempio proposto dal NIEDERER (p. 130, nota 25) circa la *testamentifactio* passiva dei romani nei paesi ellenistici. Il problema perde poi di interesse con l'attenuazione della distinzione fra lo *jus civile* e lo *jus gentium*. FERNAND DE VISSCHER (*loc. cit.*, p. 199) ritiene che già nel II secolo a.C., mentre istituti ed atti, quali la *patria potestas*, la *mancipatio* e il testamento restavano riservati ai cittadini romani, « ... non si è potuto impedire alle giurisdizioni locali di considerare validi questi atti nei casi in cui il soggetto inte-

In cambio — e i testi di diritto internazionale privato insistono su questo punto — al posto dell'inesistente o insufficiente procedimento del conflitto di leggi il diritto romano avrebbe ampiamente utilizzato il procedimento di regolamentazione diretta, materiale, dei rapporti internazionali. È questo procedimento che designerebbe e spiegherebbe l'espressione *jus gentium*. I romanisti ritengono invece che questa opinione sia troppo semplicistica, e ritengono anche che il concetto di *jus gentium* sia uno dei più oscuri e controversi che il diritto romano ci ha trasmesso⁽³³⁾. Lo *jus gentium* interessa pertanto direttamente la nostra indagine, e se non è possibile dire a tale riguardo alcunchè di definitivo, cercheremo però di approfondire il problema che esso pone dal punto di vista, senza dubbio proficuo, del diritto internazionale privato.

18. Il concetto di *jus gentium* è dato da una confluenza di significati, che cerchiamo di individuare partendo dall'idea che essi in via di fatto gli siano stati tutti propri.

1) Lo *jus gentium* è stato all'inizio, dal punto di vista dell'ordinamento romano e nella misura, ancora mal precisata, in cui esso venne applicato nei rapporti fra i Romani e gli altri popoli, un diritto nazionale per la sua origine, ed internazionale per il suo oggetto. È, come si è visto, un aspetto identico a quello con cui oggi si considera il diritto internazionale privato. La dottrina però si è indotta solo di recente ad accogliere questa affermazione che ancora cinquant'anni fa sembrava

ressato ritenesse di ricorrervi ». Il problema sembra dunque porsi rispetto alla funzione attribuita alla volontà degli interessati nella scelta della legge applicabile. Vedi in questo senso l'articolo del LEWALD sopra citato.

⁽³³⁾ Vedi i dati della discussione secondo il WEISS, in *Pauly-Wissowa, Realencyclopädie*, voce *Jus gentium*. La discussione fu ripresa in Italia da LOMBARDI, *Sul concetto di « jus gentium »*, Roma, 1917, p. 403 (in cui vedi una larga bibliografia, p. 3, nota 2); FREZZA, « *Jus gentium* », « *Rev. Int. des droits de l'antiquité* », *Mélanges Fernand de Visscher*, vol. I, pp. 259-308; GROSSO, *Gai III*, 133: *Riflessioni sul concetto dello jus gentium*, *ibid.*, pp. 395-400. Vedi poi le brevi indicazioni di ELLUD, *Histoire des institutions (« Themis »)*, 1955, *passim*.

eterodossa, il che spiega come taluni autori persistano a rifiutare allo *jus gentium* un carattere internazionale ⁽³⁴⁾.

2) L'espressione *jus gentium* designò all'origine norme ed istituti recepiti da popoli stranieri, soprattutto dai Greci, in virtù delle relazioni commerciali internazionali.

Non si sa esattamente se tale recezione sia avvenuta rispetto alle norme o agli istituti del diritto straniero interno richiamato, e cioè del diritto previsto per la vita sociale dei popoli stranieri, o se fosse diretta a norme od istituti stranieri propri del diritto internazionale, e cioè a norme poste da questi popoli soprattutto per disciplinare le loro relazioni internazionali. La seconda risposta sembra più plausibile ove si pensi a principi come la *fides* o a istituti come la vendita consensuale, la cui azione tendeva a rendere efficaci le transazioni internazionali. Lo *jus gentium* avrebbe in tal modo agito nel settore del diritto che il Roubier, riferendosi alle condizioni del mondo contemporaneo, definisce il settore realistico ⁽³⁵⁾. La pratica precede qui il pensiero giuridico, il quale è dominato dall'idea di favorire la validità dei risultati della condotta umana. In questo settore, che è soprattutto quello delle relazioni commerciali *stricto sensu*, l'elaborazione dello *jus gentium* avrebbe coinciso — dopo un'epoca che in via teorica si suppone di promiscuità internazionale e non dominata dal diritto ⁽³⁶⁾ — colla recezione da parte di Roma, di un sistema consuetudinario internazionale di diritto commerciale.

La costruzione dello *jus gentium* ha poi beneficiato dell'apporto di norme poste in trattati conclusi da Roma ⁽³⁷⁾ e tra-

⁽³⁴⁾ Cf. FLÜCKIGER, *Geschichte des Naturrechts*, vol. I, 1954, p. 268 ss.

⁽³⁵⁾ V. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, p. 328 e *Rapport à la Semaine internationale de droit* (1950) riassunto in « *Rev. inter. de dr. comparé* », 1950, p. 742.

⁽³⁶⁾ Il FREZZA, ritiene che il riconoscimento a tutti gli stranieri di *status libero* del *commercium juris gentium* deve essere stato preceduto dal riconoscimento, in via di fatto, di comportamenti umani ignorati dall'ordinamento giuridico (*op. cit.*, p. 269).

⁽³⁷⁾ ELLUL, *op. cit.*, p. 234.

sformatisi in diritto internazionale, applicabile anche in mancanza di trattati. Il fenomeno non è sconosciuto nel mondo contemporaneo, ove lo si riscontra particolarmente ed in modo caratteristico nel diritto della proprietà industriale ⁽³⁸⁾.

3) In una fase successiva, lo *jus gentium* divenne in parte diritto romano interno ⁽³⁹⁾. Un medesimo processo si è svolto nei tempi moderni. Tutta la storia del diritto commerciale è dominata, come è noto, dalla nazionalizzazione di pratiche giuridiche originariamente internazionali: per ciò che riguarda gli istituti particolari, basti qui richiamare l'esempio della cambiale.

4) Da ultimo, in una fase finale rappresentata dalla codificazione di Giustiniano, la figura avrebbe avuto anche, ed anzi, avrebbe avuto esclusivamente ⁽⁴⁰⁾, il compito di indicare gli elementi comuni del diritto dei diversi popoli. Ora, e la cosa ha molto colpito i romanisti, la ricerca di una comunità di diritto sorta sotto l'egida di questo concetto, si applicava sia alle norme o istituti internazionali propriamente detti, sia alle norme o istituti di diritto interno. È certo che non v'è stato in questo fenomeno un orientamento dogmatico nuovo. Ma quale è il suo significato? Per quanto riguarda la considerazione della pratica propriamente internazionale dei popoli stranieri, sia che si trattasse di diritto pubblico ⁽⁴¹⁾ o di diritto privato ⁽⁴²⁾, il

⁽³⁸⁾ V. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Paris, 1952, p. 225 ss. (pagine già inserite nel *Clunet*, 1951, pp. 676 ss., 1040 ss.). Secondo il ΝΙΒΟΥΕΤ, *Traité de droit international privé français*, vol. III, 1944, p. 934 ss., si ha qui la prova della « grande legge sperimentale » circa il « massimo di differenza fra i trattati e il diritto interno ».

⁽³⁹⁾ ELLUL, *ibid.*

⁽⁴⁰⁾ Tale tesi viene vigorosamente sostenuta dal LOMBARDI, *op. cit.*

⁽⁴¹⁾ È questo il caso dell'immunità degli ambasciatori. Sul punto vedi LOMBARDI, *op. cit.*

⁽⁴²⁾ LOUIS GERNET, *Sur les actions commerciales en droit athénien*, « *Revue des études grecques*, 1938, p. 1 ss., riprodotto in *Droit et société dans la Grèce ancienne*, 1955, p. 173 ss., conclude per l'esistenza in materia commerciale ad Atene di una « specie di *jus gentium* » vicino ad una « specie di *jus civile* », p. 200.

problema non pone difficoltà: in termini moderni si parlerebbe della rilevazione di una consuetudine internazionale, di una recezione di essa nel diritto romano. Ma non si può dire lo stesso per l'indagine circa l'esistenza di una norma o di un istituto nel diritto interno dei diversi popoli, quando la norma o l'istituto non operano se non nella vita interna di questi popoli.

Questo però, è opportuno chiarirlo subito, non vale ove si attribuisca alla medesima circostanza un valore internazionale, utilizzando la constatazione quantitativa per dedurne, in linea qualitativa, la costruzione di una norma o di un istituto internazionale.

A questo punto si può comprendere l'importanza del concetto di *jus gentium* per delineare la nozione di « società internazionale », e il rapporto tra questo concetto e la dottrina giusnaturalistica. Infatti, è bene ripeterlo, non è in questo caso necessario richiamare le controversie che si ebbero in quell'epoca circa il contenuto ideologico del diritto naturale per affermare che la presenza di elementi costanti nella legislazione di tutti i popoli — malgrado la constatazione, fatta molto presto dal pensiero greco, della disparità essenziale dei sistemi giuridici — ha potuto sembrare, nel senso più ampio e comprensivo, come evidente. Al limite del ragionamento che tale orientamento implica, una norma giuridica o un istituto sono naturali perchè comuni a tutti popoli, ed inversamente essi sono comuni a tutti i popoli in quanto naturali. Si ha così una specie di presunzione di « naturalità » per gli istituti riconosciuti come appartenenti allo *jus gentium*. Che si trattasse di una presunzione, un esempio almeno l'attesta, d'altronde estremamente caratteristico: quello della schiavitù. L'istituto appartiene, ove si proceda ad una dimostrazione quantitativa, al diritto delle genti; esso però non appartiene, in senso qualitativo, al diritto naturale.

19. Si chiarisce in tal modo il significato che assumeva per i giuristi romani la valutazione da parte del diritto internazio-

nale di taluni istituti di diritto interno. Ciò che importa in questa indagine non è la sola constatazione del fenomeno, ma bensì anche l'affermazione del carattere naturale di questi istituti.

Si rimediti questo punto — ed il nostro ragionamento sfida una volta di più l'inevitabile rimprovero di anacronismo — in base a quello che sembra l'attuale contesto razionale della materia. Dire che un istituto interno è atto a disciplinare i rapporti internazionali perchè esso viene accolto nel diritto interno di tutti i popoli o solamente della maggior parte o di un gran numero di essi, è in contrasto col principio che i rapporti internazionali possono richiedere una disciplina che differisce dal diritto interno di tutti i popoli. Affermare invece questa attitudine, per il carattere « naturale » dell'oggetto, e dopo aver controllato questo carattere, significa affermare che i rapporti internazionali devono anch'essi riflettere questa naturalità. Appare quindi finalmente la fisionomia — o il miraggio — della società internazionale, per costruire la quale possediamo una sicura direttiva: il diritto di questa società deve comprendere gli elementi del diritto interno che hanno superato il duplice vaglio dato dai concetti di diritto naturale e di diritto comune.

20. Che i giuristi romani si siano fatti o meno un'idea del fenomeno vicina a questo schema, pensiamo rivesta scarsa importanza per la storia successiva. La direttiva « diritto naturale - diritto delle genti » è in ogni caso, nella compilazione di Giustiniano, una virtualità dogmatica. La affermazione si basa:

1) Sui richiami espressi al diritto naturale. Non vi è alcun bisogno di insistere sul loro valore. La filosofia greca, da cui deriva il termine, ne conosce, secondo il Villey, almeno due significati diversi, il significato aristotelico e il significato storico. Bisogna anche, come fa Jean Gaudemet ⁽⁴³⁾ considerare

(43) Vedi GAUDEMET, *Quelques remarques sur le droit naturel à Rome*,

l'influenza del cristianesimo, ma soprattutto limitarsi a constatare con lui che gli esempi testuali del termine di *jus naturale* (come di quelli di *jus naturale* e di *jus naturae*) non si possono ridurre a sistema⁽⁴⁴⁾. Tuttavia queste citazioni realizzano una « apertura » dogmatica del diritto romano verso l'insegnamento giusnaturalistico

2) sulla confusione, abitualmente ammessa, che si riscontra nei testi di Giustiniano, fra i due concetti di *jus naturale* e di *jus gentium*

3) sul rapporto espresso che stabilisce fra questi due concetti una delle definizioni più celebri dello *jus gentium* che ci siano pervenute, quella di Gaio⁽⁴⁵⁾. Per Gaio, lo *jus gentium* è *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*⁽⁴⁶⁾, e nello stesso tempo, il diritto che *apud omnes peraeque custoditur*. Si noti per incidenza la priorità della affermazione circa il carattere naturale dello *jus gentium*.

III. La direttiva « diritto naturale - diritto delle genti » nella dottrina tradizionale del conflitto di leggi.

21. Questa parentesi romanistica si è conclusa con la constatazione dell'importanza del diritto naturale, cui si è giunti

« Arch. d'hist. du droit oriental » e « Rev. int. des droits de l'antiquité », vol. I, 1952, pp. 445-467.

(44) Per un'elencazione dei significati del termine « diritto naturale » nel pensiero romano in generale, v. ERNEST LÉVY, *Natural Law in Roman Thought*, estratto da *Studia et Documenta Historiae et Juris*, vol. XV, Rome, 1949, che mette in valore la grandissima importanza di Cicerone in questo campo e la duplice influenza, aristotelica e stoica, in lui operante.

(45) *Inst.* I, 1, con riferimento a D. 1, 1, *de justitia et jure*, 9. Sul testo vedi LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 120 ss., 348.

(46) L'espressione *naturalis ratio* non indica la ragione umana, come hanno ritenuto i filosofi poco versati nella lingua latina, ma l'ordine (*ratio*) naturale delle cose (BONFANTE, *Histoire du droit romain*, trad. Carrère et Fournier, vol. I, Paris, 1928, pp. 303 e 420).

individuando una direttiva diritto naturale - diritto delle genti nella costruzione di un diritto comune della società internazionale rispetto al quale non si sarebbe potuto affermare il procedimento del conflitto di leggi.

Bisogna ora riprendere il filo storico dell'esposizione per domandarci cosa avvenne della direttiva nella dottrina moderna inaugurata dai post-glossatori.

Il problema non si pone evidentemente per l'ipotesi in cui, come è stato chiarito dianzi, la tradizione moderna ha confuso formalmente il substrato di diritto comune, sul quale opera il procedimento del conflitto di leggi, con il diritto civile romano. Esso non si pone che nella misura, senza dubbio minore, in cui la dottrina tradizionale ha resistito alla finzione della sopravvivenza del diritto romano in quanto diritto privato comune. Si è individuata la direttiva e si è avuto coscienza del suo valore dogmatico? Prima di ricercare una soluzione del problema, osserviamo che esso si è presentato in condizioni assai delicate. Infatti la compilazione di Giustiniano, per quanto accolga soluzioni classificate sotto la rubrica del diritto naturale o del diritto delle genti è, nel senso sopra ricordato, un'opera di « positivizzazione ». La direttiva si trova in essa ormai immobilizzata, « congelata », valida solamente per le soluzioni che se ne deducono nel diritto romano. L'interpretazione scolastica dopo la finzione della « positività » del diritto romano, ha dovuto dunque richiamare non tanto la direttiva quanto le varie soluzioni contenute nei testi romani. Il valore dogmatico di quella non ha potuto venire inteso se non nel XVI secolo con Cujacio, in seguito all'adozione di un metodo storico di indagine nello studio del diritto romano.

Tuttavia una linea intermedia di pensiero, pur non attribuendo alle fonti romane il valore di diritto civile comune, sembra riprendere da esso la direttiva nel suo aspetto statico senza lasciarsi impressione, il che più tardi sembrerà sorprendente, dal valore manifestamente non positivo dei testi romani.

Quanto meno in tal modo si profila il quadro entro cui si possono localizzare i risultati degli *excursus* che abbiamo qui condotto circa l'utilizzazione della linea nell'antico diritto, mentre non abbiamo effettuato una indagine completa, la quale si sarebbe potuta difficilmente inserire in questo saggio e che avrebbe certamente superato i nostri mezzi. Si espongono ora questi risultati, nella speranza che il medesimo argomento venga un giorno affrontato sul piano storico.

22. Il punto di riferimento storico in questa materia è dato, all'evidenza, dal fiorire nel XVII secolo della dottrina giusnaturalistica sotto la denominazione, che tanto richiama la linea che abbiamo posto in rilievo, di « scuola del diritto naturale e delle genti ».

Tuttavia è possibile rilevare in una epoca precedente nella materia dei conflitti di leggi almeno un richiamo al diritto naturale⁽⁴⁷⁾, e ciò nel pensiero di Guy Coquille. Non si tratta in verità di un richiamo nel senso e della portata sopra chiarita. Esso riguarda il principio stesso del conflitto di leggi, l'incapacità, propria per definizione della legge locale, a disciplinare le situazioni internazionali⁽⁴⁸⁾. Guy Coquille, scostandosi dal formalismo dei post-glossatori, fonda questo principio non sul diritto romano, ma sul diritto naturale⁽⁴⁹⁾. Ora, è ben noto

(47) All'infuori della nostra materia, i richiami al diritto naturale negli autori francesi si riscontrano a partire dal XIII secolo (v. CHEVRIER, *Arch. de philos. du droit*, 1952, p. 7, nota 1); lo stesso vale per i richiami al diritto delle genti (WEISS, *Traité de droit international privé*, 2^a ed., 1908, p. 64). Sull'applicazione della direttiva al diritto pubblico a partire dal XII secolo, vedi GUGGENHEIM, *Jus gentium, jus naturae, jus civile et la communauté internationale issue de la « divisio regnorum » intervenue au cours des XII et XIII siècles*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. 7^o pp. 3-31.

(48) *Questions et réponses sur les articles de coutumes*, Paris, 1946, p. 114. Desumiamo la citazione dall'opera di GAMILLSCHEC, *Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionserchts*, Berlin-Tübingen, 1955, p. 130.

(49) La giustificazione giusnaturalista del procedimento del conflitto di leggi vale senza dubbio in un certo senso — come mette in evidenza il MAURY

che Guy Coquille apparteneva alla schiera degli avversari risoluti della validità immediata del diritto romano in Francia ⁽⁵⁰⁾.

Per ciò che concerne la scuola giusnaturalistica del XVII secolo, bisogna diffidare della similitudine dei termini con quelli usati per analizzare la direttiva in diritto romano. Nel pensiero dei giusnaturalisti del XVII secolo vi è più un diritto della natura (*jus naturae*) che un diritto naturale (*jus naturale*) ⁽⁵¹⁾. Secondo questa scuola l'accento viene posto non sull'aspetto funzionale del diritto naturale, il solo che sia stato considerato all'inizio di questo studio, ma sul suo carattere di fonte autentica del diritto, legata, attraverso all'idea della natura, alla ragione umana e destinata non a correggere, ma a riformare più o meno radicalmente il diritto. Quanto al concetto di *jus gentium*, esso ha la funzione di esprimere non tanto l'esistenza di norme internazionali comuni (le norme positive in questa materia sembrano sospette proprio per la loro diversità) ⁽⁵²⁾, quanto piuttosto l'esistenza stessa, che andava dimostrata, di un diritto internazionale, di un *jus inter gentes*. Il legame tra i due concetti esprime in definitiva il richiamo della costruzione di un diritto internazionale fondato sulla ragione.

(*Règles générales des conflits de lois*, nr. 28), per taluni scrittori recenti come ZITELMANN o FRANKENSTEIN e in generale per gli scrittori che elaborarono i sistemi teorici della nostra disciplina — nella misura in cui essi oppongono ai dati positivi un sistema fondato sulla ragione. Ricordiamo che il nostro proposito in questa sede è diverso. Considerando che il procedimento del conflitto di leggi riguarda il diritto positivo, si pone il problema di determinare l'influsso del diritto naturale nel suo funzionamento.

⁽⁵⁰⁾ Per il GAMILLSCHÉC (*op. cit.*, p. 92 ss.) la posizione del DUMOULIN sembra essere stata una posizione intermedia. Malgrado la sua convinzione circa l'indipendenza del diritto comune francese nei confronti del diritto romano, la sua opera in materia di conflitto di leggi è fondata sull'ipotesi del carattere comune del diritto romano, richiamandosi tuttavia sussidiariamente la giustizia naturale.

⁽⁵¹⁾ Cf. i titoli dei trattati di PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, 1672, e di TOMASIUS, *Fundamenta juris naturae et gentium*, 1705.

⁽⁵²⁾ Cf. ROUBIER, *Théorie général du droit*, 2^a ed., 1951, p. 138.

In tale modo si è molto lontani dalla struttura dogmatica della tradizione romanistica. Questo movimento di pensiero partiva da una visione pubblicistica del diritto internazionale. Presi dal loro interesse verso il diritto pubblico⁽⁵³⁾, nell'euforia dell'affermazione della nuova disciplina, i caposcuola del diritto naturale non sembra si siano preoccupati del rilievo delle loro tesi rispetto alla disciplina dei rapporti internazionali di diritto privato. Così il contributo dello stesso Grozio al diritto internazionale privato, poco conosciuto del resto, appare deludente per il suo tradizionalismo⁽⁵⁴⁾.

Ma bisogna in realtà pensare quanto questa teoria, sotto l'impulso iniziale di Grozio, sia lontana dall'aver respinto l'esperienza romana di cui essa si è al contrario ampiamente servita adattandola alle sue esigenze razionali⁽⁵⁵⁾. Da ciò deriva come il

(53) Proprio in quanto vennero considerate rientranti nel diritto pubblico e attraverso il canale della ideologia giusnaturalistica, le teorie tradizionali formarono in Inghilterra l'oggetto di una vera ricezione nel XVIII secolo. Vedi su questo fenomeno classico il lavoro di SACK, *Conflict of Laws in the History of the English Law*, estratto da LAW, *A century of Progress* (1835-1935), vol. 3, 1937, pp. 342-454 e recentemente ANTON, *The introduction into English Practice of Continental Theories on the Conflict of Laws*, in « *International and Comparative Law Quarterly* », 1956, pp. 534-541. Il carattere del diritto pubblico del conflitto di leggi è ancora sostenuto da STORY, *Commentaries*, 6ª ed. a cura di REDFIELD, Boston, 1865, p. 10; sulla posizione del diritto naturale nel pensiero di STORY, vedi NADELMANN, in *Boston Law Review*, vol. 30, 1950, p. 332 ss. Nel secolo XIX la scuola del Mancini si avvicina alle tesi del positivismo, ma ciò avviene per imporre attraverso convenzioni internazionali una concezione pubblicistica del conflitto di leggi, giustificata in base a considerazioni di diritto naturale. Vedi l'articolo-programma del MANCINI nel I volume del *Clunet* (1874), p. 221 ss. In tal modo la tesi circa il carattere nazionale del diritto internazionale privato non può mettere in discussione il dato storico che esso venne inteso in taluni periodi come legato al diritto internazionale pubblico.

(54) V. GAMILLSCHEG, *op. cit.*, p. 158 ed ivi riferimenti. Tutta la dottrina di GROZIO sarebbe d'altronde una sintesi ed un richiamo di soluzioni tradizionali, almeno secondo l'opinione di LE FUR, *La théorie du droit naturel depuis le XVIII siècle et la doctrine moderne*, *Rec. des cours de l'Acad. de La Haye*, vol. XVIII, 1927.

(55) V. su questo punto le opinioni di KOSCHAKER, *op. cit.*, p. 252, e di WIEACKER, *op. cit.*, p. 167.

richiamo alla direttiva sul piano del diritto internazionale privato abbia potuto effettuarsi nella linea stessa di questa dottrina.

23. Si arriva così all'unica utilizzazione della direttiva alla quale comunemente si pensa quando si pone il problema. È stato infatti questo l'uso che se ne fece in Francia nel XVII secolo allorchè si volle disciplinare il problema della condizione degli stranieri⁽⁵⁶⁾. Ci si domanda se tale problema si riferisse al nostro argomento, il che viene negato dall'opinione corrente. Ma noi pensiamo che le tesi accolte su questo punto meritino di venire riesaminate.

La distinzione tra i « diritti naturali » o « facoltà del diritto delle genti », da una parte, e i « diritti civili » dall'altra, rappresenta in certo qual modo un'eredità trasmessa dal diritto comune al sistema francese circa le incapacità dello straniero.

Si sa che queste incapacità, la cui giustificazione giuridica risale al diritto feudale e non al diritto romano, erano concepite come corrispondenti a diritti signorili, quali le prestazioni dette « chevage » e « formariage »^(56-bis), e soprattutto il diritto di albino, diritto che in seguito rivendicò il potere regio⁽⁵⁷⁾. Il richiamare rispetto ad essi la linea romana significava la loro « defeudalizzazione » definitiva e ciò comportava pure il sottomettere non soltanto la materia delle incapacità tradizionali, ma *tutta la disciplina della condizione degli stranieri* al sistema del diritto civile

⁽⁵⁶⁾ Il VILLERS, nella sua breve nota *La condition des étrangers en France dans les trois derniers siècles de la monarchie*, *Rec. de la Soc. Jean Bodin*, vol. X, *L'étranger*, p. 139, rinvia per questa materia all'opera di DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, Paris, 1884: opera che quantunque invecchiata rimane ancora insuperata. Sul punto vedi MARGHERITE, BOULET-SAUTEL, *L'aubain dans la France coutumière du Moyen âge*, *ibid.*, p. 65 ss.

^(56-bis) Le espressioni sono intraducibili in lingua italiana. Chevage — dice l'enciclopedia Larousse — indica « la capitation due par les serfs à leurs seigneurs en certains pays, par les aubains et les bâtards assimilés aux serfs ». Formariage indica « le droit que les seigneurs exigeaient des serfs qui se mariaient hors de la seigneurie, ou avec personne d'autre condition » [Nota del traduttore].

⁽⁵⁷⁾ Vedi per una recente analisi dell'evoluzione BOULET-SAUTEL, *loc. cit.*

romano. La tesi era artificiale, ma non tanto, come spesso si crede, per il carattere antiquato delle classificazioni romane che venivano richiamate: e si è già detto come non ci si debba attenere all'aspetto formale « statico » della direttiva, quanto piuttosto per il fatto che, come si è visto, a Roma quest'ultima non si era affermata per disciplinare la condizione degli stranieri. Essa interveniva infatti nei rapporti giuridici della vita estranea ma sottoposta al potere politico di Roma, e riguardava essenzialmente l'affermazione di una legge posta in primo luogo per disciplinare questi rapporti.

La nuova dottrina conduceva quindi ad una duplice conseguenza. In primo luogo essa consentiva oramai di rimettere in discussione il godimento da parte dello straniero di *qualsiasi diritto* e non più del numero limitato di diritti propri della tradizione feudale. In secondo luogo — e questa constatazione ci sembra rivesta un'importanza capitale per l'evoluzione ulteriore del diritto internazionale privato francese — il richiamo alla linea direttiva romana ricollegava ormai dogmaticamente il problema della condizione degli stranieri a quello del conflitto di leggi. Dire, infatti, che lo straniero non si può avvalere di un istituto o di una norma perchè è di puro « diritto civile », comporta che si escluda l'applicazione di questa norma o di questo istituto nei rapporti internazionali. La distinzione concerne in linea di principio tanto gli istituti e le norme francesi quanto quelli stranieri, ed adempie pertanto, almeno teoricamente, al medesimo compito di esclusione rispetto ad entrambe.

Così essa può intervenire non solo, come è in realtà accaduto, rispetto ad un istituto francese quale l'ipoteca legale della donna legata da vincolo matrimoniale ⁽⁵⁸⁾, ma anche riguardo ad un istituto straniero sconosciuto al diritto francese, quale ad esempio il *trust* anglo-americano.

(58) Su questo punto vedi *infra*, p. 38.

Ed infine la teoria della condizione degli stranieri, creata in base a queste premesse, presuppone, così come il conflitto di leggi, l'esistenza di un fondo comune di istituti che costituiscono l'oggetto del diritto internazionale privato. Come il conflitto di leggi essa si richiama ad una « società internazionale » ed al suo « diritto strumentale ».

Si comprende quindi come sia potuta sorgere in diritto francese una confusione costante tra il problema della condizione degli stranieri che è alla base a questa dottrina e il problema del conflitto di leggi. Si comprende pure come non si sia chiarito quale di questi due problemi sia sorto in linea logica per primo. Se si tratta di un diritto previsto dall'ordinamento francese, si può affermare che il problema del godimento del diritto è preliminare: ma ci si deve nello stesso tempo domandare se la legge straniera eventualmente competente assicuri a sua volta il godimento dello stesso diritto ⁽⁵⁹⁾. Che se invece il diritto in questione non è riconosciuto dalle norme materiali francesi, il problema non si pone sul piano della condizione degli stranieri, e l'eventuale esclusione di una norma o di un istituto discenderà dalla qualificazione o dal limite di ordine pubblico. Nel primo caso la determinazione della condizione degli stranieri è preliminare alla risoluzione del problema del conflitto di leggi, mentre nel secondo caso essa avrebbe dovuto essere successiva, ma ciò non si è avverato ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Il NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, vol. II, 2^a ed., nr. 715, p. 251, rileva questa confusione nell'opera di AUBRY e RAU. Nella stessa opera, vol. III, nr. 887, p. 112, nota 2, vedi l'osservazione del Tribunale di Cassazione al momento della discussione del progetto dell'anno VIII del codice civile (FENET, vol. II, p. 422).

⁽⁶⁰⁾ AUBRY e RAU, considerando le esigenze logiche della materia, ritengono che il problema del conflitto di leggi si ponga prima di quello della condizione degli stranieri e che il secondo problema non si ponga se non dopo che si sia affermata la competenza della legge francese (p. 78, p. 476 ss. della 6^a ed.). Senza discutere la tesi, e tuttavia visibilmente in imbarazzo, il BARTIN si oppone a tale concezione affermando che « nella dottrina contemporanea l'ordine logico è esattamente il contrario » (*ibid.*, nota 23).

24. Tuttavia — e ciò viene generalmente trascurato dagli storici — la direttiva *jus naturale - jus gentium* ha operato nel XVIII secolo direttamente *rispetto al conflitto di leggi*.

In questo senso bisogna, per esempio, intendere il richiamo che si fa, a proposito di una norma o di una materia determinata, al suo carattere di « diritto naturale » o di « diritto delle genti ». Si consideri l'affermazione del Cancelliere di Aguesseau che la massima *actor sequitur forum rei* è di diritto naturale ⁽⁶¹⁾, e così pure l'affermazione, generale in quell'epoca, che i contratti sono retti dal diritto delle genti, principio di colore oscuro, perchè non si sa bene se ciò significava che occorre, al di là del procedimento proprio del conflitto di leggi, ricercare in materia di contratti un diritto « materiale » internazionale ⁽⁶²⁾, oppure che occorre richiamare la legge designata dalle norme di conflitto ⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ V. NIBOYET, *Le Chancelier d'Aguesseau et le droit international privé*, « Rev. crit. », 1953, p. 34 ss.

⁽⁶²⁾ Ancora nel XVIII secolo HERTIUS identificava questo diritto con il diritto romano (V. GAMILLSCHIEG, *op. cit.*, p. 229). Osserviamo che questo autore è tedesco e che egli argomenta, come più tardi il SAVIGNY, nel quadro della tradizione civilistico-romanista. Una tendenza analoga si può individuare nella storia del diritto marittimo inglese ove, in materia di abordaggio sopravvenuto in alto mare tra navi battenti bandiera diversa (V. DICEY, 6^a ed., p. 806, nota 46; CHESHIRE, 5^a ed., p. 284), numerose decisioni hanno ammesso che la legge applicabile fosse la *General Maritime Law* (vedi LORD PHILIMORE, nella questione *The Leon*, in *Clunet*, 1883, p. 175: « le cause d'abordaggio sono cause *communis juris* »). L'espressione presuppone, osserva lo CHESHIRE « che esista un sistema di diritto universalmente riconosciuto come estendentesi a tutte le nazioni per gli atti compiuti in alto mare ». Ma egli aggiunge subito, e questo dà la misura del cammino percorso dal positivismo, che un tale diritto non esiste e che si tratta in realtà del diritto inglese, legislativo o giurisprudenziale.

⁽⁶³⁾ In pieno secolo XIX, FÖELIX sentirà il bisogno (*Trattato*, 1843, nr. 99-bis, p. 165) di precisare il significato che egli attribuisce alla massima secondo cui le convenzioni e i contratti appartengono al diritto delle genti. Ciò non significa, egli scrive « che ogni atto qualificato come convenzione o contratto sia valido in tutti i paesi stranieri così come in quello dove è stato posto o redatto » ma che « la convenzione deve riunire le diverse condizioni richieste per la sua validità sostanziale » dalla legge applicabile. Si vede in questo passaggio realizzarsi la sottoposizione definitiva al conflitto di leggi di una materia riguardo alla quale non si era abbandonata nel passato l'idea che facesse parte di un diritto internazionale materiale. Sul bisogno di riproporre attualmente una concezione materiale del diritto internazionale commerciale, vedi MANN, *Réflexions on a Commercial Law of Nations*, *British Year Book of international Law*, 1957, pp. 20-51.

Esiste infine almeno un autore per il quale la direttiva è direttamente e incontestabilmente utilizzata rispetto al conflitto di leggi, e questo è il Boullenois. L'esempio più notevole è dato dall'esame che egli compie circa la capacità di testare ⁽⁶⁴⁾, in quanto egli fa completamente astrazione dal problema del godimento dei diritti. Il Boullenois considera indifferentemente il conflitto tra le consuetudini francesi e il conflitto tra queste e le leggi straniere. Egli ritiene che occorra fare in questa materia una distinzione fondamentale fra gli atti *inter vivos* e quelli *mortis causa*. Infatti, « gli uomini fanno derivare tutti gli atti di commercio dal diritto generale di tutte le nazioni, da un diritto necessario e naturale... ». La capacità di testare è invece generalmente considerata come attinente al diritto civile, malgrado l'opinione contraria del Dumoulin. Il Boullenois approva questo punto di vista: infatti « ... la società e il commercio » possono « ... sostenersi senza testamento... »; ed un'analisi storica (Atene prima di Solone, i popoli germanici, i Sassoni sotto Carlo Magno) o comparativa (la Polonia con l'ordinanza dei due Sigismondi) dimostrano come la facoltà di testare non sia riconosciuta da tutti i popoli; ciò prova che si tratta « ... di un diritto civile che è stato, più o meno, esteso e ristretto secondo i costumi dei vari paesi » ⁽⁶⁵⁾. La conclusione che si deduce da questa utilizzazione evidente della linea direttiva è che la capacità di testare è sottomessa alla *lex rei sitae* ⁽⁶⁶⁾. È, come si vede, la conclusione propria di un conflitto di leggi ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁴⁾ *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, vol. I, 1766, p. 706.

⁽⁶⁵⁾ *Op. cit.*, vol. I, p. 710.

⁽⁶⁶⁾ Vedi *op. cit.*, vol. I, p. 495, sulla validità del matrimonio contratto in Inghilterra secondo la forma protestante da parte di due francesi cattolici. BOULLENOIS richiama il pensiero di autori che hanno considerato questo matrimonio valido in virtù di una applicazione abbastanza curiosa della direttiva. Il matrimonio, essi dicono, appartiene non al diritto delle genti ma « al diritto civile di ciascuna nazione, rispetto alle formalità e condizioni che la legge esige... » dal che deriva che « il matrimonio che sia stato validamente contratto in un paese è valido in ogni altro ». Il ragionamento implica che il diritto delle genti attribuisca alla legge locale il potere di disciplinare le forme di celebrazione di matrimonio.

⁽⁶⁷⁾ In una memoria per gli studi superiori presentata nel 1938 alla Facoltà

IV. Utilizzazioni della linea direttiva nel diritto contemporaneo.

25. Si è così giunti alla parte più chiaramente « positiva » della nostra indagine, quella delle esplicazioni attuali della direttiva tradizionale.

Bisogna accennare preliminarmente alla sua reviviscenza nel XIX secolo, nella pienezza di quella che noi abbiamo chiamato la sua formula dinamica, che si deve ad Aubry e Rau. Per essi la distinzione sussiste « tra le facoltà ed i diritti che, comunemente considerati dalle diverse nazioni come provenienti dal diritto naturale, o che, trovandosi in via di fatto generalmente ammessi nelle loro legislazioni e facendo così parte delle *jus gentium*, non possono essere considerati come particolari o propri del diritto nazionale dei singoli popoli, e le facoltà ed i diritti la cui realizzazione è opera soprattutto del diritto nazionale che li consacra » ⁽⁶⁸⁾.

La definizione non ha alcun rapporto formale con il diritto romano: essa prescinde inoltre dalla farragine pseudo storica che la appesantiva nel pensiero del Boullenois ⁽⁶⁹⁾. Aubry e Rau l'accolgono per la soluzione del problema della condizione degli stranieri, in applicazione dell'articolo 11 del Codice civile

di Diritto di Parigi, BERTRAND LEMARIGNIER riferisce dal DUPLESSIS (*Oeuvres*, vol. II, Paris, 1728) la discussione in seno alla Conferenza degli avvocati al Parlamento di Parigi, sul problema della legge applicabile al regime matrimoniale. Secondo una opinione i non regnicoli potevano stipulare il regime della comunione ma non venire ad esso sottoposti in mancanza di un contratto. La distinzione è fondata in parte sul fatto che i contratti appartengono al diritto delle genti, mentre il regime di comunione è « una legge speciale che abbiamo posta per noi stessi ». Anche in questo caso la direttiva interviene senza alcun dubbio per regolare un problema di conflitto di leggi e non di godimento di diritti.

⁽⁶⁸⁾ *Cours de droit civil*, 6^a ed. a cura di Bartin, 1936, par. 78, p. 472.

⁽⁶⁹⁾ Il che non significa che la ricerca comparativa che essa comportava sia condotta da AUBRY e RAU in maniera esauriente. Così essi considerano l'ipoteca legale della donna sposata come un diritto « civile » perchè l'istituto non è ammesso in Inghilterra, in Scozia, in Olanda, in Austria, in Russia e in molti cantoni svizzeri (par. 78, nota 62). Sulla difficoltà di applicazione, in questo campo, della direttiva vedi *infra*, p. 53.

il cui testo ⁽⁷⁰⁾, attraverso la menzione dei diritti « civili », così come i lavori preparatori ⁽⁷¹⁾, indica senza alcun dubbio l'intenzione del legislatore di accogliere nel sistema francese la distinzione romana.

La giurisprudenza ha fatto sua nel passato, come è noto, questa formula nella misura sempre decrescente in cui essa ha ritenuto opportuno, in mancanza di disposizioni legislative, di rifiutare agli stranieri taluni diritti attribuiti dalle norme francesi ⁽⁷²⁾. Bisogna d'altronde ricordare a questo proposito ciò che è stato dianzi chiarito circa la possibile convergenza fra l'attuazione della linea direttiva ed il procedimento del conflitto di leggi. Rifiutare allo straniero un « diritto » civile, significa rifiutare di attuare questo « diritto » nel campo delle relazioni internazionali. La situazione si può ad esempio constatare nel caso dell'ipoteca legale della donna legata da vincolo matrimoniale, uno degli ultimi diritti che siano stati rifiutati agli stranieri in applicazione della direttiva. Ora è possibile che la giurisprudenza abbia preferito argomentare in base alla condizione degli stranieri, poichè il problema della legge applicabile si poneva in condizioni complesse e delicate ⁽⁷³⁾.

Ad ogni modo l'opinione dominante ritiene attualmente che la tesi romana così come la formulano Aubry e Rau sia superata dopo una sentenza della Cassazione civile del 27 luglio 1947 ⁽⁷⁴⁾. Questa sentenza statuisce che « gli stranieri go-

⁽⁷⁰⁾ « Allo straniero sono attribuiti in Francia gli stessi diritti civili che sono o che saranno accordati ai francesi dai Trattati del paese di cui lo straniero è suddito ».

⁽⁷¹⁾ V. la relazione del PORTALIS al Corpo legislativo in *Loché*, vol. II, p. 246 ss., riportata anche da AUBRY e RAO, *ibid.*, p. 473, nota 12.

⁽⁷²⁾ V. l'evoluzione riportata in BATAIFFOL, *Traité*, 3^a ed., 1959, nr. 180.

⁽⁷³⁾ V. BATAIFFOL, *L'hypothèque légale de la femme mariée en France et le droit international privé*, *Festschrift für Ernst Rabel*, vol. I, 1954, pp. 591-609; cf. TRIB. NANTES, 22 febbraio 1955, in *J.C.P.* 55, II, 8586, con nota di SAVATIER; in *Clunet*, 1955, 682, con nota di SIALELLI, ed in « *Rev. crit.* », 1955, 710 con nota dell'autore. Per il caso dell'adozione vedi MERLE, *La droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, Tübingen-Paris, 1954, p. 330.

⁽⁷⁴⁾ Cass. Civ. 27 luglio 1948, D. 1948, 535; « *Rev. crit.* », 1948, 75.

dono in Francia dei diritti civili ad eccezione di quelli che non siano loro espressamente negati». Sembra che la parola « espressamente » debba intendersi con riferimento a un testo scritto⁽⁷⁵⁾. Tuttavia in una esposizione destinata alla pratica il Maury⁽⁷⁶⁾ non esita a ribadire la tesi e a chiarirne l'attuazione, e ciò senza dubbio perchè egli considera che il principio posto dalla Corte di Cassazione — prescindendo da una deviazione o da un mutamento ulteriore della sua giurisprudenza — non risolve tutto il problema. In primo luogo il legislatore stesso⁽⁷⁷⁾, così come la pratica che interpreta il suo pensiero, hanno bisogno di uno strumento che permetta di valutare la legittimità del rifiuto di diritti allo straniero. In secondo luogo, e ciò è ancora più importante, il principio « nessuna discriminazione senza un'esplicita disposizione », accolto ora dalla Corte Suprema, non può concernere se non i diritti attribuiti da norme francesi, mentre rispetto ai diritti attribuiti dalle leggi straniere si pone una questione di godimento.

26. Il campo d'indagine si trova così preparato per accogliere le odierne attuazioni della linea direttiva, nel terreno propriamente detto del conflitto di leggi. Diciamo subito che nel nostro diritto contemporaneo, dominato dal positivismo statualistico, i richiami espliciti ad essa sono eccezionali. Ma tra quelli ed il richiamo implicito, di cui abbiamo chiarito la attinenza sia alla struttura razionale, sia all'evoluzione storica del conflitto di leggi, sussistono indicazioni espresse, rilevate dalla giurisprudenza o dalla dottrina, che presuppongono la direttrice senza richiamarla espressamente. Si esaminino dapprima un caso

(75) Vedi BATHIFOL, *Traité*, 3^a ed., 1959, nr. 108, p. 208; e LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 7^a ed. a cura di Loussouarn, nr. 248, il quale ammette la soluzione indipendentemente dalla sentenza precitata della Cassazione civile.

(76) Voce *Étranger* nell' *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, 1952, nr. 29 ss.

(77) Vedi la recensione dell'autore sull'articolo sopracitato del MAURY, « Rev. crit. », 1953, p. 646.

limite, dove la tradizione affiora in maniera più diretta. Nelle tre sentenze del 17 giugno 1899, la Corte di Parigi ⁽⁷⁸⁾ doveva risolvere il problema dell'efficacia rispetto ai beni del marito delle obbligazioni assunte in Francia dalla moglie, cittadina inglese, per i bisogni della vita familiare. Si sostenne innanzi alla Corte che la legge inglese in materia era stata poco prima modificata ⁽⁷⁹⁾. La Corte nutriva dubbi sul tenore della riforma; ma essa ritenne di non indugiare su un tale dubbio, in quanto affermò che « il riconoscimento del mandato tacito, in virtù del quale la moglie obbliga il marito per le spese necessarie alla famiglia, deriva dall'obbligazione che tutte le legislazioni impongono al marito di provvedere al mantenimento della moglie e dei figli » e quindi che si tratta di « un principio del diritto delle genti ». È chiaro che una simile costruzione logico-giuridica significa che l'applicazione della legge inglese, in quanto rifiuti il riconoscimento del mandato familiare, è stata esclusa dalla riserva d'ordine pubblico, e la legge francese venne applicata non in quanto tale, ma in quanto rifletteva le esigenze del diritto delle genti.

Benchè si tratti di un caso limite rappresentato da una sentenza apparentemente poco ortodossa, si è qui sulla via di una concezione dell'ordine pubblico che, come richiede la logica della materia, non esprime soltanto, secondo la espressione di Niboyet, « la intolleranza dell'organismo francese alla recezione degli istituti stranieri », ma rappresenta in modo concreto una concezione circa il modo di essere dei rapporti internazionali.

27. Ad analoghe premesse si ricollegano le definizioni dell'ordine pubblico del tipo di quelle date nel 1948 dalla Corte di Cassazione in una causa concernente la responsabilità senza colpa, materia in cui la legge francese non è considerata come di ordine pubblico. La Corte suprema afferma che l'ordine

⁽⁷⁸⁾ CORTE D'APPELLO DI PARIGI, 17 giugno 1899, in *Ciunet*, 1900, 133.

⁽⁷⁹⁾ Dal *Married Women's Property Act* del 1893.

pubblico è costituito da principî di *giustizia universale* considerati dall'opinione francese come dotati di un valore internazionale assoluta⁽⁸⁰⁾. Si richiama inoltre allo stesso tipo di definizione l'accenno all'ordine pubblico contenuto nella sentenza, molto discussa, delle *Messagerie maritimes* del 21 giugno 1950⁽⁸¹⁾. Qui l'ordine pubblico viene utilizzato per escludere in materia di pagamento internazionale l'applicazione di disposizioni straniere normalmente applicabili, che annullavano con valore retroattivo la clausola oro. Commentando questa sentenza il Lerebours-Pigeonnière ha potuto scrivere — con ragione, pensiamo, perchè ha individuato almeno uno degli elementi del ragionamento complesso della Corte suprema — che « l'eccezione di ordine pubblico porta qui a creare nel diritto interno (e cioè nella legislazione francese di diritto internazionale) una specie di *jus gentium* a lato del *diritto comune interno* »⁽⁸²⁾ e che « ...la giurisprudenza francese, preoccupata di tutelare le possibilità del commercio al di là dei confini, ha assunto la infelice iniziativa di introdurre una disciplina giuridica speciale che esprima le esigenze corrispondenti per essa, ad un minimo di sistema internazionale »⁽⁸³⁾.

28. Ritorniamo ai « principî di giustizia universale » della sentenza del 1948. Il dato quantitativo che la formula introduce nella costruzione della nozione di ordine pubblico, si trova in una recente sentenza della Corte d'Appello di Torino⁽⁸⁴⁾. Per l'organo giurisdizionale italiano la nozione è composta di principî che sono « in linea di massima comuni ai popoli civili ». Quanto al dato qualitativo, esso viene precisato in una sentenza

(80) CASS. CIV. 25 maggio 1948, « Rev. crit. », 1949, 89 con nota di BATIFFOL.

(81) « Rev. crit. », 1950, 609 con nota di BATIFFOL.

(82) LEREBOURS-PICEONNIÈRE, *À propos du contrat international*, *Clunet*, 1951, p. 14.

(83) *Ibid.*, p. 22.

(84) CORTE D'APPELLO DI TORINO, 15 febbraio 1957, in « Rev. crit. », 1958, 557, con nota dell'autore.

tedesca del dopoguerra⁽⁸⁵⁾, che nega efficacia giuridica alla espropriazione avvenuta in Cecoslovacchia dei beni dei Tedeschi dei Sudeti, adducendo fra gli altri il motivo che essa violava un diritto naturale « riconosciuto » dall'articolo 30 della Legge preliminare al Codice civile tedesco, relativo all'ordine pubblico. Nella sentenza non si fa però alcun accenno al diritto naturale⁽⁸⁶⁾.

A proposito del dato qualitativo, ricordiamo ancora l'audace ed originale interpretazione sistematica sostenuta dal Lerebours-Pigeonnière rispetto ad una sentenza della Corte di Cassazione, in sede civile, che continua a porre in imbarazzo la dottrina. Si trattava di stabilire la possibilità per una madre di nazionalità francese di riconoscere una figlia naturale, che era divenuta inglese in seguito al suo matrimonio e conservava questa cittadinanza al momento del riconoscimento. Il diritto inglese, applicabile in quanto legge personale della figlia, ignora l'istituto del riconoscimento volontario della filiazione naturale. La Corte ha decisamente affermato che « una madre francese non può essere privata del diritto di riconoscere la bambina da lei nata, nonostante ogni disposizione contraria della legge straniera a cui è sottoposta in base alla sua nazionalità ».

Per il Lerebours-Pigeonnière⁽⁸⁷⁾ l'intervento dell'ordine pubblico viene qui giustificato non, come vorrebbe la dottrina dominante, dal contenuto della legge straniera applicabile, nè dalla sua incidenza particolare sul caso concreto, ma « dalla mancata tutela, da parte di un diritto straniero, di un diritto naturale ». Sancendo questo diritto « naturale », e non a titolo

(85) Vedi A. G. DINGOLFIN, 7 dicembre 1948, C. 119, 48, in « Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht », 1949, 141, con nota di BEITZKE, in MAKAROV, IPRsprechung, 1945-1949, p. 4.

(86) « L'applicazione di una norma straniera è esclusa quando essa urta contro i buoni costumi o lo scopo di una legge tedesca ».

(87) *La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français*, in *Études Ripert*, 1950, vol. I, p. 225 ss.

di statuto personale della madre, si viene ad applicare nella fattispecie la legge francese.

Si profila quindi la concezione generale nella quale il Le-rebours-Pigeonnière vorrebbe inserire la soluzione. Si avrebbero « diritti inerenti alla persona umana » che esistono indipendentemente dalla loro consacrazione per mezzo del diritto positivo interno, e che non « derivano dalla legge »⁽⁸⁸⁾. Questi diritti non potrebbero tuttavia « giuridicamente » (il che manifestatamente significa in base alla tecnica normale del conflitto di leggi) venire esercitati se non « in virtù di una legge che li regoli ». Se si tratta di una legge straniera, si ammette che essa possa disciplinare questi diritti e restringerne il contenuto. Ma se « l'opposizione concerne il godimento stesso del diritto, mentre la legge straniera non contiene alcuna disposizione relativa all'esercizio, non si può affermare in linea di principio che essa rimanga competente, e tale mancata disciplina comporta la sostituzione totale colla legge francese »⁽⁸⁹⁾.

Qualunque cosa si pensi di questa tesi bisogna ammettere che essa fornisce quanto meno una soluzione corretta del problema della sostituzione della legge straniera resa inapplicabile dalla riserva di ordine pubblico. La legge interna si applica non in quanto tale, ma in quanto riflette le esigenze dell'ordine concreto delle relazioni internazionali.

29. Sempre in materia di conflitto di leggi la linea direttiva è, come abbiamo sostenuto, ugualmente rilevante rispetto all'operazione della qualificazione.

La celebre tesi del Bartin sulla funzione attribuita in questa materia alla *lex fori* rifletteva una concezione positivistico-nazionalista integralmente accolta. Essa poneva il principio che il diritto interno fornisce necessariamente il quadro istituzionale

⁽⁸⁸⁾ *Ibid.*, p. 265, fine.

⁽⁸⁹⁾ *Ibid.*, p. 265, fine.

delle relazioni internazionali ⁽⁹⁰⁾, il che comporta che le istituzioni o le norme straniere che non possono venire ridotte a questo quadro debbano ritenersi prive di ogni efficacia. Bartin rivela qui la medesima ostilità che il Savigny sentiva per l'istituto straniero « ignoto », con la differenza che per il Savigny la soluzione dei conflitti di legge si ha nel quadro della comunità di diritto degli ordinamenti di tradizione romanistica, mentre nel Bartin la soluzione si attua nel quadro del diritto privato nazionale ⁽⁹¹⁾.

Esaminando gli sviluppi di questa tesi estrema è possibile individuare taluni indici dell'applicazione della direttiva.

Si deve rilevare che la pratica del diritto comparato dà ragione al Bartin nella misura in cui essa rifiuta di far rientrare nel campo del conflitto di leggi le norme e gli istituti non ammessi dalla *lex fori*, mentre essa accoglie queste norme ed istituti nel campo delle relazioni internazionali in quanto essi siano stati introdotti nel diritto interno. Tale è stato in Francia il caso dell'ipoteca marittima: anteriormente alla legge del 10 dicembre

⁽⁹⁰⁾ « I giuristi dei singoli ordinamenti statuali non possono ricostruire queste norme (di conflitto) prescindendo dalle norme interne del loro diritto nazionale, senza desumere da queste ultime gli strumenti ed i concetti senza di cui la ricostruzione non può venire concepita, così come essi non potrebbero sopprimere la loro ombra »: *Principes de droit international privé*, vol. I, 1930, pp. 112-113.

⁽⁹¹⁾ Ricordiamo a questo proposito che la posizione iniziale del KAHN nel suo celebre studio *Gesetzeskollisionen*, *Iherings Jahrbücher*, 1891, pp. 1-43, riprodotta in *Abhandlungen*, vol. I, 1928, p. I ss., era stata simile a quella di Bartin; ma Kahn sostenne in seguito la necessità che i concetti della norma del conflitto siano configurati in base alla comparazione dei diritti interni. Vedi il rapporto al I Congresso internazionale di diritto comparato, in « *Bullettin de la Soc. de Lég. comp.* », 1900, pp. 406 e 416 ed il testo tedesco in *Abhandlungen*, vol. I, 1928, pp. 491-503.

Si osservi che se in base alla sua concezione della qualificazione il Bartin limitava da una parte il campo del conflitto di leggi alle istituzioni e alle norme riducibili al sistema francese di diritto interno, egli allargava dall'altro questo campo in materia di ordine pubblico tanto da comprendervi le istituzioni e le norme europee. Vedi le sue osservazioni in *Clunet*, 1932, 18, in cui egli conclude che « la limitazione geografica del sistema europeo di conflitto e la limitazione giuridica della sua applicazione nei paesi per cui esso è stato posto, sono concezioni della stessa natura e della medesima origine ».

1874 che l'introdusse nel diritto francese, la giurisprudenza le rifiutava ogni efficacia, anche se fosse stata costituita all'estero e posta sopra una nave straniera ⁽⁹²⁾. Si può parimenti addurre l'esempio del diritto inglese, riluttante ad accogliere nel sistema di conflitto gli istituti della legittimazione o dell'adozione anteriormente alla loro introduzione nel diritto interno inglese.

Una tendenza inversa, ed altrettanto precisa, esiste nella pratica internazionale. Non è ad esempio assolutamente possibile spiegare altrimenti l'accoglimento nel diritto internazionale privato di un istituto come il *trust* anglo-americano ⁽⁹³⁾ la cui struttura non si può ricondurre ai concetti francesi ⁽⁹⁴⁾. Come poi spiegare se non con un superamento della sistematica interna, in base alla convinzione che esista un fondo comune d'istituti interni il quale discende dal diritto internazionale privato, il fatto che il sistema inglese di conflitto abbia formulato una norma per disciplinare il regime matrimoniale legale, quando il diritto inglese ignora tale istituto? ⁽⁹⁵⁾.

Vi è poi un esempio ancora più significativo, che si colloca a metà strada tra la tendenza nazionalistica e quella internazionalistica della qualificazione, e prova come la direttiva intervenga per determinare una internazionalizzazione degli istituti. Anche questo esempio è preso dal sistema inglese dopo l'introduzione, avvenuta nel 1926, dell'istituto dell'adozione. Nel 1954, nel caso *Wilson* ⁽⁹⁶⁾, in cui si trattava di determinare le conseguenze successorie di una adozione avvenuta all'estero, al giu-

⁽⁹²⁾ Su tale caso e sul caso inverso della separazione in Germania, considerata come tale da non potersi pronunciare tra stranieri dopo l'abolizione dell'istituto, vedi la nostra opera su *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, cit., p. 23, testo e nota 5.

⁽⁹³⁾ Vedi soprattutto CASSAZIONE, SEZIONE PENALE 4 giugno 1941, *J.C.P.* 42, 2017, con nota di MAURY, S., 1944, I, 133, con nota di BAIFFOL.

⁽⁹⁴⁾ MOTULSKI, *De l'impossibilité juridique de constituer un « trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française*, « *Rev. crit.* », 1948, pp. 451-463.

⁽⁹⁵⁾ Vedi ROBERTSON, *Characterization in the Conflict of Laws*, Harvard, 1940, p. 85; e, su di essa, la recensione dell'autore in « *Rev. crit.* », 1947, p. 510.

⁽⁹⁶⁾ (1954) CH. 733; *Rev. crit.*, 1954, 544, con nota di GRAVESON.

dice Vaisey venne deferita la questione dell'applicabilità della legge interna inglese sull'adozione, che era in quel momento l'*Adoption Act* del 1950. Egli decise che questa legge non riguardava che le adozioni poste in Inghilterra e che perciò il minore canadese adottato in Canada da due coniugi inglesi domiciliati in Inghilterra non aveva diritto alla successione dei suoi genitori. Ciò in quanto il problema di determinare la legge applicabile all'istituto dell'adozione non doveva porsi per una duplice ragione: in primo luogo per il carattere artificiale dell'adozione, contrapposta alle relazioni di famiglia « secondo natura »⁽⁹⁷⁾, in secondo luogo per le discordanze irriducibili nella struttura dell'istituto nei vari paesi, del che il giudice dichiarò d'aver acquisito la convinzione leggendo un articolo nella *Enciclopedia Britannica* (98).

30. Termineremo questo paragrafo rilevando un indice dell'influsso della linea direttiva nel quadro della posizione, puramente dogmatica e concettualistica, della dottrina dominante (99) rispetto al problema della qualificazione. Per il Maury, si ha « un adattamento delle nozioni del diritto materiale del foro, utilizzate nel sistema dei conflitti di leggi » (100). La *lex fori* interna serve, secondo il Maridakis, da « termine di para-

(97) Non c'è bisogno di insistere sul punto che in questo problema, come in quello del diritto della famiglia in Francia, la natura si intende nel senso stretto di « spontaneità » (*Ursprünglichkeit*) dell'essere (V. LALANDE, *Dictionnaire philosophique*, voci *Droit e Nature*, e ERIK WOLF, *op. cit.* (*infra*, p. 114, nota 2) ciò che viene espresso termine romano di *jus naturae*. Abbiamo all'inizio di questo lavoro sufficientemente chiarito la necessaria indeterminatezza del contenuto del diritto naturale per non ritenere necessario giustificare il legame di questo concetto con la dottrina giusnaturalista.

(98) Sull'evoluzione ulteriore della giurisprudenza inglese in materia, v. DE NOVA, *Considerazioni comparative sull'adozione in diritto internazionale privato*, « *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* », 1958, nr. 3-4 (*Festgabe Makarov*), p. 730 ss.

(99) Per una penetrante critica di questa dottrina e della posizione stessa del problema detto della qualificazione v. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 2 ed., 1958, p. 316 ss.

(100) *Regles générales*, nr. 153, in fine.

gone» ⁽¹⁰¹⁾ per stabilire i concetti delle norme di conflitto. Partendo da una posizione analoga il Batiffol ha introdotto nella discussione un elemento tecnico che precisa questa funzione della legge interna. Le categorie del diritto interno « valgono », egli scrive, « salvo indicazioni contrarie » ⁽¹⁰²⁾: si ha quindi una presunzione a loro favore ⁽¹⁰³⁾. Ma cosa succede quando occorre discostarsene? Il Batiffol ha recentemente rilevato l'importanza di una fattispecie in cui la Corte di Cassazione faceva deliberatamente astrazione della qualificazione interna. Si trattava della legge applicabile per determinare l'influenza della malattia mentale sulla validità di un contratto. L'applicazione della qualificazione materiale francese portava a vedere in ciò un problema di vizio del consenso ed a sottoporre la questione alla legge che disciplinava il contratto. La Corte suprema ⁽¹⁰⁴⁾ ha ritenuto invece di prescindere dalla qualificazione desunta dalla legge interna. Ma ciò non significa che si sia accolta una concezione interna straniera qualsiasi, in quanto si è affermato trattarsi di una « incapacità naturale » sottoposta, in quanto tale, alla legge personale dell'alienato. L'esempio è senza dubbio raro, come il Batiffol osserva ⁽¹⁰⁵⁾: ciò nondimeno si attiene alla direttiva tradizionale.

V. Giustificazione attuale e risultato della direttiva « diritto naturale - diritto delle genti ».

31. Noi speriamo di avere così data una dimostrazione circa il punto che la direttiva romana « diritto naturale - diritto delle

⁽¹⁰¹⁾ Ἰδιωτικὸν διεθνὲς δικαίωμα, vol. I, Atene, 1950, p. 168 su cui vedi la recensione dell'autore in « Rev. crit. », 1950, pp. 128-132.

⁽¹⁰²⁾ *Traité*, 3 ed., 1959, nr. 296, p. 346.

⁽¹⁰³⁾ BATIFFOL, *Recensione a François Rigaud, La théorie des qualifications en droit international privé*, « Rev. crit. », 1957, p. 143.

⁽¹⁰⁴⁾ CHAMBRE DES REQUÊTES, 26 dicembre 1934, in *Clunet*, 1936, 166. La soluzione è accolta anche dalla SEZIONE CIVILE, 25 giugno 1957, « Rev. crit. », 1957, 680 con nota di BATIFFOL.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*, p. 683.

genti » è stata ripresa dalla dottrina tradizionale del conflitto di leggi e che il diritto attuale fornisce indici sicuri dell'impiego di questa combinazione di concetti.

Lo « storicismo » che ha ispirato la nostra indagine comporta certamente che essa presenti un aspetto frammentario e congetturale; ma non ha bisogno di essere difeso in quanto metodo di ricerca. Infatti si può dubitare della tesi dell'Hauriou, per cui gli elementi del diritto romano classico che si trovano nel diritto comune contemporaneo presentano per ciò stesso un valore di « diritto naturale »⁽¹⁰⁶⁾. Ugualmente si può non condividere il punto di vista di recente sostenuto dal Coing circa l'intervento necessario del fattore storico nell'applicazione del diritto⁽¹⁰⁷⁾. Trattandosi del solo diritto internazionale privato, si darebbe prova di mancanza di spirito « positivo » non considerando rispetto a questo ramo del diritto le condizioni di tempo. Solamente ciò spiega, come si è visto, la apparente incoerenza dogmatica del conflitto di leggi.

Ci sia tuttavia permesso, trascurando il problema della « positività » della linea direttiva che abbiamo posto in rilievo, chiarire il nostro punto di vista circa l'utilità che essa presenta per l'avvenire del diritto internazionale privato.

32. L'obiettivo, a cui tende tale linea, sembra corrispondere ai dati del mondo presente. Fra questi si ricordi il principio che la tutela degli interessi privati appartiene originariamente e a titolo di priorità allo Stato⁽¹⁰⁸⁾. Ora trattandosi

⁽¹⁰⁶⁾ Gli istituti giuridici che si ritroveranno fra duemila anni, molto probabilmente conterranno una notevole parte di « diritto naturale » (citato da MARTY e RAYNAUD nella pregevole introduzione generale al *Droit civil*, vol. I, 1956, p. 42).

⁽¹⁰⁷⁾ H. COING, *Savigny e Collingwood, ou Histoire et interprétation du droit*, in « Archives de philosophie du droit », 1959, pp. 1-9. Vedi nello stesso volume dedicato ai rapporti fra il diritto e la storia, gli articoli di J. GAUBEMET, *Etudes juridiques et culture historique* e PARADISI, *Le dogme et l'histoire vis-à-vis de l'historiographie juridique*.

⁽¹⁰⁸⁾ La tesi è chiaramente e decisamente enunciata dal BATHFOL; vedi le nostre osservazioni in « Rev. Internat. de dr. comparé », 1955, pp. 349-360.

di relazioni internazionali esistono settori di attività, quale quello del commercio propriamente detto, dove si fa strada la coscienza della necessità di norme speciali, tenendo conto delle condizioni proprie della vita internazionale. È questo il campo del diritto internazionale « materiale », di cui le convenzioni internazionali sono la fonte principale ma non unica. Esistono invece altri settori dell'attività umana dove le relazioni internazionali non sembrano porre problemi diversi di quelli del diritto interno. Gli Stati si sforzano allora, sotto l'impulso della dottrina, di unificare le loro norme di diritto interno, ciò che è un modo di fare progredire insieme il diritto interno e di risolvere il problema del diritto applicabile alle relazioni internazionali. Nascono in questo modo le convenzioni internazionali aventi per oggetto la unificazione dei diritti interni.

La zona ove si attua il conflitto di leggi, questo *no man's land* pieno di pericoli⁽¹⁰⁹⁾, si pone tra i due poli del diritto internazionale privato uniforme e del diritto interno uniforme. La tecnica usuale del conflitto di leggi ha infatti il compito, almeno nei paesi dove le relazioni internazionali si sono intensificate, di superare i contrasti fra le legislazioni interne che spesso divergono anche profondamente: essa non riguarda più le sole divergenze fra Stati di una civiltà comune ed esclusiva⁽¹¹⁰⁾. Eppure il conflitto di leggi è oggi considerato come

(109) Ecco come si esprime recentemente a questo proposito un autore americano: « Il regno del conflitto di leggi è un acquitrino sinistro pieno di pantani mobili, popolato di saccenti e eccentrici professori che speculano su materie misteriose in un gergo strano e incomprensibile. Il giudice o il pratico comuni si perdono completamente, quando vi si immergono, e vi si imbrigliano » (WILLIAM L. PROSSER, citato da ANTONY BLAND in *A. Century of Family Law*, Londres, 1957, p. 378). E' vero che l'apprezzamento concerne più specialmente l'utilizzazione delle norme di conflitto nel diritto interfederale degli Stati Uniti, dove l'adattamento degli schemi tradizionali dà luogo ad ulteriori complicazioni. In lingua francese vedi BONASSIES, *Structure fédérale et conflits internes des lois - L'exemple des États-Unis d'Amérique*, « Rev. crit. », 1953, p. 33 ss.

(110) L'emancipazione delle regioni del mondo che erano già sotto la dipendenza politica europea comporta, nel campo del diritto internazionale privato, la scomparsa della gerarchia fra leggi locali e leggi dei paesi civili. Il problema

dipendente dalla volontà di ciascun legislatore statale, ed a ragione, noi riteniamo, in quanto le relazioni internazionali che costituiscono l'oggetto del conflitto di leggi si inseriscono normalmente nell'ordine delle relazioni interne e devono potervisi inserire armoniosamente. Esse presentano rispetto all'ordinamento interno un carattere eccezionale, poichè i sistemi statuali non potrebbero, senza rischio di perturbazioni sociali, tollerare una recezione troppo grande di elementi stranieri. Ne consegue che il conflitto di leggi dipende, se non in virtù del principio stesso che permette di applicare le leggi straniere, almeno nel modo di attuazione di questo principio dalle fonti statuali del diritto.

33. Conviene adunque utilizzare senza esitazione quello che si chiama correntemente il carattere « nazionale » del conflitto di leggi. Ma ciò non per negare che le relazioni internazionali che ne costituiscono l'oggetto debbano essere viste in funzione di una finalità ugualmente internazionale: l'ordinamento statale che si integra mediante norme straniere per soddisfare alle esigenze della vita internazionale appare, per il fatto stesso che esso assume questo compito, come operante per l'elaborazione di un ordine giuridico internazionale. Si ritrova a questo punto l'idea di « società internazionale » sviluppata dal Batiffol. Ma si è così indotti ad affermare che il diritto di questa società internazionale, sia essa vista sotto un profilo teorico o strumentale, deve essere analizzato nel suo contenuto concreto.

Ora la linea direttiva romana, trasmessa dalla dottrina tradizionale, permette precisamente di identificare questo con-

sussiste però in relazione al progresso di queste legislazioni rispetto alle condizioni del mondo attuale (ed invero tutti i nuovi Stati di questo dopo guerra si sono preoccupati della riforma del loro diritto interno). Il principio dell'uguale trattamento della legge straniera non impedisce dunque che si formuli su di esso un giudizio di valore.

tenuto. Essa postula che gli Stati debbano assicurare mediante la tecnica del conflitto di leggi l'efficacia sul piano internazionale degli istituti e dei principi che essi considerano come essenziali — e si ha qui il « diritto naturale » — o che sembrano tali in ragione della loro espansione nel mondo — e si ha qui il « diritto delle genti »: in tal modo i due aspetti si contrappongono e si fondono ⁽¹¹¹⁾ per fornire criteri idonei a controllare il modo di attuazione astratto della tecnica tradizionale del conflitto di leggi.

L'elemento qualitativo della linea, permette già, mediante il sistema tradizionale della nozione di ordine pubblico, di eliminare i dati di diritto straniero la cui utilizzazione appare dannosa. Esso permetterà anche — supponendo che la direttiva si affermi un giorno più ampiamente nella pratica — d'imporre, sul piano internazionale taluni diritti riconosciuti dalla *lex fori* e che non vengano sanciti dalla legge applicabile. È questa, ricordiamolo, la tesi sviluppata dal Lerebours-Pigeonnère ⁽¹¹²⁾.

Quanto all'elemento quantitativo, esso esprime quella specie di consuetudine indiretta che è data, in diritto internazionale privato, dall'esistenza di elementi costanti nel diritto interno dei popoli. La nozione può offrire il grande vantaggio di conciliare i punti di vista del diritto internazionale privato con quello del diritto internazionale pubblico. Si ricordi a questo proposito come rispetto a certi problemi, ad esempio la espropria-

⁽¹¹¹⁾ La nostra tesi sfugge dunque alla penetrante dimostrazione fatta dal BATIFFOL circa la insufficienza del richiamo al solo diritto naturale (*Aspects philosophiques, cit.*, p. 144 ss.).

⁽¹¹²⁾ *Supra*, p. 144. La costruzione di LEREBOURS-PIGEONNIÈRE giustificherà d'altreonde altre soluzioni accolte dalla giurisprudenza francese. Vedi in particolare per il matrimonio putativo la nostra nota a CASSAZIONE, SEZIONE CIVILE 6 marzo 1956, « Rev. crit. », 1956, 305, e per il divorzio fra sposi di nazionalità diverse la nostra nota a Tribunale della Senna, 27 gennaio 1956, « Rev. crit. », 1956, 497. La questione dell'applicazione preferenziale della *lex fori* meritava di essere ripresa, superandosi l'idea inesatta che questa applicazione costituisca in tutti i casi una manifestazione di nazionalismo.

zione, si ritiene oggi che si abbiano valutazioni diverse per ciascuna delle due discipline, come se si trattasse di prendere da un medesimo elemento una misura di due qualità differenti, mentre invece si tratta di problemi umani che non cambiano perciò di natura. Ora nel diritto internazionale pubblico il grado di espansione della pratica interna degli Stati appare un criterio atto a valutare la responsabilità internazionale degli Stati ⁽¹¹³⁾.

34. Diremo, per concludere, una parola sulle difficoltà della ricerca dell'elemento quantitativo. Esse sono considerevoli: ma occorre ricordare che non si richiede un'analisi sistematica dei diritti del mondo intero, ma solamente un esame dei lavori che cercano di individuare i tratti comuni dei diritti interni. L'esame quantitativo si fonde così con quello qualitativo e si conferma il carattere giusnaturalistico della linea, presa nel suo insieme. Per questa visione di un fondo di diritto comune, sono legittime anche in diritto internazionale privato le preoccupazioni universalistiche di una corrente del pensiero giuridico francese prima della guerra mondiale ⁽¹¹⁴⁾. In questo ordine di idee l'esperienza contemporanea è affine a quella del mondo romano, come se, dal punto di vista del diritto privato, gli Stati moderni, nel quadro di una civiltà materiale comune e di un'etica comune, per quanto almeno essa viene favorita da una medesima civiltà, divenissero i conti-

⁽¹¹³⁾ Sull'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia vedi le riflessioni di DAVID, *Traité élém. de droit civil comparé*, 1950, p. 100. Sul ravvicinamento dei punti di vista pubblicistico e privatistico e sull'affermazione dell'importanza della pratica interna per l'evoluzione delle due discipline: vedi CHARLES DE VISSCHER, *Qualche riflessione sulla nozione della politica in diritto internazionale pubblico e privato*, *Scritti in onore di Tomaso Perassi*, vol. I, Milano, 1957, pp. 399-405. Sul problema particolare delle nazionalizzazioni vedi la nota di DE NOVA alla sentenza del TRIBUNALE DI ROMA 13 settembre 1954, « Rev. crit. », 1958, 519.

⁽¹¹⁴⁾ ANCEL, *La tendance universaliste dans la doctrine comparative française au début du XX siècle*, *Festschrift Rabel*, vol. I, 1954, pp. 17-38.

nuatori della missione ecumenica che il diritto romano aveva rivendicato ⁽¹¹⁵⁾.

L'ambito dell'utilizzazione della linea direttiva giusnaturalistica potrà forse sembrare alquanto lontano dall'orizzonte immediato del legale pratico. Ma dubitiamo che coloro che rimprovereranno ai nostri propositi una mancanza di realismo possano essere sicuri di aver riunito una maggior dose di concretezza nelle maglie dell'astratta dogmatica positivista.

(115) YNTEMA (*The Objectives of Private International Law*, « Canadian Bar Review », 1957, pp. 721-742 e in versione francese, « Rev. crit. », 1959, p. 1 ss.) afferma, fra i principi direttivi del diritto internazionale privato, quello della « *justice comparative* ». Il concetto si ravvicina singolarmente all'elemento « quantitativo della direttiva qui delineata. In questo senso la indagine qui compiuta conferma quella più vasta e condotta per altra via dall'YNTEMA.

INDICE

GIUSEPPE IGNAZIO LUZZATTO, <i>Vecchie e recenti prospettive sull'origine del processo civile romano</i>	1
ENZO NARDI, <i>Rabelais e il diritto romano</i>	37
ALBERTO AURICCHIO, <i>La c.d. rappresentanza di persona giuridica futura</i> . .	69
MAURO CAPPELLETTI, <i>La testimonianza della parte nella storia moderna degli ordinamenti processuali anglosassoni</i>	111
PHOCION FRANCESCAKIS, <i>Diritto naturale e diritto internazionale privato</i> . .	175

Redattore : prof. avv. FRANCO PASTORI

Direttore responsabile : prof. CARLO BO

Autorizzazione del Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950, n. 24

