

LA GENESI DEL PROCEDIMENTO FORMULARE

1. — Recensire quest'opera non appena fu pubblicata, cioè nel 1946 (vol. XXIV delle *Pubbl. Ist. dir. rom. Univ. Roma*), sarebbe stato per me, estimatore ed amico del Carrelli, un dovere; un dovere, aggiungo, materialmente facile ad adempiersi perché del libro avevo seguito assai da vicino, tra il '40 e il '43, genesi e sviluppi, attraverso le frequenti conversazioni con l'a., che al tema dedicava allora la sua gelosa e assorbente passione. Ho taciuto sin oggi (e ancor oggi, confesso, esita la mia penna a scrivere queste righe) perché sovrastato ed oppresso dalla tragedia dell'immatura ed ingiusta fine dell'amico, proditoriamente stroncato da conscia mitraglia barbara (mi si perdoni l'eco dell'« inconscia zagaglia » carducciana), il 10 settembre 1943, all'alba di quei nuovi tempi, in cui aveva tanto sperato e per la cui realizzazione abbbiam poi saputo che cospirava nobilmente, con altri pochi, pochissimi, da anni.

L'opera postuma di Odoardo Carrelli è stata pubblicata, con cura e con amore, dal suo Maestro, Vincenzo Arangio-Ruiz, la cui commossa *Prefazione* (p. IX-XVII) si conclude con queste parole assai significative: « Il libro . . . viene a buon punto, anche se dovesse servire soltanto a suscitare nuovo fervore di indagini e non — come fermamente io credo — a pronunciare sulla semisecolare controversia la parola definitiva ». Il volume consta di una *Introduzione*, di cinque capitoli e di alcune *Conclusioni riassuntive*.

A) Nella *Introduzione* (1-5) viene impostato il tema della ricerca, il quale non è propriamente quello della ricostruzione della genesi della procedura formulare, ma è, anzi tutto e sopra tutto, come ben nota anche l'Arangio-Ruiz (XVII), quello di definire la natura giuridica del *iudicium* e la funzione della *litis contestatio* e del *iussum iudicandi* nel processo privato dell'epoca classica: dunque di prendere posi-

* In *SDHI*. 15 (1949) 231 ss. *Rc.* a CARRELLI O., *La genesi del procedimento formulare* (Milano 1946) p. XX-240.

zione tra gli opposti indirizzi dottrinali, che fanno capo, rispettivamente, al Keller e al Wlassak. La lettura delle *Conclusioni* (233-237) è quella che vale a giustificare il titolo del libro, ponendo nel contempo in risalto l'originalità ed i meriti della ricerca. L'a., infatti, ha ben visto che la via verso una soluzione rassicurante del problema non può essere costituita che da una trattazione esauriente della storia della procedura formulare, dalle origini alla *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C. ed oltre. Ed i risultati, che egli ci offre, sono, in sintesi, questi: a) mentre la procedura delle *legis actiones* aveva carattere essenzialmente privatistico, essendo derivata dall'arbitrato puramente privato, carattere essenzialmente pubblicistico ebbe la procedura *per formulas*, sorta davanti al tribunale del *praetor peregrinus*; b) il processo formulare anteriore alla *lex Aebutia* era imperniato sull'*imperium* del *praetor peregrinus*, il quale decideva se e quale *iudicium dare* (cioè concedere) all'attore, costringeva indirettamente (con minacce di rappresaglie) il convenuto a *iudicium accipere* dall'attore (cioè a scriverne il testo sotto dettatura di questo), stabiliva il novero delle persone tra cui le parti potessero scegliere i giudici e infine, con unico *decretum*, *iudicium dabat* ai contendenti e *iudicare iubebat* ai *recuperatores*: tale procedura spiega la genesi della categoria dei *iudicia imperio continentia*, ai quali fu del tutto estraneo l'elemento della *litis contestatio* tra le parti; c) la *lex Aebutia*, autorizzando il *praetor urbanus* ad usare la procedura formulare anche in ordine alle ipotesi previste dal *ius civile* (che passarono a costituire la categoria dei *iudicia legitima in ius*), dette la stura alla formazione di un « procedimento ibrido », nel quale « la formula, che sino a quel momento era stata il testo dell'istruzione del magistrato al giudice, pur conservando detta funzione, diventò contemporaneamente il testo del contratto fra le parti » (235); d) successivamente alla *lex Aebutia*, la *litis contestatio* (testo del contratto fra le parti nei *iudicia legitima*) fu estesa anche ai *iudicia imperio continentia* e ai nuovi *iudicia legitima in factum*, ma senza il riconoscimento dell'effetto estintivo del rapporto giuridico sostanziale e con efficacia sempre limitata alla sussistenza in carica del magistrato concedente; ed è questo, appunto, secondo l'a., uno degli indizi fondamentali per la ricostruzione storica sopra riassunta.

Seguiamo ora più da vicino l'a., nello svolgimento della sua indagine.

B) I cap. I (7-16) e II (17-46) sono dedicati ad una valutazione critica d'insieme delle opposte dottrine del Keller e del Wlassak. La dottrina del Keller e dei molti suoi sostenitori di un tempo è liquidata in poche battute, data la ormai risaputa ed evidentissima erroneità della

concezione per cui, a beneficio del carattere imperativo delle parti, si riduce la *litis contestatio* ad un mero fatto cronologico del processo *in iure*: « der ideelle Endpunkt » di quella fase procedurale. Molto maggior spazio l'a. dedica alla esposizione della teoria del Wlassak, oggi quasi unanimemente accolta, e ad una prima valutazione critica di essa, condotta sulla base di quel che gli sembra tuttora vitale nella dottrina kelleriana. I cardini del sistema del Wlassak, nella sua formulazione piú perfezionata, sono, come è noto: la identificazione nella *litis contestatio* di un contratto fra le parti; la concezione della formula (o, per meglio dire, del *iudicium*) come il testo di tale contratto, che il magistrato, constatata la rispondenza al modello edittale (la *formula* in senso proprio), autorizza ad esibire al giudice scelto dalle parti (*iudicium dare*); l'ipotesi di un separato e successivo *iussum iudicandi* rivolto al giudice dal magistrato, per conferirgli il potere-dovere di emettere la *sententia*. Ora l'a. mette in luce come tutta questa costruzione non sia fondata su prove di immediata evidenza; come, in particolare, la natura contrattuale della *litis contestatio* possa in ipotesi agevolmente conciliarsi con il concetto kelleriano di *iudicium* (istruzione del magistrato all'*iudex privatus*), supponendosi (secondo quanto già da tempo aveva fatto l'Arangio-Ruiz) che l'accordo tra le parti fosse ricevuto e fatto proprio dal magistrato; e come, insomma, sia necessario un rinnovato esame delle attività definite dalle fonti come « *iudicium dare* » e « *iudicare iubere* » per metterne in evidenza il significato classico e la formazione storica.

C) Della definizione e della storia del « *iudicium dare* » tratta il cap. III (47-119). L'a. esclude che tale espressione significasse, come vuole il Wlassak, la pura e semplice autorizzazione alle parti di riversare il loro accordo sul giudice e sui termini della lite in un *iudicium* corrispondente ad una delle *formulae* dell'albo: « *dare* » significa concedere e consegnare, e dunque « *iudicium dare* » dovette esprimere la concessione alle parti di un *iudicium*, l'approvazione in merito di esso, nonché spesso la materiale consegna del testo formulare all'attore, affinché lo dettasse al convenuto. Lo confermerebbero alcuni argomenti testuali (52-66: *Lex Rubria* 20.19 ss., 31 ss.; Gai 4.37, 110-111, 35, 116, 118, 139), ma sopra tutto lo conferma la storia del procedimento formulare, in ordine a cui già si è riassunto *sub A*) il pensiero dell'a., il quale afferma (75) che « gli autori, che come il Wlassak, il Wenger e il Betti, . . . pur ammettendo che i giudizi, che si svolgevano avanti ad esso [il *praetor peregrinus*], fossero fondati sull'*imperium* del magistrato e non sulla *iurisdictio*, pur ammettendo che proprio in questo tribunale avesse avuto origine la procedura *per formulas*, insistono nell'affermare che questa

