

il problema discusso dai più insigni romanisti, tra cui Scialoja, dallo stesso autore e dal Solazzi. Riafferma la sua tesi che il frammento D. 1.3.32 risente l'influsso della retorica e della filosofia intorno alla nozione di legge scritta e non scritta. Per conto mio, escludo che l'impostazione della desuetudine sia di provenienza non classica o non giuridica, perchè il concetto che la *lex*, intendendo con ciò la legge comiziale, vincola per il *consensus populi*, non può essere che risalente.

Triantaphilopoulos, *Praejudicium legis Cicereiae* (p. 463-524). Questo articolo, il più lungo di tutto il volume, è una opportuna traduzione in italiano, arricchita e rimaneggiata, quasi una seconda edizione, della seconda parte del secondo volume dell'opera in greco *Lex Cicereia* (1957-59) che conteneva solo un riassunto in tedesco.

3. Ho voluto accennare ed anche brevemente discutere solo taluni lavori. L'opera del recensore, molto più, come nel caso presente, quando si tratta di svariati articoli, è alquanto ingrata. Corre il rischio di non esprimere esattamente il pensiero dell'autore, e di ciò chiedo venia, e, se vuol fare una recensione critica, che non sia superficiale, dovrebbe rifare il lavoro che ha fatto l'autore.

Per gli scritti che non ho considerato, senza che ciò importi minore importanza, mi limito a riportare in nota un elenco, in guisa che il lettore di *Labeo* abbia qualche indicazione che possa interessarlo*.

BIONDO BIONDI

* BRETONNE, *Consortium e communio* (p. 88-140); DI LELLA, *Sull'acquisto del possesso domino ignorantis* (p. 432-462); ELEFANTE, *La mora ex re e l'interpellatio* (p. 397-431); GAUDEMET, *A propos du furtum à l'époque classique* (p. 141-153); GRELLE, *Munus publicum. Terminologie e sistematiche* (p. 241-262); GUIZZI, *Intorno alla nozione romana di sequestro* (p. 318-344); KASER, *Fragmentum vaticanum I* (p. 224-240); MAYER MALY, *Vulgo und Vulgarismus* (p. 346-368).

IL TRATTATO DI PROCEDURA DEL KASER.

1. La pubblicazione del trattato di Max Kaser sul processo civile romano (KASER M., *Das römische Zivilprozessrecht*, in *Handbuch der Altertums wissenschaft* di Müller-Otto-Bengtson 10.3.4 [1966] p. XXIV — 570) meriterebbe di essere segnalata e salutata ben al di fuori dell'ordinaria misura di una recensione necessariamente epidermica. L'opera segna infatti un triplice traguardo: quello, già di per sè cospicuo, del suo compimento; quello costituito dal felice completamento del ciclo di tre volumi dedicato al diritto privato romano; e quello infine del coronamento ideale di una prima e luminosa fase della vita scientifica dell'autore.

Sia concesso indugiare su questo terzo traguardo, che in certo modo soverchia e illustra gli altri. Ancora nel pieno del suo vigore d'ingegno, Kaser ha avuto la ventura, ben meritata ventura, di raggiungere un limite che molti, durante una vita intera, non sono riusciti nemmeno a intravedere. I suoi trattati non sono

tanto testimonianza di studi altrui, quanto espressione della sua personale e diretta partecipazione al determinarsi dello *status doctrinae* che in essi è scolpito. La bibliografia kaseriana è presente quasi in ogni paragrafo di questi volumi. Una bibliografia sconfinata. Si possono tenere a mente i volumi monografici, dal *Restituere* del 1932, al *Quanti ea res est* del 1935, all'*Eigentum und Besitz* del 1943, all'*Altrömisches Ius* del 1949, ma chi può contare a memoria, prescindendo dai libri di scuola, i moltissimi altri apporti di minor mole, parecchi dei quali non certo di minor valore, che Kaser ha recato in questi anni al diritto privato romano? Oggi, che l'opera di sintesi finalmente è compiuta, tutto questo ricchissimo patrimonio di meditati contributi ci si ripropone in una figura nuova: la figura dei *parerga* di un'opera che alle capacità di Max Kaser era perfettamente congeniale ed alla cui preparazione egli ha atteso, pur senza ancora rendersene conto, sin dai primissimi tempi della sua vita scientifica.

2. Il RZPR. si articola in quattro sezioni, divise in paragrafi (a loro volta raggruppati in capitoli) e precedute, oltre che da una breve prefazione (p. V ss.), da una densa introduzione (p. I ss.), in cui l'a. delimita la materia oggetto dell'esposizione, sottolineando le connessioni intime esistenti tra profilo processuale e profilo sostanziale nell'esperienza giuridica romana e individuando, tra le varie procedure delle diverse epoche storiche, quelle che a rigore rientrano, di volta in volta, nel tipo « processo civile » (§ I, p. I ss.). Il K. dà poi conto sommario delle fonti e della letteratura specialistica, recente e meno recente, relative al tema (§ 2, p. 10 ss.).

Delle quattro sezioni di cui si è detto, la prima è dedicata al processo delle *legis actiones* (p. 17 ss., § 3-21), la seconda alla procedura formulare (p. 107 ss., § 22-65), la terza al processo cognitorio classico (p. 339 ss., § 66-76), la quarta ed ultima al processo civile postclassico (p. 401 ss., § 77-100). Un indice analitico (p. 531 ss.) ed un ricchissimo indice delle fonti (p. 543 ss.) completano il trattato.

3. Il primo dei tre capitoli in cui è suddivisa la prima sezione tratta dei principi fondamentali che regolano la procedura per *legis actiones* e dei soggetti della vicenda processuale (p. 17 ss.): le ipotesi in ordine al sorgere in Roma di un'attività processuale « pubblica », diversa dall'autotutela da parte dei singoli individui o gruppi (§ 3), la struttura del processo (§ 4), la *iurisdictio* dei magistrati (§ 5), la figura e le funzioni del *iudex unus* (§ 6), dei *centumviri* e dei *decemviri* (§ 7), le caratteristiche differenziali e comuni esistenti tra le funzioni di *iudex* e di *arbiter* (§ 8), le parti e i loro rappresentanti e le loro attività (§ 9) formano oggetto, qui, di puntuale accurata descrizione.

Il secondo capitolo (p. 47 ss.), dedicato alle *legis actiones* dichiarative, si apre con l'analisi delle regole decemvirali sulla *in ius vocatio*, per studiarne la natura giuridica e per poi illustrate le figure del *vindex* e dei *vades*, soffermandosi in particolare sulla *cautio vadimonium sisti* (§ 10), e, quindi, (§ 11) sullo svolgimento del processo sino alla *litis contestatio*, con analisi dei possibili comportamenti e del magistrato e delle parti. Le pagine successive (p. 60 ss.) sono occupate dalla trattazione delle singole *legis actiones* dichiarative: *per sacramentum* (§ 12; e poi, § 13: *l.a.s. in personam*, § 14: *l.a.s. in rem*), *per iudicis arbitrive postulationem*

(§ 15), *per condictioem* (§ 16). Di ognuna sono descritte con abbondanza di particolari le caratteristiche peculiari, non solo in ordine allo svolgimento materiale, rituale, *in iure*, ma anche in connessione con il tipo di rapporti sostanziali che attraverso di esse giungono ad ottenere tutela. Conclusa la trattazione della fase *in iure* con l'indicazione dell'atto costitutivo del potere del giudice singolo o collegiale (o dell'*arbiter*) da parte del *praetor* (*iudicem dare-addicere*: § 17), il K. si occupa della procedura dinanzi al giudice di merito (*causae coniectio*, disciplina e assunzione delle prove: § 18) e della sentenza nei suoi aspetti formali e sostanziali e nella sua efficacia (§ 19).

Il terzo, e ultimo, capitolo della sezione (p. 94 ss.) consta di due paragrafi, dedicati alla trattazione delle *legis actiones* esecutive: la *l.a. per manus iniectionem* (§ 20) e quella *per pignoris capionem* (§ 21).

4. La parte centrale del trattato è costituita dalla seconda sezione dedicata al processo formulare.

Dei cinque capitoli, il primo (p. 107 ss.) illustra (nel § 22) i motivi giuridici, pratici ed economici che determinarono l'introduzione, accanto alla procedura antica, ben presto destinata ad esser del tutto superata, del nuovo sistema dell'*agere per formulam* (*formulas*) o *per concepta verba*, indicando il ruolo che ebbero nel sanzionare l'innovazione la *lex Aebutia* e le *leges Iuliae iudiciorum privatorum*. Vengono poi indicati (nel § 23) i limiti certi e insicuri (si pensi ai processi nelle *provinciae*) di applicazione del nuovo sistema processuale. Di questo, così come si era fatto per quello delle *legis actiones*, vengono studiati in apposito capitolo (il II, pag. 124 ss.) i soggetti del rapporto processuale: anche qui vengono illustrate le figure dei magistrati giudicanti in Roma e nelle provincie (§ 24), studiando in particolare (§ 25) i concetti di *iurisdictio* e di *cognitio*. Nel § 26 il K. si occupa, invece, dei giudici di merito (*iudex, arbiter, recuperatores*), indicando poi (§ 27) i luoghi e i tempi in cui questi possono esplicare la loro attività e facendo un breve accenno alle figure dei loro usuali collaboratori (*apparitores: scribae, lictores, viatores* etc.). Alle parti e ai loro rappresentanti processuali e ai loro coadiutori sono dedicati i due successivi paragrafi (28 e 29): i problemi della loro capacità a stare in giudizio, direttamente o attraverso *procuratores* o *cognitores*, e, per gli incapaci, attraverso i *tutores* o *curatores*, e quelli delle garanzie che costoro debbono prestare, la figura peculiare dell'*adsertor libertatis*, le funzioni e i limiti degli *advocati* e dei patroni o *oratores*, trovano in queste pagine limpida trattazione.

La fase *in iure* è descritta nel terzo capitolo di questa sezione (pag. 162 ss.). Dal momento della prima *editio actionis* (quella ed. impropria) provocata dalla *in ius vocatio*, di cui sono indicati i mutamenti sostanziali, anche in riferimento alla figura del *vindex* (§ 30) e alla introduzione della prassi del *vadimonium facere* (§ 31), questa fase è seguita passo passo, con frequenti opportune puntualizzazioni tese a chiarire concetti, a inquadrare istituti, a offrire ricostruzioni dogmatiche basate sempre sui risultati più sicuri di indagini particolari dell'autore o di altri. Così, prima di passare ad illustrare il momento, della seconda, vera e propria, *editio actionis*, connessa con la *postulatio* rivolta al magistrato, il K. si sofferma sul significato del termine *actio* (p. 172 ss.) e poi su *petitio*, (e *persecutio*), *vindi-*

cautio e condictio (p. 174 ss.). E dai parametri cui deve adeguarsi il magistrato nello stabilire se *dare* o *denegare* l'azione prende lo spunto per trattare dei presupposti della legittimazione processuale, dei vari tipi di competenza, del problema del *praetudicium* (§ 33). Dopo aver accennato alle modalità ed al valore delle *interrogationes in iure* nelle diverse azioni (§ 34), il discorso si incentra sulla attività del convenuto in questa fase del processo e sui mezzi predisposti a tutela delle sue ragioni: *praescriptio pro reo* ed *exceptio* (e *duplicatio* ecc.) (§ 35). Allo *iusiurandum*, volontario o imposto dal magistrato (§ 36), alla *confessio in iure* (§ 37), all'*indefensio* (§ 38), ai diversi tipi di *cautiones* (§ 39), alle sanzioni previste per le parti che tengono determinati comportamenti riprovevoli (§ 40) sono dedicate le pagine che precedono, poi, la trattazione del momento della *litiscontestatio* (§ 41) di cui vengono analizzate la natura giuridica e l'efficacia (§ 42), in particolare quella preclusiva (§ 43, ove è trattato il problema della concorrenza delle azioni).

Dal discorso sulla natura e la funzione della *formula* (§ 44), sul suo contenuto e sulle sue « parti » (§ 45), con cui si apre il quarto capitolo (p. 235 ss.), il K. muove per trattare dei problemi connessi con la *deductio in iudicium* e la *pluris petitio* (§ 46). Quindi egli si occupa dei diversi tipi di azione, concentrando il suo interesse sulle classificazioni particolarmente rilevanti ai fini processuali (cfr. p. 250) e rinviando, invece, il lettore, per le implicazioni di ordine sostanziale, a quanto già scritto nel primo volume del suo *Privatrecht* (§ 55, p. 198 ss.). Egli tratta, perciò, qui, in modo approfondito solo della distinzione tra *actiones civiles* e *honorariae*, *in rem* e *in personam* (§ 47) e della natura e delle peculiarità delle *actiones arbitrariae* e, quindi, dello *iusiurandum in litem* (§ 48), delle azioni con trasposizioni di soggetti e di quelle *noxales* (§ 49), dei giudizi riconvenzionali, divisori e dei *preiudicia* (§ 50).

Con il quinto capitolo (p. 268 ss.) riprende la descrizione dello svolgimento del processo formulare. Siamo, ormai, al momento successivo alla *litis contestatio* (all'*iudicium inchoatum, conceptum*, cioè) e il capitolo è destinato appunto alla trattazione della fase che precede l'emanazione della *sententia* del giudice. Premessi alcuni cenni sulle possibili cause di nullità dell'*iudicium*, sulla *mors litis* e sulla *translatio iudicii* (§ 51), l'a. si occupa delle procedure e delle attività del giudice e delle parti (§ 52) e del regime di assunzione delle prove e dei principi vigenti in ordine all'onere di produrle (§ 53). Alla natura, al contenuto e alla forma della sentenza e alla sua efficacia nei diversi tipi di giudizio sono dedicati gli ultimi due paragrafi di questo capitolo (§§ 54 e 55).

Quello successivo, il sesto, tratta della esecuzione (p. 296). Chiariti il sistema e le funzioni dell'*actio iudicati*, e dopo aver accennato brevemente alle poche e insicure notizie relative alla forma residua di esecuzione « personale » (*addictio*) (§ 56), la trattazione indugia sui vari tipi di esecuzione patrimoniale: sulla *missio in bona* (§ 57), e la *bonorum venditio* (§ 58), sui privilegi nell'esecuzione (§ 59), sulla *distractio* e la *cessio bonorum* (§§ 60, 61).

Il settimo capitolo (p. 317 ss.) tratta delle procedure speciali, i cd. mezzi complementari della procedura formulare: gli *interdicta* (§§ 62, 63), le *in integrum restitutiones* (§ 64), le *missiones in possessionem* e le *stipulationes praetoriae* (§ 65).

6. Al processo cognitorio classico è dedicata la terza sezione del trattato (p. 339 ss.).

Nel primo capitolo, l'a. precisa il carattere, i limiti ed i motivi dell'introduzione di questo tipo di procedura, enucleando i principi cui si informò l'amministrazione della giustizia in questa forma e, soprattutto, precisando le tre ipotesi diverse che nel tipo « processo cognitorio » si comprendono: la *cognitio extra ordinem* del *praetor*, la giurisdizione imperiale, l'amministrazione della giustizia nelle province attraverso i *praefecti* e, in genere, i funzionari imperiali (§ 66). Della giurisdizione del *princeps* è analizzato, qui (§ 67), oltre al fondamento (*l'auctoritas* dello stesso), la prima delle due categorie di intervento: il *cognoscere* sostitutivo di quello del magistrato ordinario, di cui sono illustrate le procedure, i tempi, le forme (sull'intervento in sede di *appellatio*, *infra* al § 75). Della *cognitio extra ordinem* in senso stretto sono studiate le varie ipotesi in riferimento all'oggetto (innanzi tutto, com'è ovvio, i fedecommessi); si parla, quindi, della *vindicatio caducorum*, dei giudizi per gli alimenti, per il pagamento di *honoraria* e *salaria* non discendenti da *locatio conductio*, di quelli in tema di tutela, di *pollicitatio*, dei processi di stato, di libertà, della *querela inofficiosi testamenti* (§ 69). Infine, vengono indicati i soggetti (*iudices*) titolari, diretti o delegati (*iudices dati, pedanei*), del potere di *cognoscere* nella capitale (§ 69, è omesso qui il *senatus*, di cui l'a. si occupa in seguito in ordine all'*appellatio*), in Italia e nelle provincie (§ 70).

Seguendo lo schema espositivo ormai noto, nel secondo capitolo (p. 371 ss.), il K. tratta dello svolgersi del processo cognitorio per il quale, sottolinea, nonostante le svariate sue origini nelle diverse sue forme, ben presto vennero formandosi regole procedurali tipiche, nettamente contrapposte a quelle del processo formulare: dall'atto introduttivo, *denuntiatio* o *evocatio* (*litteris* o *edictis*), in cui l'intervento magistratuale si profila nettamente come sostitutivo dei mezzi strettamente privati della *in ius vocatio* e del *vadimonium*, alla possibilità di agire in contumacia del convenuto (§ 71), al diminuire di principi rigorosamente formalistici nello svolgimento del giudizio (§ 72), alle norme relative alla *praescriptio*, all'assunzione delle prove, alla *litiscontestatio* (§ 73), alla *sententia* (§ 74), alla possibilità di *appellatio* (§ 75), all'esecuzione forzata della *sententia* (§ 76).

7. La quarta sezione (« Das nachklassische Verfahren ») consta di tre capitoli (p. 410 ss.), il primo consacrato ad illustrare i principi generali che regolano il processo civile in epoca postclassica, il secondo destinato a seguire lo svolgimento del processo « comune », il terzo, invece, teso ad illustrare taluni procedimenti speciali.

Il primo capitolo si apre con un paragrafo (§ 77) in cui è tracciata la storia della evoluzione del processo civile romano nel periodo della monarchia assoluta: un particolare rilievo è dato alla riforma diocleziana dell'Impero e all'intervento ordinatore di Costantino (v. p. 412). Ed è sottolineato più volte una generale « Nivellierung », in quest'epoca, delle condizioni giuridico-amministrative di tutte le parti, le regioni e le provincie dell'Impero: livellamento che, uno all'affievolirsi deciso di ogni « Denkkraft » dei giuristi, ormai per lo più ridotti al rango di burocrati, non potè non determinare mutamenti profondi anche in ordine ai prin-

cipi fondamentali della amministrazione della giustizia civile. Come, innanzitutto, il trasferimento della giurisdizione civile ai funzionari imperiali, competenti a seguire il processo in tutte le sue fasi (§ 78, ove vengono indicati i funzionari dotati di *iurisdictio*, dai più bassi in grado ai più alti nella scala gerarchica, competenti a giudicare *vice sacra*). La competenza e le funzioni dell'autorità giudiziaria ordinaria (di norma: *proconsules*, *consulares*, *correctores*, *praesides* e, in seconda istanza: *praefecti* del pretorio e loro *vicarii*) vengono studiati nel § 79, insieme a quelle del *praefectus urbi* e del suo *vicarius*, per la capitale, e dei *praefecti annonae* e *vigilum* e dei *praetores*. La cognizione civile del principe, provocata dalle *appellationes* o anche dalle *consultationes (relationes)* dei funzionari, o ancora dalle *supplicationes* dei privati, viene trattata nel paragrafo successivo (§ 80) ove l'a. si occupa anche delle funzioni e della composizione degli organi ausiliari (*Consistorium principis*, *auditorium p.*), che assistono l'imperatore nella sua attività cognitoria come in quella amministrativa, e della cancelleria imperiale. Il § 81 tratta degli organi giurisdizionali « statali », istituiti per conoscere determinate controversie (le fiscali, ad es.) o per giudicare cause civili in cui erano parte personaggi illustri (i *palatini*, ad es.) o (da Teodosio II, in poi) i militari. Dopo aver parlato della competenza e dell'attività dei magistrati municipali, del *defensor civitatis* (§ 82) e dei giudici delegati (*pedanei*) e degli ausiliari (*adsessores*, *consiliares*) e dei coadiutori (*officiales*, *apparitores*) etc. (§ 83), il K. si occupa dei luoghi e del tempo in cui viene amministrata giustizia, della lingua che può o deve essere usata negli atti processuali, delle tasse da corrispondersi (§ 84). Infine, parla delle parti, dei loro rappresentanti e degli avvocati che possono intervenire ad assisterle in processo (§ 85).

L'inizio del processo civile ordinario postclassico traverso la *litis denuntiatio* o il *libellus conventionis* è descritto nei primi due paragrafi (87 e 88) del secondo capitolo di quest'ultima sezione (p. 456 ss.). Segue un'indagine sul nuovo valore assunto nel processo postclassico dall'*actio* e dall'*in integrum restitutio* da un lato (§ 88) e dall'*exceptio* e dalla *praescriptio* dall'altro (§ 89). La trattazione dello svolgimento del processo fino alla *litis contestatio* riprende (nel § 90) con la descrizione delle attività delle parti e di quella, sempre più importante, del giudice, per proseguire (§ 91) con l'analisi del nuovo regime delle prove e la descrizione (§ 92) dei singoli mezzi probatori ora ammessi, per giungere, quindi, (§ 93), allo studio dei vari tipi e del vario contenuto delle sentenze e della loro efficacia (§ 94), per concludersi, infine, con l'analisi degli istituti della *appellatio* e della *supplicatio* (§ 95) e dei mezzi di esecuzione forzata della sentenza (§ 96; il § 97 è dedicato allo studio degli strumenti predisposti per impedire azioni infondate o caluniose e ai costi, alle tasse di giustizia).

L'ultimo capitolo, il terzo, tratta dei procedimenti speciali (p. 520 ss.): quello che tende all'emanazione di un rescritto imperiale (§ 98), i cd. processi sommari (§ 99), le procedure speciali non statali, in particolare, la *episcopalis audientia* (§ 100).

8. La pur sommaria descrizione che precede è più che sufficiente a lumeggiare i pregi di completezza, di limpidezza sistematica, di approfondita visione della materia

che caratterizzano il trattato del Kaser. Un trattato che rimarrà a lungo sul tavolo del romanista come strumento prezioso, indispensabile di lavoro.

ANTONIO GUARINO

IL TESTAMENTO ROMANO ATTRAVERSO LA PRASSI DOCUMENTALE.

Lo studio del diritto romano ha i suoi generi letterari: si guardi alle persone o alle opere, si individuano i *genera* del diritto costituzionale e amministrativo, del diritto penale pubblico, del diritto privato, dell'epigrafia, della papirologia. Ma non mancano opere, che intendono valicare i confini usuali: un esempio è dato dal libro che Mario Amelotti dedica al testamento romano attraverso la prassi documentale, e di cui esce ora il primo volume, riguardante le forme classiche del testamento. Al volume si accompagna un corso universitario, ove lo stesso argomento è esposto in maniera più semplice e rapida¹. L'opera non vuole, in effetti, essere di carattere esclusivamente papirologico-epigrafico; ma, scritta da un romanista che si intende di papirologia, vuole utilizzare insieme le esperienze che si acquistano dalle fonti giuridiche e da quelle di diversa natura, per giungere a risultati più vicini alla realtà storica: cioè, nel risultato, essere meno formalistica delle consuete trattazioni romanistiche.

Il cap. I (p. 1-80), di carattere introduttivo, enumera le fonti utilizzate per la ricerca: si tratta di testi letterari, di iscrizioni, di papiri. I documenti sono distinti secondo che provengano dall'occidente o dall'oriente, e ciascuno di essi è sommariamente descritto o riassunto: i testi per vari aspetti più interessanti sono poi riportati in un'apposita appendice (p. 253-285). I documenti di origine occidentale sono 40 (p. 10-30); quelli di origine orientale 77 (p. 30-71); l'appendice ne riproduce 20. Si tratta, per la massima parte, di testamenti; ma non mancano *gesta de aperiundo testamento*; *cretiones*; e qualche altro documento analogo. C'è anche notizia di atti che non sono testamenti (in tutto 6). Complessivamente, si tratta di 123 testimonianze.

Il cap. II (p. 81-110) si occupa del testamento militare. La scelta, per questo, di una sede preliminare ha la sua ragione: è sembrato opportuno isolare l'istituto, per stabilirne alcune caratteristiche le quali, una volta accertate, sarebbero servite da indizio per determinare la natura di atti, che non sarebbe stato possibile qualificare per elementi esteriori; e solo a questo modo si poteva essere sicuri di non attribuire a supposti testamenti ordinari norme proprie del testamento militare. I documenti confermano l'assoluta libertà di forma, che consente la più libera espressione di volontà al militare; e inoltre, in quanto provengano dall'Egitto, danno la possibilità di intendere qualche disposizione contenuta nel *Gnomon* dell'*Idios Logos*. E' noto che il § 34 di questo complesso di statuizioni accorda il privilegio a soggetti *ἐν στρατείᾳ καὶ ἀπὸ στρατείας*; parole che non si sa come intendere