

FRANCESCO ARCARIA*
«Zurück zu Wlassak!»**

Sommario: 1. Wlassak ed il processo civile romano. - 2. Wlassak ed il processo criminale romano. - 3. Il processo civile romano da Keller a Wlassak. - 4. Wlassak e la trattatistica di diritto processuale criminale romano dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento. - 5. L'eredità del Wlassak e la perdurante attualità delle sue opere.

1. - Come bene è stato sottolineato in dottrina¹ e, in particolare, dal Talamanca², un momento di forte cesura negli studi sul processo civile romano fu certamente rappresentato, oltre che dalla ricostruzione leneliana dell'editto perpetuo, dalla copiosa produzione scientifica del Wlassak³, che dedicò gran parte delle numerose indagini che connotarono peculiarmente la sua laboriosa vita di studioso appunto all'esperienza processuale romana, della quale è stato, senza alcun dubbio, il più profondo conoscitore o, comunque, «uno de los mayores concedores que han existido nunca»⁴.

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano e di Storia del diritto romano presso l'Università degli Studi di Catania.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 17 s.

² M. TALAMANCA, *Processo civile (Diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 2.

³ Nato a Brno nel 1852, il Wlassak fu professore straordinario di diritto romano a Czernowitz nel 1897, a Graz nel 1882, diventandovi ordinario nel 1883, per poi passare ad insegnare a Breslavia nel 1884, a Strasburgo nel 1895 ed a Vienna nel 1900 (e fino al 1925), dove morì nel 1939. Sulla vita, la carriera, le opere ed il pensiero scientifico di tale autore v. E. BETTI, *Moriz Wlassak*, in *BIDR.*, 46, 1939, p. 445 ss.; L. WENGER, *Moriz Wlassak*, in *ZSS.*, 60, 1940, p. IX ss.; E. ALBERTARIO, *Moritz Wlassak*, in *Enc. ital.*, 35, Roma, 1950, p. 781; A. BÄR, *Moriz Wlassak. Leben und Werk*, Erlangen, 1953, *passim*; E. SCHÖNBAUER, *Wlassaks römische Prozesslehre in der Kritik der Gegenwart*, in *Anz. philos.-hist. Klass. Öster. Akad. Wiss.*, 99, 1962, p. 130 ss.; ID., *Vorwort*, in *Moriz Wlassak Rechtshistorische Adhandlungen*, Wien, 1965, p. 5 ss.; G. WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht*, Graz, 1978, p. 60 ss.; M. RAINER, *Dieter Nörr e la romanistica tedesca*, in *Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo. Atti del Convegno, Torino 26-27 maggio 2005*, a cura di E. Stolfi, Torino, 2006, p. 11; K. STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Moriz Wlassak*, in T. OLECHOWSKI - T. EHS - K. STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918 - 1938*, Göttingen, 2014, p. 264 ss.; T. BEGGIO, *A obra centenária: Moriz Wlassak, Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, in *Inter. Prud.*, 2, 2, 2017, p. 17 ss. (ivi altra letteratura citata); I. FARGNOLI, *Nel prisma degli studi sul processo romano. Il dissidio scientifico tra Moriz Wlassak e Philipp Lotmar*, in *MEP.*, 24, 26, 2021, *La villa del*

In realtà, il rinnovamento di tutta la concezione odierna del processo civile romano operato dal Wlassak è il frutto di una elaborazione che procedette per gradi e che trovò esplicazione in diversi articoli e lavori monografici⁵ pubblicati nel corso di quasi un sessantennio, e cioè quello che va dal 1882, anno in cui veniva pubblicata a Jena la monografia *Edict und Klageform. Eine romanistische Studie*, ed il 1939, anno che vedeva apparire nel cinquantanovesimo volume della *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* il suo ultimo e polemico lavoro, cioè l'*Abwehr gegen H. Ermans Miszelle Z. 58, 164 und Kritik von Kellers Fassung der klassischen Prozessformel*⁶.

Stante questa imponente produzione scientifica, non è perciò affatto facile ricostruire in tutte le sue linee il pensiero del suo autore, sicché ci si dovrà limitare a richiamare gli aspetti del processo civile romano oggetto dell'attenzione di tale eminente studioso.

Vanno così ricordati, in primo luogo, i rapporti fra editto e formula⁷ e, pertanto, tra *ius civile* e *ius honorarium* e, in correlazione a ciò, il ruolo e la funzione del pretore nella creazione e nello svolgimento del diritto⁸, ciò che dimostra in maniera inequivocabile quanto il tema della formazione del diritto nel processo fosse presente nella letteratura ottocentesca⁹.

giurista sull'Aniene e i suoi affreschi. *La formula di Mucio Scevola: scrittura e certezza del diritto alle origini del processo civile romano. Atti del Convegno Interdisciplinare: Archeologia & Architettura - Storia & Diritto romano - Epigrafia & Papirologia*, Roma 19 settembre 2019, a cura di F. Costabile, p. 309 s. Inoltre, si veda la breve voce, non firmata, Moritz Wlassak, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 1086.

⁴ J. PARICIO, *La 'lex Aebutia', la 'lex Iulia de iudiciis privatis' y la supuesta 'lex Iulia municipalis'*, in *Labeo*, 49, 2003, p. 132.

⁵ Vedili scrupolosamente citati in M. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 2, nt. 6, e passati velocemente, ma efficacemente, in rassegna dal BETTI, *Moritz Wlassak*, cit., p. 445 ss.

⁶ P. 582 ss.

⁷ Sul punto v. C. GIACHI, *Storia dell'editto e struttura del processo in età pre-adrianea. Un'ipotesi di lavoro*, in *Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di Arnaldo Biscardi*. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, Milano, 2011, p. 128, e nt. 25.

⁸ In argomento v. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, p. 36 ss.

⁹ Così, giustamente, anche M. BRUTTI, *Il processo civile romano negli studi di Mario Talamanca*, in *Ricordo di Mario Talamanca*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e G. Finazzi, Napoli, 2012, p. 71.

In secondo luogo, il problema generale del rapporto tra *lex ed imperium* con specifico riferimento alle leggi regolatrici dell'ordinamento processuale formulare¹⁰ e, in particolare, alla *lex Aebutia*¹¹ e, ancora, ai *iudicia legitima*¹², indagati anche in relazione alla giurisdizione municipale¹³.

In terzo luogo, in aperta critica alla ricostruzione del Keller¹⁴, l'essenziale identità di struttura della *litis contestatio* nelle *legis actiones* e nel procedimento formulare, quale atto bilaterale, imperniato sempre sull'uso di formulari destinati ad impostare la controversia, con il quale le parti manifestano, sotto il controllo del magistrato, l'accordo previamente raggiunto nel suo concreto tenore in ordine alla posizione dei termini della lite¹⁵. E, da qui, la derivazione del processo privato da un primitivo procedimento arbitrale¹⁶, inteso però non come arbitrato in senso proprio e, quindi, non precisamente processo, ma come soluzione d'iniziativa privata che sostituiva il processo oppure che permetteva la soluzione di controversie per le quali un processo non esisteva¹⁷.

¹⁰ Sul punto v. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, cit., pp. 181 s., 199 e 441 s.

¹¹ In argomento v. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, cit., pp. 146 s. e 420; M. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 32, e nt. 220; R. FIORI, 'Ea res agatur'. *I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, pp. 125 s. e 173 ss., il quale rispolvera l'orientamento wlassakiano che ravvisa nella *lex Aebutia*, attraverso l'individuazione dei *iudicia legitima*, il fondamento della 'civiltà' dell'accordo stretto tra le parti con la *litis contestatio* (p. 140 ss.).

¹² Sul punto v. R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., p. 124 s.

¹³ In proposito, la FARGNOLI, 'Si eam rem in urbe Roma ... iudicari iussisset'. *Sulla 'legittimità' dei giudizi nella 'lex Imitana'*, in *Iura*, 60, 2012, p. 246 ss., ha riesaminato, alla luce della *lex Imitana*, la tesi del Wlassak, in ordine appunto al complesso rapporto tra i *iudicia legitima* e la giurisdizione municipale, secondo la quale non vi sarebbe stata la possibilità di instaurare nelle *civitates romanae* dei *iudicia imperio continentia*, fondando questo suo convincimento sulla duplice argomentazione che sarebbe stato inconcepibile che *iudicia imperio continentia* potessero svolgersi nei municipi davanti a magistrati locali privi d'*imperium* e che la qualifica di 'legittima' dovesse essere attribuita a qualsiasi regime disciplinato da una *lex* e, quindi, non solo ai procedimenti regolamentati dalla *lex Iulia*, ma anche a quelli che si svolgevano nei *municipia*, concludendo così che i *iudicia legitima* sarebbero stati in sostanza giudizi rientranti nella giurisdizione dei *magistratus populi Romani* sia a Roma e sia nelle *civitates romanae*.

¹⁴ E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, p. 503; ID., *Moriz Wlassak*, cit., p. 447; O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946, pp. 3 ss., 17 e 21 s.; G. PUGLIESE, *La 'litis contestatio' nel processo formulare*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 1951, p. 37 ss.; F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della 'litis contestatio' nel processo formulare*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milano, 1953, p. 64 ss.; ID., *Studi sul processo formulare romano*, I, 'Translatio iudicii', Napoli, 1956, p. 29 s.; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, cit., p. 26 s.; M. NARDOZZA, *Storiografia e cultura del processo civile tra Ottocento e Novecento*, in *Riv. dir. proc.*, 76, 3, 2021, p. 935; ID., *Pensiero giuridico e coscienza storica*, Torino, 2023, p. 266.

¹⁵ Sul punto v. R. DE RUGGIERO, *Teorie vecchie e nuove intorno alla 'litis contestatio'*, in *BIDR.*, 17, 1905, p. 150 ss.; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 188 s.; O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, cit., p. 17 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, *Le 'legis actiones'*, Bologna, 1948, p. 205; A. BISCARDI, *Quelques observations sur la 'litis contestatio'*, in *RIDA.*, 4, 1950, p. 159; G. PUGLIESE, *La 'litis contestatio'*, cit., pp. 40 e 51; G. JAHR, 'Litis contestatio'. *Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionen- und im Formularverfahren*, Köln-Graz, 1960, *passim*; G.I. LUZZATTO,

In quarto luogo, prendendo lo spunto dalle tre pronunce di competenza del magistrato giurisdicente (*do, dico, addico*), il potere di quest'ultimo, riconosciuto anche nelle *legis actiones*, di controllare gli atti preparatori della *litis contestatio* e di *denegare* eventualmente l'*actio* postulata, in relazione alla quale viene illustrata la fondamentale differenza di struttura a seconda che si tratti di *actio in rem* (in particolare, la *rei vindicatio*) ed *actio in personam* e dimostrata l'essenziale bilateralità tanto nel caso che l'*actio* provochi una *defensio*, quanto nel caso in cui ad essa corrisponda una *confessio in iure*.

In quinto luogo, l'*editio actionis*¹⁸, i *iudicia bonae fidei*¹⁹, lo svolgimento storico della difesa del convenuto, la genesi dell'*exceptio* formulare dalla *denegatio actionis*²⁰ e la derivazione della *praescriptio pro reo* – considerata come una condizione negativa dell'*agere* delle parti, da intendersi nel senso di *litem contestari*, ed avente identità di funzione con la *praescriptio pro actore*, dal momento che entrambe indicavano l'oggetto dell'*agere*, rilevando ai fini della determinazione degli effetti estintivi e preclusivi della *litis contestatio*²¹ – dalla sua posizione intermedia tra *denegatio* ed *exceptio*²².

Recensione di G. Jahr, 'Litis contestatio'. Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionen- und im Formularverfahren, Köln-Graz, 1960, in SDHI., 26, 1960, pp. 407 s., 411 e 413; A. BISCARDI, Recensione di G. Jahr, 'Litis contestatio'. Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionen- und im Formularverfahren, Köln-Graz, 1960, in Iura, 12, 1961, p. 410 s.; ID., Lezioni sul processo romano, cit., pp. 27 s., 39 s. e 45 ss.

¹⁶ Sull'ipotesi che le *legis actiones* e, in generale, il processo privato romano sarebbero nati dalla legalizzazione di procedure arbitrali, che, in tal modo, da facoltative diventavano obbligatorie, v. G. PUGLIESE, Il processo formulare, I, Introduzione – Nozioni fondamentali – I soggetti del processo, Torino, 1948, p. 57 s.; G. BROGGINI, 'Iudex arbiterve'. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrechts, Köln-Graz, 1957, p. 7, nt. 14; G. NICOSIA, Il processo privato romano, I, Le origini. Corso di diritto romano, Torino, 1986, pp. 49 ss. e 168 ss.; M. TALAMANCA, Processo civile, cit., p. 6, e nt. 38.

¹⁷ Su questa specificazione v. C.A. CANNATA, Giovanni Nicosia: insegnamento e ricerca, in Iura, 56, 2006-2007, p. 75.

¹⁸ Sulla cui ricostruzione v. E. METZGER, Civil Procedure in Classical Rome: Having an Audience with the Magistrate, in Spaces of Justice in the roman World, edited by F. de Angelis, Boston, 2010, p. 32 s.

¹⁹ Sulla cui ricostruzione v. le condivisibili perplessità e critiche del FIORI, 'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della «recezione» dei 'iudicia bonae fidei', in BIDR., 101-102, 1998-1999, pp. 166 s., 170 ss., 177 s. e 188.

²⁰ Sul punto v., ampiamente, L. PELLECCHI, La 'praescriptio'. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi, Padova, 2003, p. 121s., nt. 52.

²¹ Ricostruzione, questa, che non è stata sostanzialmente mai abbandonata ed è ora condivisa dal PELLECCHI, La 'praescriptio', cit., p. 119, nt. 47, e dal VARVARO, Ricerche sulla 'praescriptio', Torino, 2008, pp. 15, 18, 28 e 107. In ordine all'ancora aperta questione degli effetti estintivi e preclusivi della *litis contestatio* v. l'assai recente e persuasiva ricostruzione della LONGO, La 'litis contestatio' formulare nelle 'Institutiones' di Gaio, in Ann. Sem. giur. Univ. Palermo., 66, 2023, p. 219 ss., che, esaminando approfonditamente Gai. 3.180, distingue l'opinione di Gaio da quella dei «veteres» menzionati in tale passo, del quale chiarisce l'essenza dell'affermazione iniziale «Tollitur obligatio litis contestatione» ed il significato degli incisi «teneri reus litis contestatione» e «condemnari oportere».

²² Sul punto v. L. PELLECCHI, La 'praescriptio', cit., p. 118 s., e nt. 47.

Infine, la coesistenzialità al sistema delle *legis actiones* della bipartizione di tale processo nella fase *in iure* ed in quella *apud iudicem*²³ e, in relazione a quest'ultima, la *translatio iudicii*²⁴, le salienti differenze di struttura tra processo privato e processo criminale e, ancora, la configurazione del processo provinciale romano come un giudizio di cognizione magistratuale bipartita nel quale ravvisare la figura di transizione nell'involuzione storica del processo formulare, che si sarebbe appunto 'statalizzato' nelle province e, in tale nuova forma, si sarebbe poi impiantato in Italia ed in seguito, grazie al decisivo impulso dato dalla nuova carica dei *iuridici*, anche a Roma²⁵.

L'armoniosa architettura del processo privato romano edificata dal Wlassak trova la sua matura espressione in due monografie che costituiscono, anche temporalmente, la sintesi conclusiva o, forse, meglio, il coronamento delle ricerche condotte in campo processuale da questo indiscusso Maestro del diritto romano.

²³ Sul punto v. M. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 22 s., e nt. 151.

²⁴ In ordine a tale strumento, con il quale il pretore interveniva per disporre la sostituzione di una parte in un processo giunto appunto alla fase *apud iudicem*, il Wlassak ritiene che si trattasse di una 'ripetizione' della *litis contestatio* con una formula non 'nuova', ma 'modificata', sottolineando non solo che la differenza tra *contestatio* e *translatio* risieda nel fatto che, mentre la prima era posta a fondamento di un nuovo rapporto processuale, la seconda ne modificava invece uno già esistente senza annullarlo, ma anche che il *transferre iudicium* era il prodotto dell'attività delle parti e, insieme, di una *permissio* del pretore quale componente della sua *causae cognitio*, e ciò pur nella consapevolezza che questa ricostruzione incorresse nella contraddizione di un processo che veniva sì traslato, ma non rinnovato, suscitando così il dubbio sul 'se' e sul 'come' un sistema processuale quale quello romano, connotato dal principio dell'intangibilità della *formula post litem contestatam*, potesse accettare l'unità del vecchio e del nuovo rapporto processuale: G. TURELLI, 'Transferre iudicium'. *Linee ricostruttive di uno strumento pretorio*, Torino, 2020, p. 15 s., e ntt. 48-52, il quale puntualizza che l'interesse del Wlassak per la *mutatio iudicis*, cioè l'intervento del pretore per la sostituzione del *iudex*, fu invece assai più sfumato, assumendosi come dato della giurisprudenza romana la riconduzione del *iudicium mutare* nel più ampio concetto di *iudicium transferre*.

²⁵ E, in questo contesto di modificazione della procedura, si inseriscono i rilievi del Wlassak sulla *denuntiatio* introduttiva d'istanza, che è propria appunto del processo formulare 'statalizzato' e che trova applicazione in tutte le tipologie di controversie, sui quali v., ampiamente, U. AGNATI, *Costantino abolisce la 'privata testatio'* (CTh. 2.4.2), in *TSDP.*, 5, 2012, p. 28 ss.

Nella prima di esse, pubblicata a Vienna nel 1921 con il titolo *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse. Mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes* e recensita elogiativamente dal Lenel²⁶, che giudicò «unanfechtbar»²⁷ la ricostruzione complessiva proposta dal suo autore²⁸, egli indaga la collaborazione che il magistrato giusdicente prestava alla costituzione del processo, puntualizzando come questi controllasse ed ammettesse, o ricusasse, la concreta formulazione dei termini della controversia proposta dalle parti (*dare iudicium*) e, soprattutto, conferisse al giudice designato il potere-dovere di pronunciare la propria decisione con un *iussum iudicandi* a sé stante²⁹ e distinto dalla *litis contestatio* – intesa come «bedingte Prozessobligation» che influenzò enormemente la dottrina successiva e, in particolare, lo Scialoja³⁰ – alla quale esso seguiva. Proprio tale *iussum iudicandi*, al quale si accompagnava la comunicazione della formula al giudice, costituiva il necessario anello di congiunzione tra la fase *in iure* e quella *apud iudicem*, imprimendo così al processo romano la peculiare configurazione di un arbitrato statualizzato, pur lasciandone intatta la fondamentale natura privata. E, come si è ora ricordato, tale fisionomia ibrida del processo privato romano, a metà tra un processo arbitrale – nel quale la *litis contestatio* aveva un valore ed una struttura essenzialmente identici al *compromissum*, in quanto entrambi fissavano solennemente i termini della controversia imponendo al giudice un tema preciso di decisione e

²⁶ In ZSS., 43, 1922, p. 567 ss.

²⁷ P. 574.

²⁸ Sui contenuti dell'opera e sulle conclusioni alle quali in essa si perviene v. E. BETTI, *Sulla genesi storica del processo formulare (Testimonianze e ipotesi)*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana. Studi di diritto pubblicati dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia*, a cura di P. Ciapessoni, Pavia, 1934, p. 417; ID., *Diritto romano*, I, cit., pp. 449, nt. 1 e 505 s.; L. WENGER, *Moriz Wlassak*, cit., p. XXIX s.; O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, cit., pp. 2, e nt. 1, 20 s., 121 ss., 155 e 162; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile*, II, cit., pp. 222, 228 e 314; ID., *Procedura civile romana*, III, *La genesi del processo formulare*, Bologna, 1950, p. 124; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 185 nt. 9; E. SCHÖNBAUER, *Wlassaks römische Prozesslehre*, cit., p. 132 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, I, Milano, 1963, pp. 86 ss., 196 e 238; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, cit., p. 36 s.

²⁹ Sull'utilizzo, in tale opera, del concetto di 'mandatum iurisdictionis' v. L. WINKEL, 'Mandatum' im römischen öffentlichen Recht?, in 'Mandatum' und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht, herausgegeben von D. Nörr und S. Nishimura, Berlin-Heidelberg, 1993, p. 58 s.

³⁰ Sul punto v. A. CARRATTA, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in *BIDR.*, 105, 2011, p. 118 s., che sottolinea come la riflessione scialojana sulla *litis contestatio* – configurata come un duplice rapporto giuridico, in parte di natura pubblicistica, con riferimento al decreto del magistrato ed all'accettazione di sottoporsi al giudizio, ed in parte di natura privatistica, con riferimento agli effetti sostanziali che scaturiranno dalla sentenza del *iudex* – fosse debitrice nei confronti della peculiare concezione wlassakiana della *litis contestatio*.

vincolando le parti alla sua *sententia*³¹ – ed un processo vero e proprio, avrebbe trovato la sua spiegazione in quel procedimento arbitrale volontario praticato nell'età precivica per comporre le liti fra le *gentes* o fra le *familiae*, ma anche fra i membri di uno stesso gruppo, e che veniva affidato dalle parti per la composizione alla saggezza del capo del gruppo stesso, il quale indicava loro i criteri direttivi da seguire.

Costituitasi poi la *civitas*, siffatto procedimento rimase fermo nella sua struttura originaria, ma da facoltativo diventò obbligatorio, ed attraverso la sua legalizzazione si provvide a sottoporre l'atto di compromesso all'alto controllo di un magistrato (prima del re, poi del console e, per ultimo, del pretore)³², che ne esercitava quella funzione – direttiva e non decisoria – svolta in precedenza dal capo del gruppo sull'accordo delle parti³³.

Nella seconda opera, edita sempre a Vienna nel 1924 con il titolo *Die klassische Prozeßformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit* – alla cui prima parte avrebbe dovuto seguirne una seconda, della quale è stato però pubblicato solamente qualche breve stralcio³⁴ – e recensita encomiasticamente dallo Steinwenter³⁵, che profeticamente si disse sicuro dell'enorme influenza che avrebbero avuto «die grundlegenden Lehren des Verf. für jede Forschung in den antiken Prozeßordnungen»³⁶, e poi dal DeVisscher³⁷, che ne sottolineò la «contribution capitale»³⁸ apportata alla storia

³¹ Così, ampiamente, G. LA PIRA, 'Compromissum' e 'litis contestatio' formulare, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, IV, Palermo, 1936, pp. 187 ss., spec. 190 s., 202 ss. e 224 s. e, più limitatamente, A. POLAČEK, *I principi del processo civile romano e le teorie moderne (Saggio d'interpretazione strutturalistica)*, in *Studi urbinati sc. giur. pol. econ.*, 43, 1974-1975, p. 227.

³² Sul *rex*, quale magistrato e giudice, v. C. PELLOSO, 'Giudicare' e 'decidere' in *Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2012, p. 94 ss., che giudica aprioristico e non avente più ragione di esistere lo scetticismo che ha condotto i seguaci del Wlassak non solo a svalutare, ma addirittura ad ignorare gli indizi, se non addirittura le prove offerte dagli autori antichi, tanto giuristi quanto storici, in favore dell'esistenza di 'giudizi regi'.

³³ Su tale ricostruzione v. L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, p. 853 s., e nt. 1, la quale cita un'ampia letteratura che passa in rassegna le critiche mosse a tale ricostruzione da parte della dottrina successiva, specialmente quella francese più datata, che accentuò invece il momento magico o religioso-sacrale nel processo di formazione.

³⁴ In *Anz. philos.-hist. Klass. Öster. Akad. Wiss.*, 25-27, 1926, pp. 159-162.

³⁵ In *ZSS.*, 46, 1926, p. 373 ss.

³⁶ P. 383.

³⁷ In *Revue belge philol. hist.*, 7, 2, 1928, p. 722 ss.

³⁸ P. 724.

della procedura civile romana, il Wlassak delinea la formazione, la struttura e la funzione della *formula* quale strumento della *litis contestatio*.

E ciò, a tal punto da affermare recisamente che nei processi in cui non aveva luogo la *litis contestatio* non vi era la *formula* in senso tecnico, appunto perché quest'ultima aveva come suo presupposto necessario la *litis contestatio*³⁹, quale documento dell'atto di compromesso destinato a fissare i termini della lite ed a designare la persona del giudice alla cui decisione si assoggettavano concordemente le parti, la cui iniziativa viene dall'autore disegnata e delimitata a fronte dell'ingerenza del magistrato nelle trattative aventi luogo nella fase *in iure*, con particolare riguardo al compito riconosciuto ai giuristi di curare la redazione di nuove formule da sottoporre all'approvazione dell'organo giurisdicente⁴⁰.

Ora, come bene è stato rimarcato ancora una volta dal Talamanca⁴¹, «la forte impronta data agli studi sull'esperienza processuale romana dall'opera del Wlassak ha comportato, nei primi trent'anni del nostro secolo, una sorta di appagata acquiescenza della dottrina sulle grandi linee del pensiero dello studioso austriaco», sicché è solo «verso la fine degli anni Trenta che comincia a manifestarsi in letteratura un'ondata di riflusso nei confronti delle concezioni fondamentali del Wlassak, come non di rado avviene rispetto a dottrine per troppo tempo dominanti: e, ripercorrendo ancora tratti ricorrenti in situazioni siffatte, la reazione si è appalesata più volte come eccessiva».

³⁹ Cfr. G. LA PIRA, *Contenuto processuale del 'Senatus' consulto di Augusto ai Cirenei* [1929], in *Edizione Nazionale delle Opere di Giorgio La Pira*, II, 1, *La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, a cura di P. Giunti, Firenze, 2019, p. 16, nt. 43, secondo il quale, in specifico riferimento alla natura del procedimento introdotto dal *senatus consultum Calvisianum*, era tuttavia innegabile che quelle particolari istruzioni del processo di cognizione bipartito nelle quali non ricorreva la nomina del giudice ad opera delle parti e nemmeno la *litis contestatio* avessero una struttura identica a quella che presenta la *formula* in senso tecnico, sicché, per quanto tali istruzioni non possano essere qualificate come *formulae* in quanto non svolgono la funzione caratteristica della *formula* consistente nell'essere strumento del compromesso giudiziale tra le parti, ad esse si adattano comunque perfettamente il nome e l'idea della *formula*. E ciò, sulla scorta della considerazione che la nomina del giudice e la *litis contestatio* sono «due elementi non inerenti alla struttura della formula, la quale risulta costituita solamente dalle note parti caratteristiche: *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio*, *condemnatio* (GAL., IV, 39)».

⁴⁰ Sui contenuti della monografia e sulle conclusioni alle quali in essa si perviene v. E. BETTI, *Sulla genesi storica del processo formulare*, cit., p. 467 s.; ID., *Diritto romano*, I, cit., pp. 502 e 504; F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., p. 190 ss.; G. PUGLIESE, *'Actio' e diritto subiettivo*, Milano, 1939, pp. 45, e nt. 1, 109 ss. e 116; L. WENGER, *Moriz Wlassak*, cit., p. XXX s.; O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, cit., pp. 21 s., 24 ss., 30 ss., 185 ss., 191 ss. e 204; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, cit., pp. 36 s. e 448 s.

⁴¹ *Processo civile*, cit., p. 2 s.

E, in effetti, numerosi sono stati i contributi scientifici – soprattutto di scuola italiana (Betti, De Martino, Pugliese, Carrelli, Luzzatto, Gioffredi, Bonifacio, Biscardi)⁴² – che hanno operato un profondo ripensamento di diverse opinioni del Wlassak, contribuendo non poco a proporre un quadro certamente più articolato di quello derivante dall’insieme delle diverse soluzioni interpretative da quest’ultimo proposte. Ciò che è avvenuto, ad esempio, in riferimento agli eccessivamente accentuati caratteri e fondamenti esclusivamente privatistici del processo dell’*ordo iudiciorum*⁴³ – frutto di una «valorizzazione dogmatica», più che ‘storica’, della natura privata del soggetto giudicante e della sentenza definitiva⁴⁴, delle modalità di scelta del *iudex*, nonché della *litis contestatio*, interpretata quale ‘contratto formale endo-processuale’ generatore di obblighi civilistici⁴⁵ – e, ancora, in relazione al mai veramente affrontato in profondità problema delle origini del processo privato romano⁴⁶.

Tuttavia, come è stato sottolineato dal Nicosia⁴⁷ proprio in ordine a quest’ultimo problema, il Wlassak, nell’evidenziare l’origine privata del processo romano, ciò che costituisce probabilmente il risultato più sicuro delle sue ricerche, «si è avvicinato alla verità assai più di quanto oggi comunemente si creda. In proposito, resta grande merito del Wlassak l’essersi reso conto che la bipartizione del processo in due fasi (*in iure* e *apud iudicem*) non derivò dall’aggiunta successiva della distinta fase *apud iudicem* (cioè dell’autonomizzazione e attribuzione ad un *iudex* della funzione del *iudicium*, prima ricompresa nella pretesa “piena giurisdizione” del capo politico nell’ambito di un supposto processo monofasico), ma al contrario dalla circostanza che a una certa epoca storica il *iudicium* venne fatto precedere da un intervento di controllo di un organo “statale”, che determinò la scissione di questa fase introduttiva (*in iure*), ora sottoposta al

⁴² Citati, *supra*, nelle note 8, 10-11, 14-16, 28 e 40. Per un’acribica ricostruzione, in particolare, dell’opinione del Carrelli v. A. GUARINO, *L’ordinamento giuridico romano*⁵, Napoli, 1990, p. 302 ss.

⁴³ G.I. LUZZATTO, *Il problema d’origine del processo ‘extra ordinem’*, I, *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965, p. 29.

⁴⁴ Come è stato rimarcato dal CARDILLI, ‘*Damnatio esto*’ e ‘*manus iniectio*’ nella ‘*lex Aquilia*’: un indizio paleografico?, in *Fundamina*, 20, 1, 2014, p. 115, il Wlassak evidenziò «come quella che nelle fonti più antiche sembra esprimere una originaria differenza tra *damnari* e *iudicari* (e che successivamente viene edulcorata in un uso sinonimico tra i due verbi) riposa su una diversa qualifica della sentenza di condanna (*iudicari*) dal risultato della stima in denaro (*arbitrium litis aestimandae*)».

⁴⁵ C. PELLOSO, ‘*Giudicare*’ e ‘*decidere*’, cit., p. 86 s.

⁴⁶ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, *Le ‘legis actiones’*. *Corso di diritto romano*, Roma, 1962, p. 78 s., e M. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 6, nt. 38.

controllo “statale”, rispetto alla fase del *iudicium*, rimasta “privata”. Fin qui la diagnosi è sostanzialmente esatta: il *iudicium* è nato come *iudicium privatum*». Con la conseguenza che, a differenza di quanto aveva ritenuto il Keller, «la procedura *per formulas* non nasce dall’interno delle *legis actiones*, non è il prodotto di uno sviluppo endogeno delle controversie tra *cives*. Sorge invece nell’ambito della *iurisdictio peregrina*. È qui che l’*imperium* del magistrato rompe le forme tradizionali, se ne libera e crea schemi inediti di giudizio»⁴⁸.

Se poi ci si sposta dal piano contenutistico a quello metodologico, si comprenderà appieno perché il Wlassak sia stato giustamente considerato dalla storiografia successiva ed a tutt’oggi il Maestro insuperato del processo civile romano ed uno dei più grandi specialisti del processo in generale della romanistica di tutti i tempi⁴⁹ e, insieme, un modello di studioso al quale fare costantemente riferimento per chiunque si accinga ad indagare l’esperienza giuridica romana e, in particolare, quella processuale.

Infatti, al fervore della propria ricostruzione del processo privato romano egli accompagnò un ardore critico demolitorio di non pochi pregiudizi risalenti alla consolidata dottrina ottocentesca e, in particolare, come si è già ricordato, al suo capotistipite, il Keller⁵⁰, che avevano dato luogo ad «un’immagine autoritaria della

⁴⁷ *Il processo privato*, I, cit., p. 52.

⁴⁸ M. BRUTTI, *Il processo civile romano*, cit., p.78.

⁴⁹ Sul punto v. anche T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 35 ss.

⁵⁰ Del manuale del Keller, dal titolo *Der römische Civilproceß und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen*, esistono diverse edizioni, delle quali la prima venne stampata a Lipsia nel 1852 e l’ultima, pubblicata a Lipsia nel 1883, fu approntata dal Wach, che rivide il testo ed ampliò notevolmente l’apparato delle note, contribuendo così ad aumentare i pregi dell’opera e la sua ulteriore diffusione nella comunità scientifica ottocentesca. Si tratta di un’opera, recante una ricostruzione sistematica del processo romano destinata, come si è ricordato nel testo, ad esercitare un’enorme influenza sugli studi dell’epoca ed a suscitare subito entusiasti giudizi perduranti anche a notevole distanza di tempo dalla sua apparizione, che si connota come profondamente originale a causa della novità metodologica introdotta dal Keller. Questa consisteva infatti nel prendere in esame i diversi elementi e momenti della procedura romana e seguirli, fin dove è possibile, nei suoi talvolta complicati sviluppi, e però avendo cura di considerarli non singolarmente ed avulsi l’uno dall’altro, ma, al contrario, l’uno in funzione dell’altro, come se fossero delle ‘monadi’ aventi ciascuna sì una propria funzione e, tuttavia, armoniosamente concatenata con quella delle altre, dando così all’interprete la precisa impressione che in ognuna di esse si rispecchiasse l’intera realtà processuale di cui erano parte. L’effetto indotto da siffatto *modus procedendi*, che trova il suo fondamento nella precisa convinzione del Keller che le regole astratte si intrecciano con le esigenze concrete della vita, in un continuo alternarsi di posizioni, è allora quello di presentare l’intero processo romano come una sorta di complesso organismo vivente in perenne movimento, che si ingrandisce, si modifica e si trasforma sulla scia delle sempre mutevoli esigenze sociali ed economiche che ne stanno alla base e, tuttavia, senza quelle brusche battute di arresto che avrebbero potuto comprometterne la linearità, la coerenza e l’equilibrio, e cioè, in altre parole, il sistema. Su questo manuale

procedura formulare romana, con le parti subordinate rispetto al magistrato, elaboratore della formula»⁵¹ e, quindi, ad una concezione assolutamente pubblicistica del processo civile romano, che, a ben vedere, era l'emblema di un pensiero giuridico – quello appunto dell'epoca di Keller ed immanente non solo nell'opera di quest'ultimo, ma anche in quelle degli storici del diritto ancora di fine Ottocento – del tutto impreparato a comprendere e concepire un sistema processuale nel quale, come poi dimostrerà appunto il Wlassak, tutta l'iniziativa era riservata alle parti, che diventano i veri «protagonisti del processo»⁵², ed il magistrato, per dirla con Cicerone, contribuiva in definitiva solo con la sua presenza fisica. Anche se – come bene è stato messo in luce dal Brutti⁵³ – pure «in Wlassak, nonostante prevalga l'idea di un 'processo di parti' e di una struttura contrattuale del giudizio, resta aperto il problema della 'Rechtsfindung' pretoria. Si può dire che egli non ignori le questioni poste da Keller, pur riconducendole all'interno di una struttura consensuale. Rimane aperta una domanda. Fin dove giunge l'attività del magistrato relativa alla formula, quell'attività che in qualche caso le fonti indicano con *curare?*».

E, in eguale maniera, il Wlassak si scagliò con foga polemica contro gli eccessivi attacchi critici e, soprattutto, le frequenti incomprensioni rinvenibili in molti giuristi-filologi della sua epoca e di quella precedente «intesi, più che a rendersi conto della logica degli istituti, a 'räsonnieren' sui testi spulciando questa o quella frase secondo i canoni più o meno arbitrari di una c.d. psicologia dell'espressione puramente impressionistica e atomistica»⁵⁴.

Tuttavia, «se si osservano da vicino i suoi scritti, si può notare come l'aspetto sistematico-dogmatico si combini sempre con una notevole sensibilità storica e filologica»⁵⁵ e, ancora, quanto la sua metodologia fosse informata «ad un'analisi accurata delle fonti, che traeva ispirazione dal metodo elaborato dagli interpolazionisti»⁵⁶.

v. F. ARCARIA, *Costituzione e processo nella trattatistica di diritto romano dell'Ottocento e del primo Novecento*, Napoli, 2017, p. 75 ss.

⁵¹ M. BRUTTI, *Il processo civile romano*, cit., p. 76.

⁵² M. BRUTTI, *Il processo civile romano*, cit., p. 76.

⁵³ *Il processo civile romano*, cit., p. 77.

⁵⁴ E. BETTI, *Moriz Wlassak*, cit., p. 448.

⁵⁵ T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 20.

⁵⁶ T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 21.

Pertanto, pienamente convinto che si potesse giungere ad una piena comprensione dell'esperienza giuridica romana attraverso l'utilizzo non solo delle fonti giuridiche, ma anche di quelle letterarie, papirologiche ed epigrafiche, che, spesso, più delle prime, riuscivano ad illuminare, se adoperate con equilibrio, l'evoluzione storica degli istituti processuali, il Wlassak portò sempre nello studio delle testimonianze di volta in volta esaminate «un indirizzo mentale di logica costruttiva volto a cogliere i nessi meno appariscenti e ad integrare le inevitabili lacune col sussidio di una facoltà inventiva prudente e felice»⁵⁷. Che, unita, per un verso, alla precisione ed alla chiarezza dell'argomentazione e, per altro verso, all'acutezza dell'analisi ed alla forza della sintesi, diede vita a quelle sue vaste elaborazioni storico-dogmatiche che ci appaiono, appunto laddove combinano un solido impianto dogmatico-sistematico, gli strumenti della critica testuale – costituente non il punto di arrivo dell'indagine, come riteneva il Gradenwitz, bensì il punto di partenza⁵⁸ – e lo studio delle fonti più disparate, non solo come modelli e pietre miliari degli studi sul processo civile romano, ma anche come veri e propri capolavori di costruzione giuridica e, insieme, di profondità storica degni ancor oggi di ammirazione e, insieme, di imitazione.

E ciò, a tal punto, che il Talamanca⁵⁹, nel tratteggiare diffusamente e compiutamente il riordinamento augusteo del processo privato romano e pur non risparmiando critiche – peraltro già avanzate dal Bonifacio – alla ricostruzione dei *iudicia legitima* operata dal Wlassak⁶⁰, ha affermato che l'epigrafe più appropriata per giudicare il suo operato scientifico sarebbe stata certamente «'Zurück zu Wlassak!' E quello che, all'inizio, sembrava preannunciarsi come un ritornare alle grandi linee della più magistrale ricostruzione della storia del processo civile romano fatta nella letteratura di quest'ultimo secolo, si è man mano appalesato, pur nelle inevitabili differenze, sempre più puntuale».

⁵⁷ E. BETTI, *Moriz Wlassak*, cit., p. 448.

⁵⁸ Così L. MAININO, 'Confessio' e 'indefensio' nella 'lex Rubria de Gallia Cisalpina'. Spunti per l'interpretazione di un testo legislativo epigrafico, in *Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di Arnaldo Biscardi*. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, Milano, 2011, p. 169, e *Studi sul 'caput' XXI della 'Lex Rubria de Gallia Cisalpina'*, Milano, 2012, p. 44 s.

⁵⁹ Il riordinamento augusteo del processo privato, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. 'Princeps' e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano*. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del III Premio romanistico «G. Boulvert» (Copanello 5-8 giugno 1996), a cura di F. Milazzo, Napoli, 1999, p. 64.

⁶⁰ Sul punto v. I. FARGNOLI, *Nel prisma degli studi sul processo romano*, cit., p. 320.

E quanto veritiero sia il giudizio del Talamanca è testimoniato dal fatto che è proprio dalla natura strettamente contrattuale della *litis contestatio*, sulla quale è imperniata, in ultima analisi, la ricostruzione wlassakiana del processo romano, che ha tratto fondamento la teoria del ‘contratto giudiziario’, imperante fino alle soglie del diciannovesimo secolo nella maggior parte degli ordinamenti processuali europei ed in quello canonico, che qualificava il processo quale accordo tra le parti di sottomettere al giudice il proprio conflitto con l’intesa di accettarne la soluzione e che venne poi superata dall’avvento delle teorie dell’azione e del rapporto giuridico processuale, affermandosi, agli albori del ventesimo secolo, la centralità del ruolo dell’organo pubblico giudicante nel rendere giustizia quale espressione del rilevante interesse dello Stato per il modo in cui viene amministrata la lite e determinandosi così la nascita dell’odierno concetto di giurisdizione e, quindi, della funzione pubblicistico-sociale del processo nelle sue articolate connotazioni⁶¹.

2. - Prima delle due fondamentali opere ora ricordate, il Wlassak aveva dato alle stampe, a Vienna nel 1917, un’opera, «acuta e suggestiva»⁶² e «toujours fondamentale»⁶³, dal titolo *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, che costituì un’eccezione all’assenza pressoché totale del diritto e processo penale nelle indagini romanistiche del primo scorcio del ventesimo secolo, nel quale vi era stato spazio solamente per saggi di indagatori occasionali interessati all’aspetto storico-filologico più che a quello giuridico dei problemi o per lavori di grande erudizione, come quelli dell’Hitzig⁶⁴ e dello Strachan-

⁶¹ Così, ampiamente, E. DI BERNARDO, *La natura contrattuale della ‘litis contestatio’ classica e la teoria del contratto giudiziario. Gli albori della concezione pubblicistica del processo e della funzione sociale della giustizia*, in *Vergentis*, 7, 2018, p. 151 ss.

⁶² B. SANTALUCIA, *Francesco Maria de Robertis penalista*, in *Francesco Maria de Robertis. L’Uomo il Docente lo Studioso. Atti di un Incontro di studio, Bari 20 novembre 2004*, a cura di D.A. Musca, Bari, 2007, p. 148.

⁶³ Y. THOMAS, ‘Parricidium’. I. *Le père, la famille et la cité (La ‘lex Pompeia’ et le système des poursuites publiques)*, in *MEFRA*, 93, 1981, p. 699 s., nt. 205.

⁶⁴ *Die Herkunft des Schwurgerichts im römischen Strafprozess. Eine Hypothese*, Zürich, 1909. Su questa breve (58 pagine) ma densa monografia, dedicata al processo delle *quaestiones* tardorepubblicane, v. F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 207 ss.

Davidson⁶⁵, rinnovando così anche il sopito interesse degli storici del diritto per gli studi criminalistici.

«Capolavoro di costruzione giuridica imperniata su una visione sintetica della logica degli istituti e sviluppata con una coerenza concettuale mirabile frutto maturo di lunghi anni di tenace meditazione»⁶⁶ ed «opera veramente insigne dovuta all'instancabile tenacia critica di un grande giurista»⁶⁷ e ad «una profonda sensibilità filologica e giuridica, accompagnata dalla consapevolezza che ogni attività di ricerca di interpolazioni non può, come egli scrive, fermarsi alla individuazione dei glossemi»⁶⁸, la monografia del Wlassak, nella quale venivano indagati e delineati i caratteri e la struttura dei processi che si svolgevano dinanzi alle corti permanenti, era, in realtà, un lavoro essenzialmente privatistico, che costituiva una sorta di appendice all'importante saggio pubblicato dall'autore alcuni anni prima negli studi in onore di Bernhard Windscheid sulla natura della *litis contestatio*⁶⁹, nel quale il riferimento al processo delle *quaestiones* aveva l'unico scopo di mettere in luce il carattere rigorosamente unilaterale dell'*accusatio*, sottolineandone così la netta contrapposizione con l'azione privata⁷⁰.

Pertanto, se è innegabile che, con questo scritto, furono colti alcuni caratteri essenziali del procedimento accusatorio romano tipico delle *quaestiones perpetuae*, «è anche vero che il motivo profondo, che animò e guidò quella felice indagine, fu di carattere privatistico, visto che fu come un coronamento della dottrina, che il Wlassak proprio in quegli anni veniva precisando intorno alla *litis contestatio* del processo civile romano»⁷¹.

⁶⁵ *Problems of the Roman criminal law*, I-II, Oxford, 1912. Su questa corposa trattazione, che rappresenta un *unicum* all'interno della trattatistica di diritto processuale criminale romano dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento in quanto opera impostata in maniera del tutto singolare, cioè come un complesso di postille allo *Strafrecht* del Mommsen e, quindi, come una recensione, o forse meglio, una revisione critica dei vari capitoli di questo trattato così densa ed articolata da strutturarsi in una completa ed autonoma ricerca di oltre 500 pagine, disorganica per scelta in quanto appunto fondata sul riesame di vari punti della ricostruzione del grande Maestro tedesco e finalizzata, in ultima analisi, a mettere in discussione la sovranità del sistema mommseniano in ambito criminalistico, v. F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 213 ss.

⁶⁶ E. BETTI, *Moriz Wlassak*, cit., p. 447.

⁶⁷ G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano da Ferrini a noi. Considerazioni e punti di vista critici*, in *RIDA.*, 4, 1950, p. 27.

⁶⁸ T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 25.

⁶⁹ *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Festschrift zum Doctor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windscheid, überreicht von der juristen-Fakultät zu Breslau*, Leipzig, 1888, p. 55 ss.

⁷⁰ B. SANTALUCIA, *Francesco Maria de Robertis*, cit., p. 148.

⁷¹ G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano*, cit., p. 27 s.

Il Wlassak, confutando la configurazione mommseniana del *iudicium publicum*, intese quindi recidere o, almeno, attenuare fortemente il legame tra processo privato e giudizi di multa, negando la ricorrenza, nei secondi, della formula e della *litis contestatio* ed affermando invece una loro più marcata natura pubblicistica, che li qualificava come una sorta di *tertium genus* tra i *iudicia privata* ed i *iudicia publica* delle *quaestiones*⁷².

A tali processi, raffigurati dal Mommsen come giudizi penali privati ed inseriti nella sua visione relativa all'esistenza di un 'processo civile rafforzato' che avrebbe fatto da tramite tra il giudizio privato vero e proprio e quello delle *quaestiones*, veniva allora conferita un'autonoma fisionomia, dal momento che la procedura – imperniata sulla *datio recuperatorum* da parte del magistrato, il quale avrebbe provveduto pure a fornire al collegio specifiche istruzioni – era considerata idonea a diversificarli anche rispetto alle *quaestiones perpetuae*, nelle quali la *nominis delatio* rappresentava il momento iniziale di un rito connotato effettivamente dalle confliggenti attività dell'accusato e del *reus*, ma anche dal ruolo centrale del magistrato, al quale spettava tanto il compito di sovrintendere alla fase istruttoria quanto l'onere – ritenuto, in linea di massima, inesistente nell'ambito del *iudicium recuperatorium* – di presiedere il collegio giudicante⁷³.

Chiarendo che '*iudicium publicum*' fosse solamente il processo che si svolgeva con il precipuo carattere dell'unilateralità, e cioè quello avente i suoi due elementi distintivi nel prescindere dall'accordo delle parti e nel dispiegarsi di fronte ad un magistrato, il Wlassak dimostrò, contrariamente a quanto avevano sostenuto il Mommsen e, soprattutto, il Naber⁷⁴, che la *litis contestatio* non potesse avere luogo nel processo criminale, stanti, da

⁷² Per una critica a tale ricostruzione in specifico riferimento ai processi per multa municipali v. B. SANTALUCIA, *Osservazioni sulla giustizia penale nei 'municipia'*, in *Gli Statuti Municipali*, a cura di L. Capogrossi Colognesi ed Emilio Gabba, Pavia, 2006, p. 554, il quale, sulla scia delle ricerche di altri autori, ha dimostrato invece che tali giudizi fossero, almeno nella loro fase di cognizione, di tipo formulare sulla scorta del fatto che le fonti a noi pervenute attestano che il magistrato era fornito di *iurisdictio*, cioè del potere di *ius dicere* di cui erano forniti i magistrati che presiedevano allo svolgimento dei processi tra privati, che nell'esercizio di questa *iurisdictio* egli doveva *dare iudicium*, cioè accordare la *formula*, e, infine, che la devoluzione del giudizio ai *recuperatores* era subordinata alla *litis contestatio*, il che confuta definitivamente la visione wlassakiana dell'appartenenza dei processi per multa ad uno speciale tipo pubblicistico, dovendosi ritenere, al contrario, che essi rientrassero a pieno titolo entro lo schema dei *iudicia privata*.

⁷³ M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., pp. 3 e 221 ss.; C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum' nell'età repubblicana*, Milano, 1979, p. 144, nt. 39 e D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla 'quaestio' unilaterale alla 'quaestio' bilaterale*, Padova, 1989, p. 118, e nt. 4.

⁷⁴ Per la citazione di questi due autori e la loro ricostruzione della *litis contestatio* come istituto presente anche nel processo penale – in quanto legittimato dalla giurisprudenza del III sec. d.C. secondo il Mommsen, che aveva peraltro giustificato tale innovazione con ragioni fiscali, ed ammesso nei *iudicia*

un lato, il carattere prettamente contrattuale della prima – ciò che «costituisce veramente una pietra miliare sulla via del progresso relativo alle nostre conoscenze in materia di procedura civile romana»⁷⁵ – e, dall'altro, la natura appunto sostanzialmente unilaterale del secondo.

Alla luce di ciò, era dunque inconcepibile un accordo giudiziario tra l'accusatore e l'imputato, sicché le allusioni delle fonti ad una *litis contestatio* penale si potevano giustificare solamente nell'epoca in cui la *litis contestatio*, perduta la sua caratteristica essenziale convenzionale, era ormai ridotta quasi ad un *nudum nomen*.

Da qui, il più che fondato dubbio che le fonti estendenti la *litis contestatio* anche al processo penale non fossero autentiche, in quanto frutto delle interpolazioni dei compilatori giustinianei⁷⁶, i quali non avrebbero prestato attenzione al fatto che i classici non avessero mai impiegato l'espressione '*litis contestatio*' al di fuori del processo civile⁷⁷.

E, a supporto della sua ricostruzione, il Wlassak, che pure non aveva mancato di segnalare diverse testimonianze giuridiche, come D. 43.29.3.13⁷⁸, 48.2.20⁷⁹ e 48.5.19⁸⁰, nelle quali il verbo '*agere*' era utilizzato in riferimento al diritto penale⁸¹, indagò ampiamente alcuni istituti del processo criminale delle *quaestiones*, quali la *delatio*

publica ordinati dalla *lex Iulia repetundarum* secondo il Naber – v. U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, p. 24, nt. 19, e C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum'*, cit., p. 135, nt. 16.

⁷⁵ A. BISCARDI, *La 'litis contestatio' nel processo penale romano*, in *Studi senesi [In memoria di Ottorino Vannini]*, 66-67, 1954-1955, p. 640 e *Sur la 'litis contestatio' du procès criminel*, in *RIDA.*, 7, 1960, p. 308 s.

⁷⁶ Per un'accurata rassegna delle opinioni favorevoli e contrarie a tale tesi v. L. FANIZZA, *Il crimine e la morte del reo*, in *MEFRA.*, 96, 1984, p. 689, e nt. 46.

⁷⁷ Per una completa e dettagliata illustrazione della tesi del Wlassak sull'inesistenza della *litis contestatio* nel processo criminale romano v., per tutti, A. BISCARDI, *La 'litis contestatio'*, cit., p. 641 ss.; ID., *Sur la 'litis contestatio'*, cit., p. 308 ss.; ID., *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana. Note ed appunti*, Milano, 1973, p. 102 ss.

⁷⁸ Ulp. 71 ad ed.: *Si tamen, posteaquam hoc interdicto actum est, alius hoc interdicto agere desideret, palam erit postea alii non facile dandum, nisi si de perfidia prioris potuerit aliquid dici. Itaque causa cognita amplius quam semel interdictum hoc erit movendum. Nam nec in publicis iudiciis permittitur amplius agi quam semel actum est quam si praevaricationis fuerit damnatus prior accusator. Si tamen reus condemnatus malit litis aestimationem sufferre quam hominem exhibere, non est iniquum saepius in eum interdicto experiri vel eidem sine exceptione vel alii.*

⁷⁹ Mod. 2 de poen.: *Ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et maiestatis iudicio, quae etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur: adeo ut divus Severus et Antoninus rescripserunt, ex quo quis aliquod ex his causis crimen contraxit, nihil ex bonis suis alienare aut manumittere eum posse. Ex ceteris vero delictis poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta.*

⁸⁰ Mac. 1 de publ. iud.: *vel antequam cum eo agi coepit,*

⁸¹ *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, p. 29, nt. 53, e 33 s. Cfr. J.-L. FERRARY, '*Patroni*' et *accusateurs dans la procédure 'de repetundis'* [1998], in ID., *Recherches sur les lois comitiales et sur le droit public romain*, Pavia, 2012, p. 403, e nt. 29.

*nominis*⁸², la *petitio*⁸³, la *receptio nominis*⁸⁴, la *praescriptio*⁸⁵, non disdegnando di occuparsi anche del rapporto tra *litis contestatio* ed *appellatio*⁸⁶ e di porsi altresì il quesito dell'applicazione, o meno, della *litis contestatio* nella *cognitio extra ordinem* dell'epoca classica⁸⁷.

Come era prevedibile, l'ampia ed originale indagine dell'insigne Maestro austriaco suscitò non poco interesse nella dottrina coeva, che, recensendo l'opera, si divise però tra chi, come il Koschaker⁸⁸, ne approvò le conclusioni lodando, a fronte di una puntuale critica testuale delle fonti, l'approccio costruttivo⁸⁹, e, chi, come il Lotmar⁹⁰, che pure

⁸² Secondo il WLISSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., pp. 6 ss., 18 ss., e nt. 33, 25 ss. e 37 s., l'espressione '*nomen deferre*', che, nel suo significato letterale, indica la comunicazione del nome dell'accusato rivolta al magistrato, non poteva intendersi in altro modo che in senso pregnante, cioè come comprensiva in sé dell'indicazione sommaria dei capi d'accusa, identificandosi nel primo gradino dell'accusa stessa e sostanziandosi nel parallelo '*reum aliquem facere*': C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum'*, cit., p. 131, nt. 5; D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare*, cit., pp. 191, e nt. 208, e 194, e nt. 216. Ma v. pure R. FREUDENBERGER, *Das Verhalten der römischen Behörden gegen die Christen im 2. Jahrhundert, dargestellt am Brief des Plinius an Trajan und den Reskripten Trajans und Hadrians*², München, 1969, p. 74, e nt. 118; H. MAIHOLD, *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, Köln, 2005, p. 329 e nt. 65; C.G. PAULUS, *Der Prozess Jesu – aus römisch-rechtlicher Perspektive*, Berlin-Boston, 2016, p. 30, e nt. 24.

⁸³ A giudizio del WLISSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., p. 29, nt. 53, vi sarebbe stato un dualismo terminologico e funzionale, all'interno del giudizio, tra questo istituto e la *delatio nominis*: C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum'*, cit., p. 132, e nt. 9.

⁸⁴ Avente, secondo il WLISSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., pp. 7, nt. 4, 9 ss., 15 ss. e 21 ss., natura di atto di accertamento necessitato: C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum'*, cit., p. 136, nt. 17. Ma v. pure R. FREUDENBERGER, *Das Verhalten der römischen Behörden*, cit., p. 74, e nt. 118.

⁸⁵ Secondo il WLISSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., p. 12 ss., ove l'accusato avesse voluto opporre delle eccezioni, appunto le *praescriptiones*, avrebbe dovuto farlo prima di essere iscritto nel registro dei rei: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, p. 191, e nt. 13.

⁸⁶ Il WLISSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., pp. 163, nt. 58, e 170 ss., ritenne infatti di potere addurre un altro argomento in favore dell'inammissibilità della *litis contestatio* nel processo criminale dal fatto che, se essa vi fosse stata, sarebbe stato inverosimile che i suoi effetti venissero anch'essi travolti dall'appello: U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 339 s., e nt. 29.

⁸⁷ Interrogativo, questo, risolto dal WLISSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., pp. 146 ss. e 181 ss., in senso negativo: S. DI PAOLA, *La 'litis contestatio' nella 'cognitio extra ordinem' dell'età classica*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Catania.*, 2, 1947-1948, p. 253 s., e nt. 4.

⁸⁸ In *ZSS.*, 40, 1919, p. 364 ss.

⁸⁹ T. BEGGIO, *Paul Koschaker (1879-1951). Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, Heidelberg, 2018, p. 208, nt. 127.

⁹⁰ *Die Litiskontestation im römischen Akkusationsprozess*, in *Schweiz. Zeitschr. Strafrecht*, 31, 1918, p. 249 ss. Sulla vita, la carriera, le opere e la personalità scientifica del Lotmar v. M. VARVARO, *Riflessioni sui rapporti fra dogmatica giuridica e storia del diritto nel pensiero di Philipp Lotmar*, in *Philipp Lotmar. Letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*, a cura di I. Fagnoli, Frankfurt am Main, 2014, p. 23 ss.; I. FARGNOLI, *Einleitung*, in *Philipp Lotmar. Letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*, a cura di I. Fagnoli, Frankfurt am Main, 2014, p. VII ss.; EAD., *Tra 'error' e 'locatio conductio'. Il percorso scientifico di Philipp Lotmar (1850-1922)*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, II, Milano, 2015, p. 1173 ss.; EAD., *L'errore in diritto romano di Philipp Lotmar (1850-1922)*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, II, a cura di L. Gagliardi, Milano, 2018, pp. 293 ss.; EAD., *Nel prisma degli studi sul processo romano*, cit., p. 310 ss.; EAD., *Philipp Lotmar e la critica della*

aveva ritenuto di grande valore i due volumi del Wlassak sulle *leges* introduttive del processo formulare (*Römische Processgesetze. Ein Beitrage zur Geschichte des Formularverfahrens*) editi a Leipzig nel 1888 e 1891⁹¹, ne fece invece oggetto del più completo disaccordo⁹².

In quest'ultima *Besprechung* di ben 31 pagine, seppure con argomenti in verità «non troppo convincenti»⁹³ ed anche con la prospettazione di «singolari ipotesi»⁹⁴, venivano attaccate tanto l'idea della natura contrattualistica della *litis contestatio* quanto la tesi centrale dell'inesistenza della *litis contestatio* nel processo criminale romano, la quale sarebbe stata necessaria non solo per interrompere i tempi processuali, ma anche per fissare la contesa.

E ciò, come è stato evidenziato dal Di Paola⁹⁵, partendo dal presupposto che, scorrendo le fonti di *litis contestatio* anche nella *cognitio extra ordinem*, ci si dovesse necessariamente riferire ad un istituto identico a quello del processo formulare, e tuttavia capovolgendo il ragionamento, giacché, invece di far discendere dalla concezione wlassakiana l'inesistenza della *litis contestatio* nella *cognitio extra ordinem*, si sosteneva invece

teoria interpolazionistica, in 'Heimat di tutti i giuristi'. Il contributo di Philipp Lotmar al diritto romano, a cura di I. Fagnoli, Roma, 2021, p. 17 ss.; EAD., Philipp Lotmar e la 'litis contestatio' nel processo criminale, in 'Heimat di tutti i giuristi'. Il contributo di Philipp Lotmar al diritto romano, a cura di I. Fagnoli, Roma, 2021, p. 97 ss.; U. FASEL, Philipp Lotmar nella facoltà dell'Università di Berna e all'ombra di Eugen Huber, in 'Heimat di tutti i giuristi'. Il contributo di Philipp Lotmar al diritto romano, a cura di I. Fagnoli, Roma, 2021, p. 41 ss.; S. LO IACONO, 'Ea quae in testamento deleta sunt' nella dottrina di Philipp Lotmar, in 'Heimat di tutti i giuristi'. Il contributo di Philipp Lotmar al diritto romano, a cura di I. Fagnoli, Roma, 2021, p. 79 ss.

⁹¹ Sul punto v. I. FARGNOLI, *Nel prisma degli studi sul processo romano*, cit., p. 313 ss.

⁹² Secondo la FARGNOLI, *Nel prisma degli studi sul processo romano*, cit., p. 317, Koschaker avrebbe sì preso posizione a favore del Wlassak, ma – diversamente da quanto sostenuto dal BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 32 s. – non scrivendo, in realtà, una recensione di segno opposto a quella del Lotmar.

⁹³ A. BISCARDI, *La 'litis contestatio'*, cit., p. 642 ed *Aspetti del fenomeno processuale*, cit., p. 103.

⁹⁴ A. BISCARDI, *Aspetti del fenomeno processuale*, cit., p. 117, che, tra queste ipotesi, annovera, criticandole, quella (*Die Litiskontestation*, cit., pp. 269 s.) che, in relazione a D. 48.16.15.5 (Macer 2 iud. publ.: *Qui post inscriptionem ante litem contestatam anno vel biennio agere non potuerint variis praesidium occupationibus vel etiam civilium officiorum necessitatibus districti, in senatus consultum non incident*), congetturava la presenza di una glossa (¶nt^o litem contestatam), alterata per errore (*ante litem contestatam*) e scivolata poi nel testo per colpa di un copista (p. 118) e, ancora, quella (*Die Litiskontestation*, cit., p. 274 s.) che, supponendo che le due menzioni della *condemnatio* contenute in D. 48.2.20 (Mod. 2 de poen.: *Ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et maiestatis iudicio, quae etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur: adeo ut divus Severus et Antoninus rescripserunt, ex quo quis aliquod ex his causis crimen contraxit, nihil ex bonis suis alienare aut manumittere eum posse. Ex ceteris vero delictis poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta*) fossero dei glossemi pregiustiniani imputabili ad un malinteso di qualche lettore postclassico, attribuiva ai compilatori giustiniani la sciocchezza di essersi messi in contraddizione con sé stessi laddove non avevano eliminato l'antinomia tra le due frasi del testo contenenti l'allusione appunto alla *condemnatio* (p. 131).

l'esistenza della *litis contestatio* in questo tipo di processo e se ne deduceva l'erroneità della ricostruzione del Wlassak, in quanto la *litis contestatio* non poteva avere, nella *cognitio* ufficiale, quei caratteri attribuiti da questo autore.

Le riserve e le critiche espresse con toni talvolta eccessivamente duri dal Lotmar indussero allora il Wlassak a replicare fermamente ad esse con uno scritto, pubblicato nel 1920 ancora a Vienna, che, sia per l'ampiezza (57 pagine) e sia per il titolo, *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, che non a caso nella prima parte riprendeva quello della monografia recensita dal Lotmar e nella seconda parte appalesava la natura appunto di *Abwehr* contro gli attacchi di quest'ultimo, per un verso si configurava come la risposta puntuale – articolata in nove diversi punti, che sono stati oggetto di un'accurata rassegna da parte del Beggio⁹⁶ e, soprattutto e più di recente, di un'acribica ricostruzione da parte della Fagnoli⁹⁷ – ai rilievi mossi alla sua monografia, le cui tesi non ne uscivano perciò nemmeno scalfite⁹⁸, e, per altro verso, costituiva l'occasione per ritornare sulla ricostruzione in essa proposta, per meglio chiarirla e specificarla e, se del caso, rettificarla in qualche suo aspetto ritenuto poco convincente.

Il Wlassak ebbe così modo di riprendere, in generale, il problema della *litis contestatio*, ribadendosene la sua configurazione come atto bilaterale con il quale le parti manifestavano l'accordo raggiunto circa i termini della lite⁹⁹, e di rintracciare le salienti differenze di struttura tra *iudicium privatum* e *iudicium publicum*¹⁰⁰, deducendosene la conferma dell'idea dell'impossibilità che la *litis contestatio* potesse trovare applicazione nel processo criminale¹⁰¹ e, in particolare, nelle *quaestiones*. Delle quali puntualizzò anche qualche aspetto di dettaglio, come, ad es., quello dell'intrasmissibilità passiva dell'*actio ex lege repetundarum*, in relazione alla quale, contrariamente a quanto aveva immaginato il Mommsen¹⁰², dubitò fortemente che le leggi *de repetundis* si fossero uniformate, appunto

⁹⁵ La '*litis contestatio*', cit., p. 255, e nt. 11.

⁹⁶ *A obra centenária*, cit., p. 30 ss.

⁹⁷ *Nel prisma degli studi sul processo romano*, cit., p. 318 s.

⁹⁸ Così T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 29 s.

⁹⁹ *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, cit., pp. 16 ss., 24 ss.

¹⁰⁰ *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, cit., p. 30 ss.

¹⁰¹ *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, cit., pp. 41 ss. e 51 ss.

¹⁰² Sulla diversa opinione di tale autore v. i rilievi critici del VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum'*, cit., p. 149.

in materia di trasmissibilità, al modello del diritto penale privato ed avessero prodotto perciò effetti analoghi alla *litis contestatio* attraverso la *nominis delatio*¹⁰³.

Inoltre, ribadì la convinzione dell'esistenza dell'*accusatio* anche nella *cognitio extra ordinem*¹⁰⁴ e, in riferimento ad essa, reiterò l'idea che fosse improbabile l'utilizzo del termine '*litis contestatio*' già da parte dei giuristi classici¹⁰⁵, finendo anche per ammettere che il *litem contestari* nelle *legis actiones* non avrebbe mai assunto la forma di un accordo¹⁰⁶.

Ora, la ricostruzione del processo penale romano del Wlassak non è stata esente da critiche riguardanti sia il carattere unilaterale del *iudicium publicum*, sia la netta distinzione tra quest'ultimo ed il *iudicium privatum*, sia l'assenza della *litis contestatio* nel processo criminale e sia la configurazione di singoli momenti ed istituti procedurali.

Così, il Brasiello¹⁰⁷ ha affermato che dall'inesistenza della *litis contestatio* nel processo criminale classico non deve necessariamente dedursi che, nel diritto romano, vi fosse una profonda differenza di natura tra il processo privato ed il processo penale e che quest'ultimo fosse assolutamente unilaterale, giacché, con specifico riferimento alle *quaestiones*, l'eventuale derivazione dalla *lex Calpurnia*, la necessità della presenza dell'accusatore in tutto il dibattito e lo svolgimento di taluni atti, analogo a quello del processo privato, fanno supporre non solo che proprio il processo privato abbia dato le direttive informatrici a quello criminale, ma anche che il processo delle *quaestiones* avesse il carattere della bilateralità¹⁰⁸.

Ancora, il Biscardi¹⁰⁹ ha osservato che, ove si ritenesse che la *litis contestatio* nel processo dell'*ordo* non sia stata sempre una convenzione od un 'contratto' nel senso moderno del termine e che l'espressione '*litem contestari*' non indicasse in origine

¹⁰³ *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, cit., p. 49 nt. 4: C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum'*, cit., p. 149, e nt. 148.

¹⁰⁴ *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, cit., p. 37: A. BISCARDI, *Aspetti del fenomeno processuale*, cit., p. 158 s., e nt. 130.

¹⁰⁵ *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, cit., p. 15: S. DI PAOLA, *La 'litis contestatio'*, cit., p. 254, e nt. 4.

¹⁰⁶ *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, cit., p. 8 ss. Sul punto v. M. SCIORTINO, '*Res acta*' e potere magistratuale di interrompere una '*legis actio*' irregolare, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo.*, 57, 2014, p. 226, e nt. 45.

¹⁰⁷ *Sulle linee e i fattori dello sviluppo del Diritto Penale Romano*, in *Arch. Giur.*, 120, 1938, p. 63, e nt. 4; *Processo penale romano*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, 1940, p. 637; e *Processo penale (Diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1159.

¹⁰⁸ Cfr., su quest'ultimo punto, D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare*, cit., p. 192, e nt. 210.

l'accordo delle parti, mentre il significato in cui essa è usata nell'età classica non sarebbe che il risultato di un adattamento posteriore, apparirebbe indispensabile una completa revisione del problema della *litis contestatio* criminale. Con la conseguenza che, pur dovendosi accettare la tesi del Wlassak sulla natura convenzionale della *litis contestatio* nel processo formulare classico, occorre domandarsi se l'uso delle espressioni '*litis contestatio*' e '*litem contestari*' non possa trovare comunque un'adeguata giustificazione storica nel processo criminale, in relazione al quale deve escludersi, come lo stesso Wlassak è riuscito a dimostrare, che esse abbiano mai potuto alludere ad un qualsiasi accordo delle parti. Pertanto, si può ritenere che il linguaggio del processo penale abbia mutuato assai tardi da quello del processo civile le suddette espressioni, sicché i giuristi classici, ponendo l'accento sul fatto che la *litis contestatio* civile era vista come il momento nel quale aveva origine il rapporto che vincolava reciprocamente le parti assoggettandole al giudice in relazione ai termini non più modificabili della formula, giunsero a concepire il rapporto nascente dalla *litis contestatio* come un rapporto di carattere eminentemente processuale e, quindi, a considerare per antonomasia la *litis contestatio* come l'atto costitutivo di tale rapporto. Una siffatta configurazione della *litis contestatio* permetteva allora di trasferire la terminologia del '*contestari litem*' anche al processo criminale. E, invero, se si intende l'espressione '*litis contestatio*' nel suo significato generico, cioè come espressione usata per indicare l'atto costitutivo irrevocabile di un qualsiasi rapporto processuale, l'adozione di questa terminologia in relazione al processo penale diviene giustificabile già verso la fine dell'età classica, senza bisogno di dovere necessariamente pensare a glossemi od interpolazioni. Dunque, non fu Giustiniano ad introdurre l'espressione '*litis contestatio*' nel linguaggio del processo criminale, come riteneva il Wlassak, potendosi immaginare che egli, mosso dalla sua nota *reverentia antiquitatis*, si fosse tutt'al più limitato ad adottarne l'uso. E, del resto, questa ricostruzione alternativa a quella prospettata dal Wlassak sarebbe confermata tanto dall'esistenza della *litis contestatio* nella *cognitio extra ordinem* dell'età classica (benché non consistesse affatto in un accordo delle parti paragonabile a quello dell'*ordo*) quanto dall'assoluta inspiegabilità dell'interesse che

¹⁰⁹ La '*litis contestatio*', cit., pp. 642 e 645 ss.; Sur la '*litis contestatio*', cit., pp. 309 e 312 ss.

avrebbe potuto spingere le scuole postclassiche od i compilatori giustiniani ad introdurre la *litis contestatio* nel linguaggio del processo penale.

Inoltre, la Bianchini¹¹⁰, sulla scia dei rilievi dello stesso Biscardi¹¹¹ in ordine all'impossibilità di identificare la *litis contestatio* con le *testationes* che venivano compiute all'atto della *delatio nominis* nella procedura delle *quaestiones perpetuae* ed all'utilizzo dell'espressione '*litis contestatio*' nel processo penale di epoca classica per indicare i *sollemnia accusationis* successivi all'*inscriptio inter reos* dell'accusato ed idonei a costituire il rapporto processuale, ha dimostrato che la sintetica espressione '*sollemnia accusationis*' fosse appunto l'atto costitutivo del rapporto processuale (determinato, sostanzialmente, dall'incontro dei due atti del magistrato e di parte, quali erano, rispettivamente, l'*inscriptio* e la *subscriptio*) e – confutando la contraria opinione del Wlassak¹¹² – che, per analogia, tale espressione venisse accostata dai giuristi tardoclassici alla *litis contestatio* nel processo privato.

Infine, il Santalucia¹¹³ ha contestato l'idea del Wlassak¹¹⁴ – condivisa, questa volta, dalla Bianchini¹¹⁵ – che la firma del *libellus inscriptionis* da parte dell'accusatore continuasse ad essere apposta, ancora nelle *quaestiones perpetuae* definitivamente ed organicamente organizzate da Augusto con la *lex Iulia iudiciorum publicorum* del 17 a.C., sulle *tabulae publicae*, specificando che la nuova regola della *subscriptio* sullo stesso libello costituisse un'evidente conseguenza del fatto che tale documento sostituì il verbale relativo alla *delatio nominis*, che, in età repubblicana, veniva redatto dal magistrato e sottoscritto dall'accusatore.

Tuttavia, nonostante i summenzionati rilievi del Biscardi, la tesi principale del Wlassak, e cioè l'assenza della *litis contestatio* nel processo criminale e, in particolare, nelle *quaestiones*, «dimostrata magistralmente»¹¹⁶ dal suo propugnatore, non è mai stata

¹¹⁰ *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano, 1964, pp. 64, 119, nt. 100.

¹¹¹ *La 'litis contestatio'*, cit., p. 642 ss. e *Sur la 'litis contestatio'*, cit., pp. 309 ss., 320, 336 ss. e 359.

¹¹² *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., p. 30 ss.

¹¹³ *Diritto e processo penale*, cit., p. 191, e nt. 11.

¹¹⁴ *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., p. 19, nt. 32.

¹¹⁵ *Le formalità costitutive del rapporto processuale*, cit., p. 104 ss., e nt. 78.

¹¹⁶ D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare*, cit., p. 147, nt. 86.

sostanzialmente messa in discussione¹¹⁷ e rimane ancor oggi valida, dal momento che il Mantovani¹¹⁸, uno dei più autorevoli studiosi del processo delle *quaestiones*, ha avuto modo, più di recente, di trarre nuovi argomenti in favore della sua fondatezza «per la *quaestio* della *Lex Tabulae Bembinae* dalla r. 19 ss., dove la costituzione del rapporto processuale che si manifesta nella scelta dei giudici è subordinata alla *delatio nominis* e dal sistema della preclusione dell'azione, che, nel rinunciare alla nozione di *eadem res* a favore di un criterio cronologico, mostra l'inutilizzabilità della *litis contestatio* come momento di fissazione dei termini della controversia».

Ecco allora che il contributo fondamentale dato dal Wlassak alla storia del processo criminale romano costituisce il momento iniziale di quell'effettiva rinascita degli studi criminalistici, rimontante al periodo immediatamente successivo alla prima guerra mondiale e perdurante fino agli anni precedenti alla seconda, che, per il rifiorire delle indagini romanistiche in Europa, può essere considerato come uno stato di grazia.

È in questo periodo, infatti, che, venutisi determinando meglio nelle polemiche fini e limiti del nuovo metodo, la scienza romanistica allarga il campo delle sue indagini e sente come non mai l'esigenza di considerare da un punto di vista unitario tutta l'esperienza giuridica romana. Messisi su questa linea, era inevitabile che anche gli istituti sostanziali e processuali del diritto criminale dovessero essere posti sotto revisione¹¹⁹.

E, in questo senso, la grande intuizione e, insieme, l'innegabile merito del Wlassak furono certamente quelli di approfondire e delineare gli istituti ed i principii del processo penale romano in connessione con quelli del processo civile, e ciò perché «una precisa soluzione di questi ultimi imponeva una revisione e soluzione degli altri»¹²⁰.

Con la conseguenza, allora, di «rimarcare in maniera convincente la diversità sussistente tra il processo criminale, di diritto pubblico, e quello civile, facendo emergere le peculiarità del primo, che ottiene pertanto dignità di materia di studio autonoma e non

¹¹⁷ Così, giustamente, I. FARGNOLI, *Nel prisma degli studi sul processo romano*, cit., p. 320 s., che ricorda come diversi autori, in passato ed anche assai di recente, abbiano tenuto in grande considerazione l'ipotesi del Wlassak sull'inesistenza della *litis contestatio* nei *iudicia publica*. Tema, questo, che, tuttavia, secondo tale autrice (p. 321), meriterebbe maggiore approfondimento, non foss'altro perché «dopo Wlassak e Lotmar nessuno si è cimentato con eguale intensità con l'interrogativo dell'esistenza, o meno, nel processo criminale, di un momento paragonabile alla *litis contestatio* del processo privato».

¹¹⁸ *Il problema d'origine dell'accusa popolare*, cit., p. 191, nt. 207.

¹¹⁹ Così G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano*, cit., p. 28.

¹²⁰ G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano*, cit., p. 28.

solo ancillare, rispetto al procedimento di natura privatistica»¹²¹, anche se poi è lo stesso Wlassak «a riconoscere come sia necessario, al fine di impostare adeguatamente il problema, partire da un’analisi dell’istituto della *litis contestatio*, così come esso si presenta nell’ambito del processo formulare di diritto privato»¹²².

E, da qui, la sua condivisibile convinzione che, se per un verso bisogna evitare di condurre ricerche per ‘compartimenti-stagni’, per altro verso tali indagini non devono «indulgere nella facile tentazione di rappresentare il fenomeno processualcriminalistico come mera trasposizione, in ambito pubblicistico, di una costruzione privatistica»¹²³.

3. - L’enorme influenza esercitata sulla manualistica e trattatistica dell’Ottocento e dei primi decenni del Novecento dalla dottrina del Wlassak e, prima di lui, di quella del Keller, ai quali va anche riconosciuto il grande merito di avere fatto assumere al processo civile un’importanza che va ben al di là della rilevanza del fenomeno in sé considerato, ha però prodotto la singolare e, per certi aspetti, inevitabile conseguenza che, della letteratura che si è occupata in questo periodo di tempo di poco più di cento anni dell’esperienza processuale civile romana, si finisce per ricordare quasi esclusivamente due autori, appunto il Keller ed il Wlassak, considerati rispettivamente come il punto di partenza e quello di arrivo della pur complessa e variegata vicenda storiografica del periodo storico ora ricordato¹²⁴.

Ora, nessun dubbio esiste in ordine al fatto che le loro opere costituiscano, come si è già detto, delle vere e proprie pietre miliari nella ricostruzione del fenomeno processuale romano e, tuttavia, in esse non si esaurisce certo la grande tradizione storiografica del processo civile romano, all’interno della quale disparate furono le tendenze metodologiche che innovarono il panorama degli studi dell’epoca e che appalesano non

¹²¹ T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 26.

¹²² T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 26.

¹²³ T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 26.

¹²⁴ Così, per tutti, M. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 1 s.; M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 16 ss., che ricordano pure il Lenel ed il Bethmann-Hollweg; M. BRUTTI, *Il processo civile romano*, cit., p. 74 ss., che menziona anche il Windscheid, alla cui impostazione sarebbero stati legati i saggi del Wlassak, il quale ne avrebbe sviluppato «l’aspetto più problematico: l’azione può sorgere *ex novo*, assegnando così al processo la funzione di creare diritto. Il *decretum* del pretore è decisivo, proprio quando l’azione è nuova, quando non ha alle spalle un diritto già fissato nello *ius civile* o nell’*edictum*» (p. 77).

pochi profili di attualità per la storiografia contemporanea, che risulta esserne debitrice per diversi aspetti.

Allo studioso del processo civile romano si manifesta allora la necessità di ricostruire, nella maniera più completa possibile ed al tempo stesso senza pretese di esaustività, il percorso svolto dalla grande tradizione storiografica ottocentesca e dei primi del Novecento per cercare di comprendere non solo le motivazioni ideologiche e culturali e le sollecitazioni metodologiche che le hanno consentito di pervenire a risultati per lungo tempo inattaccati od insuperati dalla storiografia successiva o, addirittura, da quella odierna, ma anche perché questa tradizione storiografica sia stata e sia ancor oggi spesso inquadrata nel rigido schema dell'antitesi Keller-Wlassak, tralasciando o, comunque, non tenendo in sufficiente considerazione tutti quegli autori che pure ebbero modo di scrivere manuali e trattati di diritto processuale romano prima del Keller e dopo il Wlassak e, soprattutto, nel periodo ricompreso tra la pubblicazione del manuale del primo e quella delle numerose opere del secondo.

Basti pensare, per il processo civile, ai manuali ed ai trattati dello Zimmern (le *actiones* come strumento di comprensione del diritto privato romano), del Bethmann-Hollweg (un'opera che apre una nuova stagione di studi sul processo civile romano), del Bekker (l'*actio* come punto di osservazione privilegiato del processo civile romano), del Karlowa (un'originale esposizione del processo civile arcaico romano), del Baron (un manuale istituzionale in omaggio alla lezione dei grandi Maestri del passato), dell'Hartmann e dell'Ubbelohde (una ricostruzione della 'macchina giudiziaria' romana), del Buonamici (il processo civile arcaico romano come sistema di *actiones*), dello Zocco-Rosa (l'approccio comparatistico di un manuale caduto nell'oblio), dell'Eisele (l'incontro tra la filologia e la riflessione storico-giuridica), del Jobbé-Duval (dal processo civile arcaico alla *lex Aebutia*), del Samter (una suggestiva interpretazione dei rapporti tra *ordo* e *cognitio*), dello Steinwenter (il processo civile contumaciale romano), del Bertolini (un trattato additabile come mirabile esempio di ricerca e didattica), del Costa (la struttura privatistica dell'*ordo* e quella pubblicistica della *cognitio*), del Wenger (l'ausilio della papirologia giuridica per la ricostruzione del processo civile romano) e dell'Arangio-Ruiz (il processo civile romano alla luce nei documenti della prassi giudiziaria).

Il perdurante oblio di queste ricostruzioni sistematiche del processo romano prospettate nel diciannovesimo secolo ed ancora nei primi decenni del ventesimo, determinato dall'enorme influenza esercitata dall'indiscussa autorità del Keller prima e del Wlassak dopo, impone perciò di riprendere nuovamente in considerazione, come in parte ho già cercato di fare¹²⁵, le opere di tutti quegli autori che caddero nel dimenticatoio proprio a causa della polarizzazione dell'attenzione della storiografia più risalente e di quella più recente solamente sugli apporti scientifici di questi due Maestri del diritto processuale romano.

E ciò, non solo per verificare se tale concentrazione sia condivisibile, ma anche, e soprattutto, per accertare quale sia stato l'apporto originale degli autori che scrissero le proprie opere sulla scia del Keller ed in concomitanza o dopo il Wlassak, consentendo così all'interprete di delineare il possibile itinerario di quella tradizione storiografica che, partendo dai risultati delle indagini del primo, anticipa quelli ai quali perverrà il secondo.

4. - E quanto ora evidenziato vale anche per il processo criminale romano, dal momento che, se è innegabile che la manualistica e la trattatistica dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento abbiano dedicato particolare attenzione ai diversi tipi di processo penale succedutisi nel tempo, è altrettanto vero però che, di siffatta letteratura, si finisce per ricordare quasi esclusivamente quattro autori, il Geib¹²⁶ e lo Zumpt¹²⁷ da un

¹²⁵ F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 73 ss.

¹²⁶ Nessun dubbio può sussistere in ordine al fatto che la vicenda storiografica della processualistica criminale di diritto romano ha inizio con la pubblicazione, nel 1842 a Lipsia, del manuale di tale autore, dal titolo *Geschichte des römischen Criminalprocesses bis zum Tode Justinian's*, che - unico, nel panorama storico-giuridico del XIX secolo, ad affrontare sistematicamente ed organicamente il processo criminale nelle diverse epoche storiche, circostanza assai significativa, questa, che è debitamente sottolineata dal BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei 'publica iudicia'*, Cagliari, 1996, p. 17, nt. 1 - costituì, in realtà, una tappa intermedia della sua produzione scientifica criminalistica, dal momento che, cinque anni prima, il Geib aveva già avuto modo di occuparsi di un particolare istituto della procedura criminale romana dando alle stampe un volume sulla *confessio* dal titolo *'De confessionis effectu in processu criminali Romanorum'*, Zürich, 1837, e, quasi vent'anni dopo, avrebbe editato due pregevoli volumi dedicati alla storia ed alle dottrine generali del diritto penale tedesco, dal titolo *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, I, Leipzig, 1861 - II, Leipzig, 1862. Sul manuale del Geib v. F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 171 ss.

¹²⁷ Il quale, nel 1871 a Leipzig, diede alle stampe un'opera dal titolo *Der Criminalprocess der römischen Republik*, che è comunemente ritenuta, dopo il manuale del Geib, la più significativa della trattatistica ottocentesca di diritto processuale penale romano, seppure, a differenza di quest'ultima trattazione, non riuscì a soddisfare le esigenze di un'esposizione generale e completa del processo criminale romano, dal momento che la sua analisi è limitata alla fase più matura del processo per *quaestiones* di età repubblicana. Sull'opera dello Zumpt v. F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 189 ss.

lato e lo Strachan-Davidson ed il Wlassak dall'altro, considerati rispettivamente come il punto di partenza e quello di arrivo della pur composita e variegata vicenda storiografica di tale periodo storico. Non tenendo così nella giusta e doverosa considerazione alcuni manuali e trattati di diritto e processo criminale scritti in quell'arco temporale di settantacinque anni ricompreso tra la pubblicazione del prezioso manuale del Geib e quella della magistrale opera del Wlassak incentrata sull'assenza della *litis contestatio* nel processo criminale romano, come quelli del Laboulaye (il processo criminale romano come emblema della civiltà di un popolo)¹²⁸, del Di Marzo (il processo criminale romano tra dogmatica e sociologia)¹²⁹ e dell'Hitzig (dal processo penale greco al processo criminale romano), o subito dopo, come la trattazione del Lengle (il processo criminale romano come strumento di lotta per la supremazia politica)¹³⁰.

Tradizione storiografica, questa ora richiamata, che, come ho già tentato di dimostrare¹³¹, pur avendo ben presente quanto in Roma «la procedura fosse più essenziale del diritto»¹³², la forma superasse la sostanza e l'inadempimento di un rito producesse la perdita del diritto, fu tuttavia consapevole del fatto che la repressione dei crimini esigeva comunque una completa tutela dei diritti della difesa e che proprio questa non sempre facile conciliazione tra le garanzie necessarie alla conservazione dell'ordine della società e quelle reclamate dalla libertà civile si configurava come uno dei problemi più difficili che le legislazioni di ogni epoca abbiano dovuto affrontare e risolvere.

Ciò spiega allora «come le regole procedurali partecipino della natura delle istituzioni politiche e ne riflettano lo spirito. Si trovano nella storia del diritto non pochi istituti mantenutisi in una quasi immobilità. Foggiate una volta nella pratica e nella dottrina, poco dall'una o dall'altra sono stati alterati e perfezionati. Gli avvenimenti storici, i rivolgimenti sociali e religiosi sono passati sopra essi lasciandoli inalterati. Invece, una procedura, la penale, è stata sensibile a quanto modificava il diritto pubblico del quale era una parte, riproducendo i differenti principii delle costituzioni politiche,

¹²⁸ F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 179 ss.

¹²⁹ F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 196 ss.

¹³⁰ F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 235 ss.

¹³¹ F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 167 ss.

¹³² In questi termini si esprime il SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, III, 1, sotto la direzione di P. Del Giudice, Milano, 1925, p. 1.

assumendone lo spirito e le tendenze, divenendone il corollario, modificandosi più o meno sensibilmente per seguirle nei suoi cambiamenti»¹³³.

Perfettamente conscia di tale intimo legame, esistente anche nell'esperienza giuridica romana, tra la procedura criminale ed il diritto pubblico, la manualistica ottocentesca ebbe dunque ben presente che il processo penale fosse il complemento necessario delle libertà pubbliche e che le sue formalità e regole fossero destinate a tutelare i diritti più preziosi dei cittadini (quali l'onore, la vita e la sicurezza) ed a preservarli da qualsiasi atto arbitrario e da ogni eccesso di potere, sicché «ad ogni conquista nelle politiche libertà corrispose un rinvigorimento nelle garanzie procedurali; ad ogni reazione dispotica, oligarchica o demagogica una svalutazione di esse, cioè l'arbitrio dei tribunali statali e rivoluzionari»¹³⁴.

Ed è appunto siffatta stretta connessione tra diritto pubblico e procedura penale che spiega, peraltro, la profonda differenza che esiste tra questo tipo di procedura e la procedura civile, che «si presenta nelle sue grandissime linee quasi immobile»¹³⁵.

Inoltre, la trattatistica ottocentesca si rese perfettamente conto della circostanza che l'indagine sul processo criminale romano non poteva essere condotta solamente sul piano della sua ricostruzione storica, giacché, in tale precipuo ambito, la separazione tra l'approccio meramente storico-evolutivo degli istituti ed il loro studio dommatico non costituiva, a differenza di altri campi dell'esperienza giuridica romana, un'esigenza scientifica imprescindibile.

E, in questo senso, deve allora condividersi l'opinione di chi¹³⁶ ha ritenuto che lo studioso del processo penale moderno «non resta appagato dinanzi a quelle mere elaborazioni storiche e si avvede che ai cultori del diritto romano con solo metodo storico, non integrato da un esame dogmatico pieno e profondo, sfuggono l'anima viva, la vita limpida e la realtà operante del diritto, pur potendosi ammirare in quei cultori profondità e vastità di indagini storiche».

Pertanto, proprio per la specificità che connota il processo criminale romano, «occorre, sì, rivivere istituti e dottrine spiegandosi le ragioni, ricollegate alla 'civiltà'

¹³³ G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile*, cit., p. 3.

¹³⁴ G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile*, cit., p. 4.

¹³⁵ G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile*, cit., p. 4.

dell'epoca, che li crearono e confermarono o abbandonarono, ma con l'avvertenza che le vicende della 'civiltà' (la storia 'politica' eccetera) sono solo un presupposto per la ricostruzione delle soluzioni tecnico-giuridiche»¹³⁷, evitando così pericolose antistoriche 'attualizzazioni'.

E questo deve dirsi, a maggior ragione, ove si pensi che, a dispetto della circostanza che oggi è ormai impossibile non distinguere tra diritto penale sostanziale e diritto processuale penale, nell'esperienza romana l'individuazione dei comportamenti da vietare e reprimere fu a lungo così strettamente connessa con l'attività diretta a punire i malfattori che è arduo, e storiograficamente nient'affatto conducente, trattare separatamente delle fattispecie dei reati e dell'applicazione giudiziale delle sanzioni¹³⁸. E ciò proprio perché, come bene è stato rimarcato dal Brasiello¹³⁹, «tutta la evoluzione storica dei singoli crimini è in funzione della evoluzione del processo, e anche della repressione, al processo strettamente collegata, onde la ricostruzione storica della evoluzione del crimine non può prescindere appunto dalla conoscenza del processo e della repressione».

5. - La rassegna di alcune delle opere più importanti del Wlassak non ha certo la pretesa di offrire al lettore conclusioni definitive, ma, più semplicemente, costituisce un invito a rileggere una serie di lavori che ancora oggi appaiono utili allo studioso del diritto processuale civile e criminale romano, dal momento che suggeriscono nuovi angoli di visuale dai quali guardare alcuni dei problemi ancora aperti ed insoluti dell'odierna ricerca romanistica processualistica.

E, invero, sulla scorta dello stretto collegamento, colto nella sua compiutezza e concretezza dal Wlassak, tra storia, società, economia, politica e diritto, si comprende l'enorme differenza che intercorre tra quella maniera di intendere il diritto processuale romano e quella che connota non di rado gli studi più recenti.

¹³⁶ G. F. FALCHI, *Diritto penale romano*, III, *Procedura*, Padova, 1937, p. 2.

¹³⁷ V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale romana nell'esperienza romana. Profili*⁵, Napoli, 1998, p. XV.

¹³⁸ In questo senso v. i condivisibili rilievi del GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., p. XII, che ha modo di ricordare l'immeritato giudizio del Carrara, uno dei padri fondatori della penalistica italiana, secondo cui i Romani sarebbero stati giganti per quanto attiene alla costruzione del diritto privato, ma pigmei nella repressione criminale.

¹³⁹ *Note introduttive allo studio dei crimini romani*, in *SDHI.*, 12, 1946, p. 155 s.

Infatti, a differenza di autori come il Wlassak, noi moderni siamo portati spesso ad impostare il diritto processuale romano non solo in termini talora eccessivamente dommatici, con la conseguenza di far prevalere, facendosene suggestionare più del dovuto, la tecnica giuridica sulla ricostruzione storico-politica, dando così luogo non di rado a ricostruzioni nelle quali cogliamo sì il funzionamento dei diversi organi giurisdicenti della complessa organizzazione giudiziaria romana e la struttura dei singoli istituti processuali, ma non riusciamo tuttavia ad afferrare e, spesso, nemmeno ad intravedere quali fossero le forze vive e reali che animavano l'esperienza processuale romana nella sua evoluzione storica, politica, sociale ed economica¹⁴⁰.

Si può perciò affermare che opere di diritto processuale civile e criminale come quelle del Wlassak ci appaiono come punti di riferimento per l'ulteriore sviluppo di una storiografia che sia in grado di evidenziare, più di quanto sia avvenuto fino ad oggi, i nessi esistenti tra storia, politica e diritto.

E si tratta di una precisa scelta metodologica volta ad evitare di rappresentare la storia del processo civile romano nei termini, che spesso sono divenuti consueti nella manualistica odierna, di una mera successione cronologica che vede affermarsi, in ambito

¹⁴⁰ Si pensi, ad esempio, alla ricostruzione wlassakiana della giurisdizione civile degli edili curuli ed alle *actiones aediliciae*, sulla quale v., ampiamente, N. DONADIO, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae' e 'actio empti'*, Milano, 2004, p. 7 ss., e, più limitatamente, F. OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, Napoli, 2015, p. 25 s. Al contrario, il Wlassak non colse il significato dell'espressione «*iubere iudicare*» - richiamante, come è noto, il potere pretorio nell'ambito del processo formulare di rinviare il giudizio davanti ad un *iudex privatus* - che ricorre, in riferimento al *praefectus urbi*, in un passo di Ulpiano proveniente dal secondo dei *libri ad edictum* (D. 1.12.3: *Praefectus urbi cum terminos urbis exierit, potestatem non habet: extra urbem potest iubere iudicare*), affermando che tale locuzione si sarebbe riferita ai *praefecti ob ferias*, ai quali era anticamente attribuita, in rappresentanza dei due pretori, la giurisdizione civile. Ma la fondatezza delle molteplici argomentazioni addotte a supporto di tale conclusione è stata convincentemente confutata dalla SOLIDORO MARUOTTI, *Aspetti della 'giurisdizione civile' del 'praefectus urbi' nell'età severiana*, in *Labeo*, 39, 1993, p. 200 ss., che ha interpretato il testo ulpiano - da leggersi in combinazione con un altro passo dello stesso Ulpiano proveniente dal primo dei *libri de appellationibus* (D. 49.3.1pr.: *Quod dicitur eum appellari, qui dedit iudicem, sic accipiendum est, ut et successor eius possit appellari. Proinde et si praefectus urbi iudicem dederit vel praetorio, ipse erit provocandus, qui eum dederit iudicem*), nel quale il giurista discorre della nomina di una *datio iudicis* da parte del *praefectus urbi* - ritenendo che il *praefectus urbi* potesse, rimanendo a Roma, delegare un funzionario affinché giudicasse, in sua vece, *extra ordinem*. E ciò, sulla scorta della condivisibile opinione dello stesso Wlassak secondo la quale, nel processo formulare, il pretore ed il prefetto in quanto suo rappresentante avessero il potere di *iubere iudicare* anche fuori Roma. Facoltà, questa, di cui poteva dunque essere titolare anche il *praefectus urbi*, anche se esercitata con le modalità della *cognitio extra ordinem*, specie nell'epoca nella quale questo funzionario risulta avere assunto una posizione gerarchica più elevata rispetto alle magistrature repubblicane. E, da qui, la conclusione che la giurisprudenza severiana assimilò il potere-dovere dei tradizionali magistrati repubblicani di nominare un *iudex privatus* deputato ad emanare la sentenza alla facoltà del *praefectus urbi* di designare un funzionario di rango inferiore per l'intera cognizione della controversia oppure per il compimento di singoli atti processuali.

civile, prima le *legis actiones*, poi il processo formulare ed infine la *cognitio extra ordinem* e, in ambito, criminale, inizialmente il processo regio, dopo il processo comiziale e le *quaestiones* e, da ultima, la *cognitio extra ordinem*.

E, ancora, meritevole di essere ripresa in considerazione sul piano metodologico è l'idea del Wlassak, poi fatta propria ed ampliata in modo significativo dal Wenger¹⁴¹, secondo cui non può addivenirsi mai ad una piena comprensione del processo civile romano senza una correlazione con l'intera esperienza processuale romana e, quindi, anche con quella criminale e, soprattutto, in maniera sganciata ed avulsa dal mutato contesto costituzionale nel quale si inserirono i diversi sistemi processuali conosciuti dalla più che millenaria esperienza giuridica romana, per la cui comprensione è necessario stabilire diversi nessi con le indagini compiute dalle altre scienze dell'antichità e da tutte le discipline storico-antiquarie, in quanto tutte momenti di un unico processo scientifico della conoscenza e della ricostruzione del diritto processuale romano.

In questo senso, può allora ben dirsi che, non di rado, gli odierni studiosi del processo romano, soprattutto, quello criminale, hanno dimenticato un importante ammonimento del Wlassak, cioè quello di guardare con sospetto ad indagini storiografiche sopravvalutanti gli aspetti giuridico-formali a discapito di tutti quei fattori e moventi storico-politici che costituiscono il presupposto, più o meno immediato, di tutti gli istituti giuridici processuali, con la necessitata conseguenza di un'eccessiva rigidità nella ricostruzione delle loro vicende e fisionomie.

Questa visione del processo criminale romano assurge così ad indicatore storico emblematico della civiltà di un popolo, da additare quale esempio anche per gli stati moderni, e, inoltre, rimarca la necessità di trattare unitariamente il diritto penale ed il processo criminale, dovendosi ritenere, con il Wlassak, che la storia del diritto criminale, sostanziale e processuale, vada vista come storia di trasformazione e di sviluppo determinati da profonde tensioni sociali e politiche.

Se il processo penale è dunque l'espressione di quelle lotte, ne discende allora che lo sviluppo storico può essere segnato solamente dalla trasformazione degli istituti

¹⁴¹ F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 142 ss.

giuridici, per cui la storia del diritto è essenzialmente storia dei problemi più che successione cronologica.

Da questo punto di vista, le opere del Wlassak ci appaiono pertanto come un fondamentale punto di snodo del percorso della processualistica criminale romana ottocentesca e, insieme, come uno dei più importanti anelli di una 'catena' storiografica molto lunga che, iniziata con il Geib e proseguita con il Mommsen, è giunta fino ai giorni nostri e che si manifesta attraverso il dipanarsi di una trama, a volte manifesta ed altre volte occulta, contrassegnante la processualistica criminale di diritto romano dell'Ottocento come un percorso culturale ed intellettuale che lega tra di loro opere solo *prima facie* assai distanti l'una dall'altra.

Alla luce di quanto ora detto, non vi può essere allora alcun dubbio che il vero Maestro, a tutt'oggi insuperato, del processo romano sia stato appunto il Wlassak, il quale, tra gli altri, ebbe il grande ed innegabile merito di considerare da un punto di vista unitario tutta l'esperienza giuridica romana e, quindi, di approfondire e delineare gli istituti ed i principii del processo penale romano in connessione con quelli del processo civile, e ciò sulla scorta della consapevolezza che una soluzione dei problemi posti da quest'ultimo tipo di processo avrebbe condotto alla revisione e soluzione di quelli del processo criminale. Il tutto supportato, naturalmente, dalla precisa convinzione che, come si è già ricordato, solo attraverso lo studio indistinto delle fonti giuridiche, letterarie, epigrafiche e papirologiche si può leggere correttamente e cogliere appieno il rapporto tra storia e processo criminale.

Abstract

Il contributo, che passa in rassegna alcune delle opere più importanti di Moriz Wlassak dimostrandone la loro perdurante attualità, costituisce un invito a rileggere una serie di lavori che ancora oggi appaiono utili allo studioso del diritto processuale civile e criminale romano, dal momento che suggeriscono nuovi angoli di visuale dai quali guardare alcuni dei problemi ancora aperti ed insoluti dell'odierna ricerca romanistica processualistica.

The contribution, which reviews some of Moriz Wlassak's most important works, demonstrating their continuing relevance, constitutes an invitation to reread a series of works that still today appear useful to the scholar of Roman civil and criminal procedural law, since they suggest new angles of vision from which to look at some of the still open and unsolved problems of today's Roman procedural research.

Parole chiave

Wlassak - Processo civile romano - Processo criminale romano

Wlassak - Roman civil procedural law - Roman criminal procedural law

Catania, aprile 2024