

Il processo romano nel pensiero di Arnaldo Biscardi

Quando, in vista dell'inizio dell'anno accademico 1963-1964, si sparse la notizia nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Statale di Milano che sarebbe venuto da Genova un nuovo professore di materie romanistiche, i giovani assistenti volontari di Gaetano Scherillo si consultavano su che tipo sarebbe stato: pochi lo conoscevano di persona, ma correvano voci e si era creata una trepida attesa. Abituati alla bonomia di Gaetano Scherillo, si temeva che il nuovo docente fosse un uomo severo. Si sapeva comunque che era uno specialista del processo. «Rileggiamo i capitoli dell'Arangio-Ruiz, stiamo attenti», si mormorava. In effetti, ci si rese ben presto conto che l'ingresso di Arnaldo Biscardi nell'Istituto di diritto romano instaurava un nuovo stile, un modo nuovo di affrontare la didattica, un'intensa passione e partecipazione umana, un capillare coinvolgimento dei giovani studiosi e degli studenti, una concretezza di concezione del diritto romano che teneva in assai largo conto la sua dimensione processuale. Biscardi non ci ha mai offerto una trattazione dell'intero processo romano del tipo di quelle di Kaser e di Pugliese: ma la sua peculiare statura di studioso e di docente (molto presto abbiamo imparato ad ammirarlo e ad informarci della sua produzione scientifica) emerge, fra l'altro, nelle splendide *Lezioni sul processo romano antico e classico* del 1968, seguite dagli *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana. Note ed appunti* del 1973. La prima di queste opere uscì in un momento drammatico per l'Università italiana ed europea. Biscardi, che aveva allora cinquantotto anni, ne fu colpito e frastornato: ma la sua passione per l'insegnamento, la disponibilità del suo spirito, il suo stesso carattere lo indussero a riflettere sull'intera esperienza scientifica e didattica che aveva vissuto fino ad allora. «La critica delle fonti», scriverà vent'anni dopo, «non può essere sostituita da una sorta di sociologismo deteriore e antistorico ... e il diritto romano non deve correre il rischio di restare sommerso nelle visuali antropologiche o sociologiche oggi di moda né scivolare ... in una nuova bardatura estrinseca, e perciò asfittica e burocratica, come certe associazioni troppo rigide già esistenti a livello parauniversitario, o come quella proliferazione dei cosiddetti comitati di studio, contro i quali appuntava già intorno al 1940 gli acuminati strali della sua faretra ... Benedetto Croce».

Non solo e non tanto nei dettagli analitici, ma soprattutto nella visione globale dei rapporti fra processo e diritto sostanziale si esprime la personalità scientifica di Arnaldo Biscardi. Rileggendo le ricordate opere sul processo e gli scritti che le precedono (e che vi sono sintetizzati) e quelli che le seguono, chi ha conosciuto Biscardi prova l'illusione di risentirlo parlare. Ricordo che Mariagrazia Bianchini, che aveva seguito Biscardi a Milano, raccontava che aveva suscitato notevolissimo interesse, richiamando nella saletta delle lauree dell'Università di Siena un folto pubblico che comprendeva anche partecipanti estranei al mondo accademico, un'esercitazione sulle tavolette ercolanensi sul processo di Giusta. La comunicativa di Biscardi era nota: le sue lezioni e i suoi stessi colloqui con gli interlocutori erano improntati ad una elegante impostazione sintattica della frase che si risente con nostalgia nelle stesse opere didattiche sul processo. Le citate *Lezioni* danno assai più di quanto non promettano: la modestia del titolo non rende affatto conto del loro alto valore scientifico. Ma Biscardi riusciva come pochi a mescolare la riflessione tecnica con la divulgazione didattica, nel corso della quale egli unificava fenomenologia e dottrina del processo inducendo gli ascoltatori e i partecipanti ai suoi memorabili seminari a meditare sui testi che rappresentavano il tessuto con-

nettivo di tutto il suo insegnamento: testi che egli intendeva come «palestra insostituibile», secondo sue consuete espressioni, nella teoria e nella pratica del diritto e a cui non si può attingere «se non accostandovisi umanisticamente ... e coltivandone l'esegesi». Chi non ricorda, fra l'altro, che egli conservava nel suo studio una fotografia del sarcofago decorato con raffigurazione di una scena processuale e la riproduzione dell'epigrafe recante la cd. *lex Rubria de Gallia cisalpina*?

La riflessione di Biscardi è imperniata sullo studio della costituzione e della struttura del rapporto processuale nell'età arcaica e classica (gran parte della sua produzione processualistica durata per decenni converge su quest'oggetto d'indagine). I vari aspetti, tutti interconnessi nel suo pensiero, di questo unico problema storico-dogmatico (l'«endiadi», oggi fuori moda e troppo spesso *méprisée*, esprime un punto di vista profondo e unitario, che coordina gli studi di Biscardi in un progetto globale) orientano il tentativo di distinguere, nel modo più articolato possibile, i momenti che costituiscono l'evoluzione storica, nonché di tener conto della separazione del dato-scienza (persuasioni dogmatiche profonde e soluzioni pratiche dei giuristi) dal dato-esperienza (struttura del processo, carattere e funzione degli istituti, norme non giurisprudenziali) quali elementi ricostruttivi, che si compongono tuttavia nella descrizione del rapporto processuale e della sua struttura. Soltanto la rilettura complessiva dei suoi studi sul processo ne rivela il rigoroso respiro teorico: Biscardi rende sempre conto, esplicitamente o no, delle premesse concettuali che guidano lo sviluppo dell'indagine e della loro funzione euristica, come quelle di processo, rapporto processuale, giurisdizione, azione, requisiti dell'azione e presupposti processuali; e dell'*iter* storiografico attraverso il quale la romanistica ne ha preso coscienza ed ha gettato le basi dell'indagine sul rapporto processuale nell'evoluzione del diritto romano: questo dialogo incessante con la letteratura, che non è mai estrinseco o esornativo, ne mostra passo per passo la formazione critica. Biscardi poteva apparire talora intollerante e poco disposto ad accogliere le critiche altrui: chi l'ha conosciuto sa tuttavia che la maturazione dei suoi pensieri, tratta da una diuturna e spassionata confidenza con le fonti, imprimeva alle sue idee un'intrinseca e quasi irriducibile forza di convinzione. Ma che egli non fosse disposto a cambiare idea non è vero. Farò due soli esempi fra i tanti: citando se stesso, con riferimento allo scritto su formula e processo del 1949, Biscardi scriverà parecchi anni dopo: «... debbo senz'altro riconoscere, pur non essendo affatto incline a ripudiare quella enunciazione, che essa fu ispirata ad un motivo polemico»; ed è del resto noto come egli abbia ammesso la debolezza d'impostazione della sua monografia giovanile sulla collisione.

Lo studio delle origini della *litis contestatio* e della sua evoluzione nel processo formulare preebuzio, dell'influenza della *lex Aebutia* sulla sua struttura, della sua elaborazione dogmatica nel pensiero dei *veteres* è una premessa indispensabile dell'analisi della *litis contestatio* in funzione costitutiva del rapporto processuale nel sistema formulare classico fondato sulla riforma augustea (*lex Iulia*, redazione della formula-*iudicium*, effetti preclusivi, estintivi e creativi della *litis contestatio*, problema dell'*obligatio iudicati*).

L'idea dell'unità del processo, basata sulle possibilità ricostruttive offerte dall'indagine storica, come verifica delle premesse dogmatiche nella prospettiva di una teoria generale del processo attraverso il diritto romano, determina e chiarisce le idee di Biscardi circa la funzione degli studi romanistici ai fini della formazione, della cultura e della pratica del diritto: il che consiste nella ricerca di una giustificazione critica della riflessione storico-giuridica sul processo romano e, insieme, della scoperta del passaggio, o meglio della chiusura del circolo, dal diritto moderno al diritto romano, per tornare al diritto moderno: di rado la romanistica ha reso altrettanto esplicitamente e rigorosamente conto di questo «Zirkel in Verstehen», ove si riconosce la legittimazione teorica dei concetti giuridici moderni nella loro genesi storica. Il centro del rapporto processuale, costituito dalla *litis contestatio* e dall'evoluzione del pensiero dei romani sul tema, condotto in parte consapevolmente, come nella soluzione negativa dei sabiniani del problema dell'ineluttabilità della condanna nonostante la '*satisfactio post litem contestatam*', e la tendenza dell'evolversi di teorie e istituti verso una concezione strumentale e unitaria del processo, costituiscono la chiave di volta di larga parte della produzione processualistica di Arnaldo Biscardi. Lo dimostrano la stessa origine e portata semantica

dei termini processo e procedura: Biscardi osserva che, storicamente, prevale il principio di legalità delle forme processuali (che si contrappone in astratto al principio di libertà) talora degenerato in formalismo (Gai., *inst.* 4.30 e C.I. 2.57.1: crisi dei processi *per legis actiones* e formulare). Il procedimento è un insieme di atti (ordinati nelle forme prescritte dal sistema legale) risultanti dalla collaborazione delle parti e del giudice o magistrato (*'actus trium personarum'*): fra questi soggetti intercorre il rapporto processuale come dilatazione del concetto di rapporto giuridico; le loro reciproche posizioni giuridiche si risolvono in diritti potestativi e oneri. Il rapporto processuale riassume in un solo momento dinamico la convergenza e l'incontro dei due concetti di azione e di giurisdizione. La nozione di giurisdizione è relativa e dipende dal modo con cui è stato storicamente risolto il problema dell'ordine sociale: formulazione del diritto per il caso singolo (in occasione della lite: diritto del caso concreto, giudice-legislatore, formazione di una giurisprudenza di precedenti) o formulazione statale (posizione statutale di norme astratte). La tutela giurisdizionale è *'extrema ratio'* nell'attuazione del diritto. La sentenza non è un mero sillogismo, ma anche un atto di volontà. Alla giurisdizione non appartengono inoltre il solo l'accertamento e la condanna, ma anche l'esecuzione. La giurisdizione non ha il mero scopo di difesa dei diritti soggettivi, ma vi è una giurisdizione di diritto obiettivo (giurisdizione penale, azioni civili di mero accertamento, azioni costitutive): Biscardi reagisce quindi all'idea di Carnelutti che giurisdizione equivalga a composizione delle liti.

Astrattamente può bensì concepirsi una giurisdizione senza azione, ma, in sede di analisi storica, nell'ambito di un sistema di legalità il processo è «Klageverfahren»: in altre parole, l'azione, e non la lite, è il perno del sistema processuale. Il concetto di azione è del resto relativo (Biscardi attinge qui a Calamandrei e ad Orestano) con riferimento alla situazione storica di ogni ordinamento concreto: in quanto realtà processuale, e a prescindere dalla sua costruzione dogmatica, l'azione costituisce comunque la condizione e il limite della giurisdizione.

In un primo tempo, l'azione è un atto materiale (*'agere'*), come l'obbligazione è un asservimento concreto (*'ob-ligari'*). Più tardi, la collettività organizzata interviene a limitare l'autodifesa, che è consentita soltanto a chi ha ragione (accertamento di merito: ordalia, *sacramentum*, arbitrato obbligatorio). Infine, interverrà il divieto dell'autodifesa con assunzione statale della giurisdizione: *'do, dico, addico'*; *'actio'* come invocazione della garanzia giurisdizionale. I romani hanno una concezione dell'azione in senso concreto (concezione questa che Biscardi ravvisa nella teoria pandettistica, nelle idee di Muther e di Wach e in quella di Chiovenda): *'agere'* («Klagemöglichkeit») e *'recte agere'* («Klagerecht»). La dottrina dell'azione in senso astratto è dunque, alla luce della tradizione, insostenibile.

L'analisi parallela delle tesi del Keller e del Wlassak sulla struttura, natura, forma ed effetti della *litis contestatio* pone l'accento sull'originalità della dottrina contrattualistica, ma non ne dimentica i precedenti nella storia del pensiero romanistico: quelli dei Glossatori e Commentatori che, prendendo spunto da D. 15.1.3.11, nell'esigenza di conciliare la statualità del processo con le allusioni del *Corpus Iuris* ad un *'contrahere'* delle parti, hanno parlato di quasi contratto riguardo alla sentenza, creando le basi per l'elaborazione della fortunata quanto aberrante ed equivoca teoria del contratto giudiziario (il relativo *iter* storico è posto in luce da Biscardi in un originalissimo scritto del 1948), non costituiscono peraltro veri e propri precedenti della dottrina wlassakiana. Alle esigenze speculative e alla problematica storiografica del Wlassak sono invece consone le idee di Hefter, Mayer, Bekker, le ricerche dei quali contengono spunti che Biscardi considera tecnicamente come precedenti. Le reazioni, fra cui quelle di Trampedach, Hölder e Schlossmann, al memorabile affresco wlassakiano del processo, sono ricostruite con esemplare dottrina: Biscardi analizza la formazione della *communis opinio*, anche attraverso l'esame degli studi che il Wlassak ha successivamente dedicato (direttamente o indirettamente) all'argomento, estendendo gli approfondimenti analitici in tema di *litis contestatio* a punto centrale dell'intera esperienza formulare, facendosi carico delle riserve critiche a questo o a quell'aspetto del problema (fra gli altri di Carrelli, Di Paola, Gioffredi, Pugliese, Bonifacio, Jahr, fino ai più recenti).

Quanto all'origine della *litis contestatio* nel processo *per legis actiones*, l'esegesi delle definizioni festive di *'contestari litem'*, *'contestari'* e *'reus'* consente a Biscardi di stabilirne l'ordine storico. L'ultima è

la meno antica: *'litem contestatam habere'* significa, infatti, «avere in corso una lite regolarmente instaurata», conformemente ad altre espressioni proprie del processo più recente. *'Contestari litem'*, per ragioni filologiche (espressione ellittica, sviluppatasi da quella originaria, per designare l'instaurazione della lite) e sostanziali (chiamata eventuale di testimoni a mero fine probatorio; allusione all'*ordinatio iudicii*, che presuppone un processo bipartito), è l'espressione recenziore.

Il processo era originariamente indiviso (Biscardi reagisce alla *communis opinio* basata sul presupposto di un graduale sviluppo in senso pubblicistico), come si evince da testimonianze della tradizione (D. 1.2.2.1; Dionigi e Cicerone) e dai dati posti in luce ad esempio da Wenger, Kaser, Düll, Broggin e dallo stesso Biscardi (*'ius dicere'* e *'iudicare'* indicavano in origine la stessa cosa; *'iudex'* è talvolta sinonimo di *'praetor'*; Tab. 1.6-9: *'post meridiem praesenti litem addicito'*: il processo contumaciale si conclude con un provvedimento magistratuale, il che suppone l'indivisione: Gai., *inst.* 2.24 e 4.48, che consentono un'interpretazione estensiva del versetto decemvirale sulla contumacia; il principio *'ne bis in idem'* non implica di per sé la bipartizione e anzi è forse originariamente fondato sulla concezione solenne e rituale dell'*agere*, che non può essere ripetuto; formalità dei mezzi di prova nell'*agere sacramento* contrastanti con il libero apprezzamento del giudice privato: sopravvivenze di un antichissimo rito celebrato fino alla fine dinanzi al magistrato?). Da ciò Biscardi trae lo spunto per una ricostruzione dell'*iter* storico che ha portato alla bipartizione: in origine, *'ius dicere'* è dichiarazione sacerdotale della volontà degli dei in relazione al caso concreto; lentamente, dal concetto di «Fallrecht» si perviene, per via di astrazione e di sintesi e attraverso l'esperienza di un «Praejudizienrecht», a quello di «Normenrecht»; *'ius dicere'* significherà a tal punto individuazione e applicazione della norma al caso concreto affidata dall'organo della *civitas* ad altri, con distacco del *'iudicare'* dal *'ius dicere'*, il che non esclude un'iniziale bipartizione facoltativa, peraltro obbligatoria per certe liti instaurate con la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, né che la bipartizione stessa sia un sintomo di democratizzazione del processo.

Le testimonianze di Festo forniscono inoltre lo spunto per *excursus* sull'originaria indivisione: *'contestor'* come due o più chiamate di testimoni fra loro interdipendenti; *'lis'* come originario irriducibile contrasto di pretese, mentre *'iurgium'* equivale a *'benivolorum contestatio'*; *'legis actio'* come originaria azione di accertamento, ad esclusione della *iudicis postulatio* divisoria; *'lege agere'* come impiego di una formula solenne (Gai., *inst.* 4.29: *'certis verbis'*). Lo studio della struttura della *legis actio sacramento*, con accurate esegesi di Gai., *inst.* 4.16, Gellio (*noct. Att.* 20.10.8-9) e Cicerone (*Mur.* 12.26), porta ad ulteriori conclusioni originali: la *'consertio ex iure'* non ha lo scopo di consentire la raccolta della zolla sul fondo e comunque, anche prima dell'epoca di Cicerone, è caduta in desuetudine e sostituita dal simulacro di lotta. La sfida al *sacramentum* è poi una sfida a giurare (autoconsacrazione mediante giuramento), vale a dire un mezzo di soluzione della controversia. Le modalità del giuramento possono essere chiarite dal parallelo con la *clarigatio*. Il riferimento al giuramento *per Jovem lapidem* di cui parlano le fonti non è invece altrettanto adatto. In epoca prelaica, al *sacramentum unum* (soluzione a carattere unilaterale e ordalico della controversia, contro l'opinione di Broggin che ammette l'esistenza di un giuramento decisorio nel processo arcaico, ma nega il valore decisorio del *sacramentum*) corrispondeva la *'testatio actionis'*; ai *duo sacramenta* (soluzione autoritativa della controversia ordalica) corrispondevano due *testationes*, cioè una (*'cum-'*) *'contestatio litis'*, che non ha quindi nulla a che fare con la *contestatio* formulare. Ben presto si giunge alla *litis contestatio* laica descritta da Festo, consistente nella chiamata a testimoniare di persone di fiducia (amici in funzione di *testes advocati*), che dovevano assolvere alla medesima funzione di garanti esplicita in epoca precedente dagli dei. La mancanza di una *litis contestatio* come accordo delle parti esclude che la regola della preclusione processuale vi si colleghi: questa non dipende, nell'epoca del *lege agere* più antica, né dalla *litis contestatio*, né dall'efficacia *erga omnes* della sentenza, ma dalla concezione primitiva dell'*agere* come rito solenne avente efficacia risolutiva (*'acta res est'*, *'rectum est'*). In altre parole, nel processo *per legis actiones* la *litis contestatio* non ha mai avuto il carattere di accordo; lo stesso eventuale accordo delle parti sulla scelta del giudice è rimasto indipendente dalla chiamata bilaterale di testimoni.

Sull'esistenza della *litis contestatio* nel processo formulare preebuzio, Biscardi ha scritto pagine

tuttora fondamentali nella loro prudente valutazione delle fonti, compresi i silenzi di queste. Ciò implica il problema dell'origine di questo processo. Su questo punto la posizione di Biscardi è ispirata ad uno spregiudicato eclettismo storiografico: esistenza già prima della *lex Aebutia* e dell'introduzione della pretura peregrina; prassi fondata sull'*imperium*, con uso della redazione di un'istruzione al giudice riassuntiva delle dichiarazioni delle parti, che costituisce il precedente della formula, il che non esclude l'ammissibilità di un'evoluzione interna in tal senso del *lege agere per iudicis postulationem* o *per condictionem*.

Ancorché questo processo implichi un accordo delle parti, Biscardi esclude che quest'ultimo sia tecnicamente una *litis contestatio* (manca una *contestatio ad substantiam* e manca una *lis*, essendovi negli *arbitria honoraria* un accordo iniziale sull'*an*, come dimostra la stessa struttura asseverativa della *demonstratio* originaria; il giudizio, anche in caso di contrasto, si basa comunque sulla concorde volontà dei litiganti di regolarlo e risolverlo, per cui può dirsi che l'intesa sul programma di giudizio elidesse la *lis*): l'accordo è piuttosto identificato col '*iudicium accipere*' delle parti, che più tardi designerà la mera dichiarazione di volontà del convenuto. Si spiega così l'uso anomalo che molti testi fanno di questa espressione.

Le differenze fra *lege agere* e processo formulare preebuzio ('*ius civile – ius honorarium; damnatio – iudicatum; manus iniectio – ductio e missio in bona*; preclusione fondata sull'*agere: exceptio rei in iudicium deductae* derivante dall'*exceptio 'nisi ea res in iudicium antea venisset'*) determinano il pensiero di Biscardi sul contenuto della *lex Aebutia*, maturato contemporaneamente ma indipendentemente dalle analoghe idee di Kaser: Biscardi sostiene la legalizzazione delle *condictiones* formulari (con corrispondente abolizione della *legis actio per condictionem*) e sviluppa la teoria delle *condictiones* formulari legittime, già delineata in uno scritto famoso del 1953, che ha costituito e costituisce tuttora il punto di partenza di qualunque indagine su aspetti fondamentali del passaggio dal processo più antico a quello formulare, come studi recenti e recentissimi continuano a dimostrare. Con la legalizzazione delle *condictiones* formulari è probabilmente avvenuta un'interferenza fra i due momenti conclusivi della fase *in iure*: '*litis contestatio*' allude ora all'accordo delle parti sulla formula, senza escludere che possa sopravvivere una chiamata di testimoni *ordinato iudicio*, vale a dire *lite contestata*. L'*accipere iudicium* degli *arbitria honoraria* preebuzi è dunque diventato la *litis contestatio* delle *condictiones* formulari ebuie: ciò spiega anche come l'originaria contrapposizione fra '*actio*' (*ius civile*) e '*iudicium*' (schema di lite fondata sul mero *imperium*) sia scomparsa e si sia parlato di *actio* anche a proposito delle *condictiones* formulari.

La ricostruzione della struttura della *litis contestatio* fino all'emersione della sua natura di accordo sulla formula, basata sui dati dell'esperienza processuale, è distinta, per mere ragioni analitiche, da quella della concezione dell'istituto nel pensiero dei *veteres*, fedeli ad una visione sostanzialistica del fenomeno processuale (Gai., *inst.* 3.180 ss.) derivante dalla loro costruzione della *litis contestatio* come contratto formale (verbale), che ne spiega l'efficacia novativa. Da questa concezione saranno influenzati i proculiani, per i quali la '*satisfactio post litem contestatam*' esclude la condanna nelle sole azioni di buona fede o arbitrarie, ma non nei *iudicia stricta* (Gai., *inst.* 4.14).

La struttura del processo nel lasso di tempo fra le riforme euzia e giulia è caratterizzata dalla sopravvivenza delle *legis actiones sacramenti, per iudicis arbitrive postulationem, per manus iniunctionem* e *per pignoris capionem*, dalla vigenza delle *condictiones* formulari legittime e degli *arbitria honoraria* (azioni pretorie comprese le formule *ad legis actionem expressae* e le azioni *bonae fidei* a cui allude Cicerone, *off.* 3.15.61), dei *iudicia legitima* identificati con le *condictiones* formulari, dei *iudicia legitima* contrapposti agli *arbitria honoraria*.

Sono tuttora essenziali gli studi di Biscardi sulla redazione della formula come '*conceptio verborum*' e sulla redazione scritta della formula concreta: essi si fondano su argomenti logici (contrapposizione con i *certa verba* affidati alla memoria, anche per quanto riguarda le *condictiones*, ove l'inserimento delle *exceptiones* doveva pur venire documentato, esistenza di uno scriba come ausiliario del pretore) e su argomenti testuali (superamento dell'alternativa scrittura *ad substantiam* o *ad probationem*, inconciliabile con una concezione della formula come «Amstakt»; forme dell'*editio actionis: dictare, copiam describendi facere, in libello complecti et dare; formulam scribere; actio* ed *exceptio metus in rem*

scriptae; actio praescriptis verbis; praescriptiones; 'adscribere' nella formula dell'actio furti; terminologia di Gai., inst. 4.141; Hor., serm. 2.1.86).

La dottrina della *litis contestatio* classica è prevalentemente ispirata a criteri processuali: i suoi effetti sul rapporto obbligatorio erano di regola irrilevanti sotto il profilo sostanziale, giacché *ipso iure* si poteva pur sempre agire *de eadem re*, mentre occorreva ricorrere ad un'*exceptio (rei in iudicium deductae)* che richiamava la *deductio* in *iudicium* del rapporto stesso, vale a dire la *litis contestatio*. La spiegazione dell'impossibilità di agire '*ipso iure de eadem re*' nel caso di *actio in personam* con *intentio in ius* in un *iudicium legitimum* (effetto estintivo e non più meramente preclusivo) è trovata sul piano storico con probabile riferimento alla sopravvivenza della concezione dei *veteres* della *litis contestatio* nelle *condictiones* formulari legittime. L'effetto estintivo si aveva qui in relazione al '*dare oportere pecuniam*' o '*certam rem*', perseguibili in sede di *iudicium legitimum* formulare: effetto che, per i classici, si produceva anche nelle altre obbligazioni in virtù della generalizzazione del processo formulare nell'ambito del *ius civile* previsto dalla *lex Iulia*. Trattando della distinzione fra *iudicia*, Gaio non pone comunque in luce la regola dell'estinzione, ma quella della preclusione, applicabile a tutti i *iudicia imperio continentia* e i *iudicia legitima* non fondati sul *ius civile*, o ad *actiones in rem*.

I classici ritengono che, per aversi novazione, la *posterior stipulatio* deve essere valida ed efficace: ciò esclude di per sé che la *litis contestatio* possa considerarsi un'ipotesi di novazione. Vi sono bensì testi che avvicinano questi istituti, ma i giuristi vedevano da un lato la novazione in cui la volontà delle parti tende a sostituire una precedente obbligazione con una nuova (*novatio voluntaria*), dall'altro la *litis contestatio*, in cui le parti non intendono specificamente *novare* ma semplicemente *litem exercere*: l'equiparazione fra i due istituti si avrà invece con Giustiniano. La *litis contestatio* ha inoltre l'effetto creativo di un rapporto nuovo, di natura processuale ('*litis contestatione teneri*', contrapposto al '*condemnari oportere*' dei *veteres*, improntato ad una concezione giusprivatistica e sostanzialistica): Biscardi osserva che è proprio in questa emancipazione del fenomeno processuale dagli schemi del diritto materiale o sostantivo che si scorge una delle più grandi conquiste speculative della giurisprudenza dei primi secoli dell'impero. I dati testuali consentono di intendere la *litis contestatio* come negozio processuale bilaterale: ivi si parla infatti di '*lis contestata cum aliquo*' o '*inter aliquos*', di '*iudicio contrahere*', di '*edere*' (o '*dictare*') e '*accipere iudicium*'. Al proposito, occorre distinguere fra *editio actionis* (che non è un atto vincolante irrevocabile) e *litis contestatio* (che lo è) e soffermarsi sulla *litis contestatio ex parte rei* ('*iudicium accipere*', '*defendere*') e sul rapporto temporale fra *edere* e *accipere iudicium* (resta tuttavia il dubbio se le due manifestazioni di volontà fossero o meno contestuali).

Trattando dell'*obligatio iudicati* Biscardi sostiene che nel processo euzio questa scaturisce dalla *litis contestatio legitimo iudicio* condizionata all'emanazione della sentenza di condanna ('*iudicatum facere oportere*'), il che deriva dalla concezione dei *veteres* circa la *litis contestatio legitimo iudicio* come contratto estintivo per novazione dell'*oportere*, mentre nel processo classico deriva dal *iudicatum*: i giuristi intendono infatti la *litis contestatio* come accordo produttivo di un vincolo meramente processuale, la cui autonomia è caratterizzata dall'unicità della formula dell'*actio iudicati* e dal modo di funzionare dell'*exceptio* corrispondente. Non è comunque lecito delineare una teoria generale della *litis contestatio* basata sui suoi effetti conservativi, giacché l'unico elemento che li accomuna è identificabile nel fatto che i mutamenti avvenuti *post litem contestatam* non incidono sulla decisione di merito. Per Biscardi, una concezione di fondo è quella dei sabiniani, che emerge dalla soluzione elaborata da costoro del problema pratico della '*satisfactio post iudicium acceptum*': il rapporto processuale è in altri termini inteso come strumentale alla soddisfazione della ragione fatta valere.

Matura inoltre nel pensiero dei classici la tendenza all'assimilazione di *ordo* e *cognitio*, all'estensione del concetto di *actio* ad altri mezzi processuali, all'assunzione del sistema della *cognitio* in materia civile nell'ambito della *iurisdictio*, in altre parole alla formulazione di una concezione unitaria e autonoma dell'intero istituto processuale, che Biscardi delinea sulla base di un'ampia e profonda analisi storica durata decenni, di cui ho cercato di riassumere alcuni aspetti che mi paiono qualificanti del suo pensiero.

Placati o dimenticati i piccoli scontri, i brevi dissensi, gli affettuosi motteggi a cui talora noi suoi allievi, diretti o spirituali, ci lasciavamo andare, comunque guidati dalla sua forte autorevolezza di studioso, più forte cresce la nostalgia, più intenso il rimpianto, più chiara la consapevolezza di aver perduto l'esempio della sua passione, del suo candore, del suo valore di Maestro. Ripeterò quanto Arnaldo Biscardi scrisse della scomparsa e dell'assenza di Ugo Enrico Paoli: «E' come se una parte di noi stessi, fisicamente, se ne fosse andata per sempre, anche se, spiritualmente, egli vivrà dentro di noi, finché noi vivremo, e dalla sua opera germoglieranno ancora nuovi frutti. Perché con lui è scomparso uno dei grandi maestri della generazione che ci ha preceduto ... ricchi di umanità e di dottrina, la cui orma resterà indelebile nella scienza dell'antichità classica» e nello studio del processo romano in particolare.