PUBBLICAZIONI
DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO ROMANO, STORIA E TEORIA DEL DIRITTO «F. DE MARTINO»
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI «FEDERICO II»
XXXVI

QUID EST VERITAS?

UN SEMINARIO SU VERITÀ E FORME GIURIDICHE

a cura di
COSIMO CASCIONE CARLA MASI DORIA

SATURA EDITRICE
NAPOLI 2013

Direttore della Collana: CARLA MASI DORIA

COMITATO SCIENTIFICO

SEZIONE: DIRITTO ROMANO
Francesco Amarelli - Cosimo Cascione - Lucio De Giovanni - Jean-François Gerkens - Vincenzo Giuffrè - Settimio di Salvo - Carla Masi Doria - Antonio Palma - Francesca Reduzzi Merola - Martin Schermaier.

Opera accolta nella collana il 27.2.2012 su proposta
di Carla Masi Doria
e finanziata con un contributo
del Polo delle Scienze Umane e Sociali
dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

In redazione: Valeria Di Nisio, Alessandro Manni

DIRITTI DI AUTORE RISERVATI – COPYRIGHT 2013 SATURA EDITRICE S.R.L.
Via G. Gigante, 204 - 80128 – Napoli tel. 081 5788625 - fax 081 5783097
e-mail: saturaeditrice@tin.it – sito web: www.saturaeditrice.it
ISBN 978-88-7607-136-2

INDICE SOMMARIO

Avvertenza dei curatori VII

CARLA MASI DORIA
Linee per una storia della 'veritas' nell'esperienza giuridica romana. I. *Dalle basi culturali al diritto classico* 1

COSIMO CASCIONE
Linee per una storia della 'veritas' nell'esperienza giuridica romana. II. *Diritto tardoantico* 65

ROBERTO FIORI
La gerarchia come criterio di verità: 'boni' e 'mali' nel processo romano arcaico 169

JOHANNES PLATSCHEK
'Contra fidem veritatis'. Documenti greci nella prospettiva romana con un excursus sui 'nomina arcaria' negli archivi campani 251

MASSIMO MIGLIETTA
'Est vir qvi adest' 277

TOMASZ GIARO
Verità fattuale e verità normativa nell'argomentazione dei giuristi romani 359

ANDREAS WACKE
'Res iudicata pro veritate accipitur'? Le finalità della procedura civile romana fra principio dispositivo e principio inquisitorio 381

NATALE RAMPAZZO
Vero e falso nel diritto pubblico romano 423

GIUSEPPE FALCONE
La 'veritas' delle 'leges': C. 7.62.39.2a; cost. 'Tanta' §§ 10 e 12 451

FRANCESCO VIOLA
Il diritto tra arte ed etica 459

GIOVANNI MARINO
Arianna, il filo, il labirinto. Divagazioni su diritto, verità, tempo 483

'RES IUDICATA PRO VERITATE ACCIPITUR'? LE FINALITÀ DELLA PROCEDURA CIVILE ROMANA FRA PRINCIPIO DISPOSITIVO E PRINCIPIO INQUISITORIO

ANDREAS WACKE
(Universität zu Köln)

1. *Introduzione*.

1.1. — Il titolo della mia relazione, «*Res iudicata pro veritate accipitur*» (la sentenza viene ritenuta verità), coglie solo un aspetto parziale della problematica ricerca della verità nel diritto processuale romano. La citazione proviene da un frammento di Ulpiano sul processo relativo allo *status* (D. 1.5.25). Ho

* Uno speciale ringraziamento va all'indirizzo dei dottori Salvatore Marino (ora a Göttingen), Alessandro Manni (Napoli) e Alessandro Galli (Köln) per il loro importante ed amichevole aiuto nella traduzione in italiano. Ringrazio anche i colleghi Laura Solidoro, Settimio di Salvo, Lucio Bove e Andrea Sanguinetti per i loro interventi nella discussione. La relazione è stata presentata anche a Lecce e Bari su invito di Francesca Lamberti e Amalia Sicari, un anno dopo a Modena e Parma su invito di Maria Grazia Scacchetti e Salvatore Puliatti. La versione in lingua tedesca è pubblicata in F. HARRER, H. HONSELL, P. MADER (a cura di), *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag* (Wien-New York 2010) 489-524. Le mie parole di saluto a Napoli sono state le seguenti: «Nell'invitarmi, l'amica e collega Carla Masi ha scritto che, per i miei noti studi di diritto processuale, mi considerava il relatore appropriato per l'argomento odierno, cioè la ricerca della verità nel processo romano. Tale complimento è naturalmente una cortese lusinga per non far sorgere in me la tentazione di rifiutare. In verità, come ben sa anche Carla Masi, torno sempre con grande entusiasmo a Napoli, roccaforte meridionale della romanistica italiana, dove posso annoverare numerosi colleghi tra i miei amici, quali, per citarne solo alcuni, Luigi Labruna e Tullio Spagnuolo Vigorita, che decenni fa studiarono ad Amburgo dal mio maestro Max Kaser. Che i miei studi romanistici sul diritto processuale, nonostante la barriera linguistica, non siano sconosciuti ai colleghi italiani, mi fa pia-

scelto questa massima perché è una nota *regula iuris*, desunta, da parte dei compilatori di Giustiniano, dall'opera di Ulpiano ed inserita separatamente nell'ultimo titolo dei *Digesta* (D. 50.17.207). La fonte è stata oggetto di ampia ricerca in letteratura. Il punto interrogativo da me aggiunto alla fine vuole invece indicare che bisogna descrivere più precisamente i presupposti e i limiti del noto adagio. Affermare che il risultato di un giudizio sia vero presuppone infatti che il giudice si sia prima sforzato di appurare la verità. Da ciò consegue l'importanza delle fonti di cognizione a disposizione del giudice. Nel processo civile tutto dipende dalle circostanze addotte dalle parti e dai mezzi di prova da queste presentati. Emessa la sentenza, poi, bisogna chiedersi in che contesto il suo contenuto sia da ritenere vero. Si tratta specialmente della problematica efficacia nei confronti dei terzi. Bisogna cioè chiarire prima di tutto in che rapporto stia tale massima rispetto all'opposto principio secondo cui l'efficacia delle sentenze civili è limitata alle parti del processo e ai loro eredi ed aventi causa[1].

A seguito di una novella legislativa del 1933 al codice di procedura civile tedesco, le parti devono rilasciare dichiarazioni sulle circostanze di fatto completamente e conformemente alla verità (§ 138 Abs. 1 ZPO). L'accertamento della verità da parte del giudice sarebbe reso oltremodo difficile se una delle parti (o addirittura entrambe con l'intenzione di ingannare un terzo) adducessero circostanze false. Per concretizzare l'obbligo di verità si ricorre alla formula del giuramento dei testimoni. Un testimone deve giurare di «aver detto in coscienza la pura verità e di non aver nulla taciuto»[2]. Tacendo, infatti, si

cere. Poiché solo una parte di questi (ed in versione ridotta) sono tradotti in italiano. Carla Masi è una stimata rappresentante, tra le più giovani, del pellegrinaggio scientifico al di là delle Alpi, poiché studiò a Salisburgo da Max Kaser, Wolfgang Waldstein e Theo Mayer-Maly. Da allora parla perfettamente tedesco, con un'inflessione austriaca, che al nostro orecchio suona particolarmente charmante e melodiosa».

[1] D. 42.1.63 (Macer 2 *de appell.*): *res inter alios iudicatae aliis non praeiudicant* (*saepe rescriptum est*); D. 48.2.7.2 (Ulp. 7 *de off. proc.*).

[2] Art. 238, co. 2 cod. proc. civ. italiano: «Il giurante, in piedi, pronuncia a chiara voce le parole: consapevole della responsabilità che col giuramento assumo da-

può andare contro la verità allo stesso modo che con dichiarazioni non vere. *Veritas corrumpitur vel mendacio vel silentio* (Cic. *de off.* 1.23.294)[3]. Dall'obbligo alla verità consegue dunque un divieto di mentire e di nascondere fatti, «ein Verbot von Lügen und Lücken» (un divieto di dichiarazioni menzognere o frammentarie).

1.2. — Sulla portata dell'obbligo delle parti alla verità e alla completezza vi sono numerose ricerche nella letteratura processualistica tedesca. Per l'età romana, invece, il problema della *veritas* nel processo non è stato ancora, che io sappia, analizzato. Non ho potuto rintracciare alcuna trattazione dedicata espressamente all'argomento. Il che stupisce, perché già l'antico giudice si obbligava con giuramento a ricercare la verità[4]. Anche la recente e incredibilmente corposa monografia di Tomasz Giaro tocca solo di sfuggita la problematica[5]. Conformemente al titolo, Giaro tratta delle «Römische Rechtswahrheiten», cioè delle «verità giuridiche romane»; esse sono le deduzioni dogmaticamente corrette e approvate da altri giuristi. Giaro insomma si occupa di affermazioni su di un contenuto giuridico, non sulla determinazione delle circostanze di fatto o sulla individuazione di problemi fattuali, cioè di *quaestio facti*[6] o di *veritas rei* (come dice Ulpiano)[7], ossia il 'Law in

vanti a Dio e agli uomini, giuro ... e continua ripetendo le parole della formula su cui giura».

[3] Anche Querolus 1.2: *Tantum est tacere verum quam falsum dicere*; L. DE MAURI, s.v. «*verità*», in *5000 proverbi e motti latini*[2] (Milano 1977).

[4] Secondo quanto riportato da Giustiniano in C. 3.1.14 del 530 d.C. gli antichi *iudices* dovevano giurare di giudicare *omnino sese cum veritate et legum observatione*. In proposito: M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*[2] (München 1999) 358 e nt. 35; in particolare, J. PARICIO, *Sobre la administración de la justicia en Roma: Los juramentos de los jueces privados* (Madrid 1987) 66 ss.

[5] T. GIARO, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment* (Frankfurt a.M. 2007).

[6] Nelle fonti giuridiche registrate in BIA 26 volte, per lo più nei *Digesta*. Spesso anche: *facti interpretatio*.

[7] Riferito prevalentemente alla stima del valore reale o effettivo (in contrapposizione all'interesse), D. 35.2.60.1 (*quanti re vera fuit*); D. 35.2.62.1 (*secundum rei*

action', dove i principi giuridici si preservano nell'applicazione al caso pratico.

La domanda così formulata è dunque nuova. Averla posta è il merito degli organizzatori di questo ciclo di lezioni. Ciò mostra, tra l'altro, come sia infondata la preoccupazione che la scienza romanistica possa un giorno veder esaurito il suo materiale, perché le nostre fonti sarebbero antiquate e non si aggiunge molto di nuovo. Ma se si illuminano le fonti antiche alla luce di nuovi quesiti, si possono realizzare nuovi progressi ed acquisire ulteriori elementi di conoscenza. Porre nuove domande richiede tuttavia una certa dote di fantasia ed intuizione.

Sul tema della ricerca della verità nel processo romano esistono singole ricerche[8], di recente pubblicazione, che riguardano prevalentemente il periodo tardoantico e il processo penale. Per quanto attiene alla ricerca della verità nel processo civile classico posso basarmi soltanto su alcune ricerche preliminari aventi carattere secondario e che affrontano il tema solo marginalmente. Appartengono a queste i lavori sull'onere della prova, sul deferimento del giuramento e sulla *interrogatio in iure*, sulla collusione e il dolo processuale e sugli effetti della sentenza nei confronti di terzi, nonché sulla *iniuria iudicis*. Soprattutto, però, bisognerà interrogare le fonti stesse, grazie a mirate ricerche testuali. Nella raccolta delle fonti, nonostante l'incalcolabile valore fornito, consultare il database BIA ha comportato un notevole dispendio di tempo, poiché la ricerca non poteva limitarsi ad uno o più termini tecnici. Però solo una piccola parte delle nostre fonti si mostra pertinente al tema.

veritatem aestimare); D. 39.3.6.8; S. TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana: l'analisi di Ulpiano* (Napoli 1980) 160 ss., '*rei veritas*' anche in contrapposizione a *scriptura*: D. 22.5.3.2; D. 22.3.25.3.

[8] Per il periodo tardoantico S. PULIATTI, *Accertamento della veritas rei e principio dispositivo nel processo postclassico-giustinianeo*, in S. PULIATTI, U. AGNATI (a cura di), *Princìpi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C.* (Parma 2010); poi S. PULIATTI, *Alla ricerca della verità. La discrezionalità del giudice tra retorica e diritto*, in *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica* (Bari 2010) 43-84. Per il processo penale A. BELLODI ANSALONI, *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta* (Bologna 2011).

I giuristi romani consideravano generalmente le circostanze di fatto come accertate; solo pochi si occupavano della ricerca della verità da parte del giudice nel corso del processo. Qui viene alla luce la tipica ripartizione romana tra il lavoro dei giureconsulti e quello dei giudici attivi nella prassi. Questa bipartizione aveva, certo, un importante effetto razionalizzante; ma per le parti processuali la questione concreta sullo stato dei fatti è non meno importante che quella giuridica. L'ingiustizia viene percepita dalla parte soccombente (o, in un processo penale, dall'accusato) con uguale intensità, a prescindere dalla questione se il tribunale abbia misconosciuto la questione giuridica o non abbia chiarito sufficientemente i fatti. L'individuazione della fattispecie è addirittura spesso il compito più difficile, come suggerisce l'antica esperienza, secondo cui «auf ein Gramm Rechtliches kommt ein Zentner Tatsächliches» (ad un grammo di diritto corrisponde un quintale di fatto). Le norme da applicare sono perlopiù chiare. È, tuttavia, nella ricerca dei fatti che l'ordinamento giuridico deve affermarsi nella pratica.

1.3. — I giuristi romani concentrano insomma il loro campo di attività, con sorprendente genialità, nella costruzione ed organizzazione sistematica del proprio ordinamento giuridico. I casi da loro discussi (e spesso variegati) sono descritti alla luce dell'onnisciente osservatore. Sintomatica di ciò è la leggerezza con cui le fonti ammettono una *iniuria iudicis*. Poiché con la formazione della cosa giudicata una sentenza è diventata inoppugnabile. Come si può sapere allora se era giusta o sbagliata? La questione non può più porsi[9]: porla comunque condurrebbe ad un'aporia. Anche i casi derivanti dalla prassi ed effettivamente verificatisi raramente vertono su circostanze controverse. Al contrario, i giuristi trattano spesso casi di scuola, ipotetici esempi didattici. Caratteristico è l'*incipit* con '*finge*',

[9] In proposito, giustamente, D. LIEBS nella sua recensione di K. HACKL, *Praeiudicium*, in *ZSS.* 94 (1977) 462 ss., 468 s. Si v., più ampiamente, *infra* § 10.4 e nt. 67 s.

'immaginati': nei *Digesta* (e solo lì) si ritrova venti volte, a cui si aggiungono altre dieci con il *pluralis sociativus* '*fingamus*', 'immaginiamoci'. Nessun interprete si interrogherebbe sulla verità di tali casi inventati, escogitati; nei limiti in cui sono realistici, discuterne sarebbe tutt'al più questione di probabilità. È su tali fattispecie fisse e, al contempo, inventate, che si esercita il pensiero giuridico anche nelle nostre Facoltà di Giurisprudenza in Germania (e non solo da noi) fino alla laurea. Casi con circostanze di fatto controverse tra le parti, o una teoria delle prove, non si studiano all'università, a differenza del 'Law of Evidence', che in Inghilterra e negli Stati Uniti ha un posto importante già all'inizio dello studio universitario. La strategia dell'argomentare e del provare avanti al giudice era nell'antichità notoriamente compito dei retori. Lascio tuttavia da parte i loro scritti. Solo eccezionalmente un *iuris consultus* fungeva da giudice di una lite.

1.4. — Per ordinare i singoli passi dei *Digesta* in base alle fasi evolutive delle antiche procedure, quali l'antico processo per *legis actiones*, il classico processo formulare e la tarda o postclassica cognizione straordinaria, non ci sono criteri sufficientemente attendibili. Perciò la presente ricerca non seguirà questo schema. Talvolta negli studi precedenti si è anche esagerato nel ricercare le differenze nello sviluppo delle antiche procedure. Per l'onere della prova l'ho potuto dimostrare contro Ernst Levy[10], per i supposti effetti costitutivi della sentenza nei confronti dei terzi contro Matteo Marrone[11], per il presunto originario dominio 'relativo' contro Max Kaser[12]. Troppo oltre vanno, a mio parere, le deduzioni di questi benemeriti

[10] A. WACKE, *Zur Beweislast im klassischen Zivilprozeß. Giovanni Pugliese versus Ernst Levy*, in *ZSS.* 109 (1992) 411 ss. [= versione breve in italiano *L'onere della prova nella procedura civile romana. Secondo l'interpretazione di Giovanni Pugliese*, in *Incontro con Giovanni Pugliese* (Milano 1992) 1-14].

[11] A. WACKE, *Urteilswirkungen gegenüber Dritten? Zu Matteo Marrones Lehre von der efficacia pregiudiziale della sentenza*, in *OIR.* 9 (2004) 197 ss.

[12] *Ibidem* 213 ss.

studiosi sulla portata e sulla successiva degenerazione del processo formulare classico. Il succedersi e susseguirsi delle antiche procedure e forme processuali dovrebbe piuttosto essere considerato come un *continuum* unitario. Lo scopo del processo civile, che è quello di addivenire alla pronuncia di una giusta sentenza in conformità alla situazione giuridica e fattuale, è stato, in ogni epoca storica, lo stesso. Una vistosa differenza è invece percepibile, a mio avviso e in relazione alla ricerca della verità, tra processo civile e processo penale.

Particolarmente proficuo per acquisire nuove conoscenze è, a tale riguardo, un confronto con la moderna scienza processualista. La scoperta della differenza tra Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime, fra principio dispositivo e principio inquisitorio, effettuata da Nicolaus Thaddäus Gönner nel suo, all'epoca importantissimo, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses* (in quattro tomi, 1801-1803; 2ª ed. 1804-1805) è una pietra miliare. Gönner distingueva tra verità formale e verità sostanziale. Questa distinzione fu una scoperta fondamentale.

Devo inoltre ringraziare Felix Wubbe per l'importante impulso metodologico, laddove distingue tra la prospettiva divina dell'onnisciente *angelus intellectualis* da un lato e le limitate possibilità di conoscenza dei giudici operanti nella prassi dall'altro, i quali, in quanto uomini, si possono avvicinare solo gradatamente alla verità passando da un processo all'altro[13]. Le limitate possibilità umane di conoscenza derivano dal principio di dualità delle parti e dal principio del contraddittorio.

2. *Principio della dualità delle parti e principio del contraddittorio.*

2.1. — Sulla base del principio della dualità delle parti, attore e convenuto devono essere due diversi soggetti giuridici;

[13] Wubbe in diversi studi, soprattutto nel saggio *Ungewißheit und Unbehagen in Eigentumsfragen* (del 1977), ristampato in F. WUBBE, *Ius vigilantibus scriptum* (Fribourg 2003) 79 ss., in proposito *infra* (nel testo) e nt. 66 ss.

un processo contro sé stessi non è ammissibile[14]. A causa della sottoposizione di schiavi e di figli al potere del *pater familias*, il divieto di processo contro sé stesso a Roma aveva una portata maggiore che ai nostri giorni. Non erano ammesse, infatti, neanche le azioni contro un sottoposto e viceversa. Obbligazioni naturali all'interno di un rapporto di sottoposizione giuridica giungevano alla cognizione del giudice solo nei limiti in cui comportavano effetti al di fuori, come per esempio sulle garanzie quali fideiussione o pegno. Solo eccezionalmente schiavi trattati in maniera disumana e crudele ottennero il diritto di opporsi e agire contro i loro padroni[15].

Una conseguenza del principio della dualità delle parti è che il processo civile si adatta solo limitatamente al perseguimento di interessi sovraindividuali[16]. Per esempio, non serve affatto per la tutela dell'ambiente: una *actio negatoria* contro immissioni fallisce, laddove entrambi i fondi appartengano allo stesso proprietario[17]. Un avvocato dello stato che rappresenti gli interessi pubblici non c'era nel processo civile romano. Addirittura nel processo penale il ruolo dell'accusa era svolto da un privato. La possibilità di riunire più cause aventi contenuto

[14] Un caso speciale è discusso da Paolo D. 3.5.18.3, dove il giurista escogita una via d'uscita: nel caso che un *procurator* si accorga successivamente di aver comprato in buona fede per sé stesso una cosa appartenente all'assente *dominus negotii*, è tenuto a nominare un rappresentante per l'assente, che rivendichi la cosa a lui acquirente, ai fini di interrompere la *usucapio* e riscattare a suo vantaggio la responsabilità per evizione. Vedi A. WACKE, *Paulus D. 3,5,18,3: Zur bona fides bei Ersitzung, Geschäftsführung und Eviktionsregreß*, in *De iustitia et iure. Festgabe U. v. Lübtow zum 80. Geburtstag* (Berlin 1980) 269 ss.

[15] R. GAMAUF, *Ad statuam licet confugere: Untersuchungen zum Asylrecht im römischen Prinzipat* (Frankfurt a.M. 1999); A. WACKE, *D. 41,1,54,2: Ursprung der eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung*, in *Festschrift P. Blaho* (Bratislava 2009) 495 ss., 512.

[16] Cfr. (per il diritto moderno) K. THIERE, *Der Schutz überindividueller Interessen im Zivilprozess* (Bielefeld 1980).

[17] Sul diritto moderno D. MEDICUS, *Zivilrecht und Umweltschutz*, in *Juristenzeitung* 41 (1986) 778 ss.; in una prospettiva storico-giuridica A. WACKE, *Umweltschutz im römischen Recht?*, in *OIR.* 7 (2002) 101 ss., 109, 199 ss. [= versione breve in inglese *Protection of Environment in Roman Law?*, in *Roman Legal Tradition* 1 (2002) 1-14 (anche su internet)].

simile davanti allo stesso giudice, che, come sappiamo, è prevista negli Stati Uniti d'America tramite le 'class-actions', non esisteva a Roma. Nelle azioni popolari si sceglieva, tra diversi pretendenti, il soggetto più idoneo a stare in giudizio come attore, il quale infatti nel corso del processo fondamentalmente stava per sé stesso. Vedremo ancora con quali mezzi complementari si compensava la mancanza di un rappresentante degli interessi collettivi nel processo romano (per la *retractatio* di una sentenza relativa all'ingenuità vedi oltre § 10).

2.2. — Colonna portante di tutti i tipi di processo è il diritto al contraddittorio (richterliches Gehör, *audiatur et altera pars*). Dal principio del contraddittorio discende in primo luogo che una sentenza non può avere effetti nei confronti di un soggetto che non era parte nel processo. *Res inter alios iudicata aliis non praeiudicat* (cfr. *supra* nt. 1). Tale principio non fu sempre seriamente rispettato nella nostra scienza romanistica[18]. In secondo luogo, un giudice può decidere a svantaggio di una parte soltanto dopo aver consentito alla stessa di pronunciarsi. È sufficiente, a tale riguardo, che alla parte in questione sia offerta la possibilità di esporre le proprie ragioni. Avvalersi o meno di tale possibilità è questione rimessa esclusivamente alla volontà della parte: non si può essere obbligati a replicare, bensì è sufficiente averne la possibilità. La replica è, infatti, un tipico onere (Last) processuale: eventuali pregiudizi che derivano dalla propria reticenza sono da imputare alla parte stessa. Il dialogo tra le parti non è solo un mezzo di prova per ricercare la verità; la garanzia del contraddittorio ha un valore in sé, come principio fondamentale in uno Stato di diritto. Già Seneca lo riconobbe: «chi ha deciso qualcosa senza aver ascoltato la controparte,

[18] Se si fosse tenuto il principio del contraddittorio in seria considerazione, non si sarebbe mai potuta formare la diffusa opinione secondo cui la *in iure cessio* avrebbe procurato all'acquirente un diritto di proprietà inattaccabile, privando di tale diritto il reale terzo proprietario, il titolare di un diritto di servitù o il creditore pignoratizio; in senso contrario, v. *infra* § 11.

non ha agito correttamente, anche se abbia deciso il giusto». *Qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit*[19]. Anche se una sentenza raggiunge il risultato corretto, il modo con cui è stato raggiunto non è equo. Un 'due process' richiede che il giudice non rifiuti di assumere una prova con la motivazione che si sia già dimostrato il contrario. L'opposta regola medioevale *Manifesta non indigent probatione*[20], formatasi a seguito del *Decretum Gratiani*, portò ad un indebito accorciamento delle garanzie dell'imputato. Nei confronti di questa, Sebastian Vantius nel 1552 riconosceva al contraddittorio un ruolo superiore[21]: comando universale di diritto divino da rispettare senza eccezioni, persino qualora Satana stesso come personificazione del male dovesse comparire davanti al giudice. A rafforzare questo principio si rinviava alla domanda posta da Dio ad Adamo dopo il peccato e prima della cacciata dal Paradiso: nonostante la contravvenzione al divieto divino da parte di Adamo fosse evidente all'onnisciente Padre celeste, questi lo invitò a presentare le ragioni e gli diede possibilità di difendersi. L'avvenimento biblico costituiva, per la convinzione medioevale, il primo processo penale nella storia dell'umanità. Conformemente al modello, allora vigente, di processo inquisitorio, qui Dio compare contemporaneamente nella veste di accusatore e di giudice. Da qui passo alla 'verità celeste'.

3. *La* veritas coelestis *e l'occhio divino*.

3.1. — Numerosi passi biblici testimoniano la onniscienza di Dio[22]. Dio vede anche cose nascoste all'occhio umano. Dio

[19] *Medea* v. 199 s. Sulla stesura della Medea di Euripide da parte di Lucio Anneo Seneca, fil. (4 a.C. - 65 d.C.), si v. A. WACKE, *Audiatur et altera pars*, in *Ars boni et aequi. Festschrift W. Waldstein* (Stuttgart 1993) 369 ss., 375.

[20] Così Accursius; cfr. D. LIEBS, *Römische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*[7] (München 2007) nr. M 24.

[21] Cfr. A. WACKE, s.v. «*Audiatur et altera pars*», in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*[2] [*HRG.*], 2. Lief. (Berlin 2005) 327, 329.

[22] H. SCHÄFER, *Biblischer Zitatenschatz* (Stuttgart 1994-2004) 25 s.

vede il cuore degli uomini, ne coglie i più nascosti pensieri, desideri e ambizioni. Per Lui sono manifesti, non ha bisogno di alcuna prova. Dio può anche vedere ciò che accadrà in futuro; Gesù Cristo sapeva in anticipo che la sua morte, ormai prossima, sarebbe stata sulla croce (Giovanni 18.4). Anche secondo il diritto processuale tedesco il giuramento di un testimone è fatto davanti a «Dio onnipotente ed onnisciente» (§ 481 ZPO, § 64 StPO). Il (facoltativo) rafforzamento religioso successivo al giuramento recita: «so wahr mir Gott helfe», forma breve per «so wahr es ist, dass Gott mir helfen wird» (è così vero che Dio verrà in mio soccorso)[23].

Nella conca absidale di molte chiese medioevali i fedeli sono osservati dall'«occhio divino»[24]. Si trovano paralleli in altre religioni monoteiste, e come *iustitiae oculus* già in Ammiano Marcellino[25]. All'epoca della Secolarizzazione e dell'Illuminismo questo si tramutò nell'«occhio della legge». Come simbolo programmatico della Rivoluzione francese vegliava sul rispetto dell'uguaglianza davanti alla legge. Nell'ormai proverbiale *Lied von der Glocke* (1799) di Friedrich von Schiller l'«occhio della legge» veglia, in veste di guardiano notturno, sul tranquillo sonno del cittadino. Nei sistemi totalitari prese però forme minacciose («*Big Brother is watching you*»: G. Orwell, *«1984»*, del 1949).

Dopo l'Ascensione, Cristo «siede alla destra del Padre, a giudicare i vivi e i morti». Visive raffigurazioni del Giudizio universale si trovano non solo in chiese e cattedrali, ma, a partire dal XV secolo, anche in sale di consiglio o di tribunale. Il tribunale celeste di Dio onnisciente veglia, infatti, sulla giustizia del tribunale terreno[26].

[23] J. GRIMM, W. GRIMM, *Deutsches Wörterbuch* XXVII (Leipzig 1922) 700 s.

[24] M. STOLLEIS, *Das Auge des Gesetzes. Geschichte einer Metapher*[2] (München 2004); ID., s.v. «*Auge des Gesetzes*», in *HRG.*[2] cit. 355 s.

[25] *Rerum gestarum* 28.6.25 e 29.2.20; STOLLEIS, *Geschichte* cit. (nt. 24) 24, 79 nt. 34.

[26] A. WACKE, *Rechtsprechen im Angesicht des Jüngsten Gerichts, nach Gemälden und Inschriften in Ratsstuben und Gerichtssälen*, in L. CARLEN (a cura di), *Forschungen zur Rechtsarchäologie und rechtlichen Volkskunde* XXIV (Zürich 2007)

3.2. — Nel romanzo allegorico sulla giustizia di Philippe de Mézières intitolato *Il sogno del vecchio pellegrino* (*Le songe du vieil pélerin*, 1389) un pellegrino di nome Desiderio Ardente (Ardent Désir) si mette alla ricerca delle Regine Charité, Sapience e Vérité. Esse devono tornare sulla terra per migliorare il mondo. Le Regine intraprendono (insieme al pellegrino) un lungo viaggio, nel corso del quale si convincono del pietoso stato delle cose umane in tutti i territori e in ogni ceto sociale. Alla fine Vérité insieme con Charité e Sapience presiedono una seduta del Parlamento parigino, nel corso della quale Vérité critica i rapporti nello stato, nella società, nella chiesa e nella giustizia, e insegna al Re quali miglioramenti apportare. Nell'epilogo c'è però disillusione: il vecchio pellegrino deve accorgersi che era solo un sogno, e che i disordini politici continuavano ad esistere[27]. Vérité è dunque solo un sogno, un'illusione?

3.3. — La verità non appartiene (diversamente dalla giustizia) alle Virtù. La verità è qualcosa di obiettivo, dato. Una virtù invece, in quanto qualità umana, è la sincerità, veracità (Wahrhaftigkeit). In molte lingue esiste il proverbio: «Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht, und wenn er auch die Wahrheit spricht». Al bugiardo non si crede nemmeno quando dice il vero. «*Mendaci homini ne verum quidem dicenti credere solemus*»[28]. «Un menteur n'est point écouté, même en disant la vérité». «A liar is not believed, even if he speaks the truth». Pensate anche alla favola: «Gridare al lupo al lupo».

43 ss. [= trad. spagnola *Iudicabit iudices iudex generalis*: *Juzgar de cara al Juicio Final según pinturas e inscripciones en las salas de los Tribunales*, in P. CARVAJAL (ed.), *Estudios en homaje al profesor F. Samper Polo* (Santiago de Chile 2007) 607-614]; G. KOCHER, s.v. «*Gerechtigkeits- und Gerichtsbilder*», in *HRG.*[2], 9. Lief. (Berlin 2009) 127 ss., con ampie indicazioni bibliografiche, in particolare W. SCHILD, *Gott als Richter*, in W. PLEISTER, W. SCHILD (a cura di), *Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst* (Köln 1988) 44-85.

[27] SCHILD, *Gerechtigkeitsbilder* cit. (nt. 26) 86 ss., 124 s. con illustrazioni nr. 199 e nt. 74.

[28] Cic. *de divin.* 2.71.146; A. ARTHABER, *Dizionario comparato di proverbi in sette lingue* (rist. Milano 1986) nr. 186.

Nelle arti figurative la verità è raffigurata nuda[29]; e la 'nuda' o 'pura' verità è parimenti proverbiale. Come attributo, *Veritas* tiene nella mano uno specchio, o forse reca un lume. Lo specchio è un fedele riproduttore della verità. E la lampada porta la luce nel caos dell'oscurità. Arcadio Carisio (più giovane di Erennio Modestino: D. 50.4.18.26) definisce in un passo il testimone come *lux veritatis* (D. 22.5.21.3). Di «luce della verità» parla anche Cicerone, *acad*. 2.31: *Nihil est veritatis luce dulcius*, nulla è più dolce del lume della verità. *Ordines judiciarii* medioevali paragonavano i testimoni addirittura alle trombe della verità, *tuba veritatis*; da qui si deduce che le loro affermazioni potevano essere utilizzate anche a svantaggio della parte che li aveva presentati[30].

4. *La domanda di Pilato e le risposte dei filosofi.*

4.1. — La domanda scettica[31] *Quid est veritas?* viene posta, come è saputo, dal prefetto Ponzio Pilato nel corso del più fatidico processo della storia dell'umanità. Pilato non si aspettava una risposta; perché senza attendere una replica da parte dell'imputato Gesù, prosegue la breve udienza (Giovanni 18.38).

[29] In particolare nella celebre scultura in marmo del Bernini, *La verità svelata dal tempo* (1646-1652); in proposito E.B. HERRBACH, *Berninis Verità: Die schönste Tugend der Welt oder Versuch, sich einer Berniniskulptur zu nähern* (Diss. Würzburg 1987). Ampiamente A. WACKE, *Die nackte Wahrheit in der Kunstgeschichte*, in G. KOCHER, H. LÜCK, C. SCHOTT (a cura di), *Signa Iuris. Beiträge zur Rechtsikonographie* in preparazione.

[30] W. LITEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudiciarii* II (Kraków 1999) 404. Un glossatore del XII secolo, rifacendosi a Diocleziano C. 4.20.5, definì il testimone come *veritatis adiutor*; in proposito, ampiamente Y. MAUSEN, *Veritatis adiutor: La procédure du témoignage dans le droit savant (XIIe-XIVe siècles)* (Milano 2006) 20 ss., con numerose ulteriori indicazioni sulla *vérité* nell'indice analitico.

[31] L. BOVE, *«Chi volete che vi liberi, Barabba o Gesù?» (Matth. 27,17): il privilegium paschale*, in F. AMARELLI, F. LUCREZI (a cura di), *Il processo contro Gesù* (Napoli 1999) 208; cfr. H.G. KNOTHE, *Der Prozess Jesu, rechtshistorisch betrachtet*, in *OIR*. 10 (2005) 67 ss., 92. Per la brevità dell'udienza all'alba del 7 aprile: D. LIEBS, *Vor den Richtern Roms. Berühmte Prozesse der Antike* (2007) 98 ss.

(Osservazione a margine: anche oggi – nonostante il principio del contraddittorio – un imputato di crimini politici non avrebbe diritto ad una completa esposizione delle sue convinzioni). La domanda posta da Pilato con tono rassegnato era insomma retorica.

«*Was ist Wahrheit?*» [Che cos'è verità?] recita la traduzione di Lutero. Una risposta per noi sarebbe più facile se fosse posta più concretamente: «*Was ist die Wahrheit?*» [Qual è la verità?]. Con l'articolo determinativo, la questione si riferirebbe alla verità di qualcosa, di una affermazione, un racconto, una storia. Richiesto sarebbe dunque, se i fatti narrati corrispondessero alla realtà, agli effettivi avvenimenti. È così che, con riferimento a concrete fattispecie o circostanze, il giudice formula le domande alle parti e ai testimoni.

Ora: Pilato ha formulato la domanda a Gesù in astratto o in concreto? «τί ἐστιν ἀλήθεια;» recita la domanda nella versione greca: senza articolo, che il greco, a differenza del latino, conosce. Per questo, giustamente, secondo Lutero, la domanda riguardava la verità in generale.

Con l'affermazione accolta scetticamente da Pilato «per questo io sono nato [...] per rendere testimonianza alla verità» (Giovanni 18.37) Gesù intendeva presumibilmente «io annuncio la vera fede e la vera dottrina»[32]. La questione della religione giusta non è però suscettibile di essere posta davanti ad un tribunale. Anche se si convocasse una conferenza dei principali rappresentanti delle religioni di tutto il mondo, non andrebbe diversamente da quanto accade nella parabola *Nathan il Saggio* sui tre anelli (1779) di Gotthold Ephraim Lessing (1729-1781). La discussione tenuta nel 1529 a Marburg dal Langravio Filippo di Assia tra M. Lutero, F. Melantone e (tra gli altri) U. Zwingli portò solo in parte ad un accordo e non poté evitare lo scisma tra i protestanti. All'interno della Chiesa cattolica il Papa o un Concilio può decidere su argomenti di fede. Però ai

[32] A. BELLODI ANSALONI, *Riflessioni sulla condotta processuale di Gesù davanti a Pilato*, in *Studi per Giovanni Nicosia* I (Milano 2007) 443-492 con ampia lett.

tempi del principato a Roma non c'era nessuna istanza competente per risolvere questioni dogmatiche tra giuristi. Quando la valutazione di un caso dipendeva da uno dei numerosi punti oggetto di controversia tra Sabiniani e Proculiani, il giudice non era da invidiare: quale opinione avrebbe dovuto seguire? Oggi le questioni dubbie sull'interpretazione delle norme sono di competenza del massimo tribunale. Tuttavia, l'astratto riordinamento di controversie giuridiche anche oggi non è compito del tribunale. Nella Roma repubblicana ed imperiale mancava una istanza competente per tali decisioni. Quando nelle fonti si dice che una opinione ha prevalso (*obtinuit*), questo significa che nella discussione tra esperti ha ottenuto la maggioranza. Questo processo di formazione di un convincimento tra i giuristi era spesso lungo, a volte durava generazioni, come ha mostrato convincentemente Tomasz Giaro[33].

4.2. — La filosofia occidentale si è continuamente sforzata di rispondere alla domanda sulla verità. I trattati in merito sono una legione. Una selezione bibliografica del 1987 raccoglieva già quasi trecento titoli[34]. Per mancanza di una precisa competenza di storia della filosofia tratterò solamente alcuni aspetti.

Punto di partenza nella storia delle idee è la corrispondenza, supposta da Platone ed Aristotele, tra pensiero, parole e stato delle cose. Tommaso d'Aquino coniò la classica formula: *Veritas est adaequatio intellectus et rei.* Questa 'teoria della corrispondenza', sostenuta ancora da Carlo Marx, considera l'oggetto della conoscenza (l'essente) come prestabilito e definito. Il contenuto di verità di un'affermazione viene qui misurato sulla sua adeguata corrispondenza alla realtà oggettiva (di qui la teo-

[33] GIARO, *Römische Rechtswahrheiten* cit. (nt. 5) 212, 215 ss. Con la parola *obtinuit* si designa peraltro anche la vittoria in giudizio o di un mezzo di impugnazione nel caso concreto, si v. H. HEUMANN, E. SECKEL, s.v. «*obtinere*», in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*[9] (Jena 1914) 384.

[34] Questo con riferimento al solo periodo dal 1970-1985: J. SEIBT, *Bibliographie*, in L.B. PUNTEL (ed.), *Der Wahrheitsbegriff. Neue Erklärungsversuche* (Darmstadt 1987) 369-385.

ria viene chiamata 'teoria della riflessione' o anche 'della raffigurazione': *Widerspiegelungs- oder Abbild-Theorie*). In questa teoria non si prende in considerazione la posizione soggettiva del parlante e dell'ascoltatore.

5. *L'individuazione attraverso le allegazioni fornite da entrambe le parti.*

5.1. — Nel processo civile, invece, si verte sull'individuazione e sulla valutazione giuridica di un evento storico; e le circostanze di fatto si ricavano dal dialogo tra le parti. Dalle affermazioni dell'attore e dalle repliche del convenuto si ricavano i fatti rilevanti, in particolare (come ancora vedremo) dal modo in cui il convenuto si costituisce in giudizio. Al dialogo appartiene anche, se una parte accetti tacitamente le affermazioni della controparte senza obiettare. La definizione di verità che qui a noi interessa è dunque storico-empirica; al contempo è pragmatico-dialogica. I differenti concetti di verità della filosofia scorrono dunque per il giudice insieme. Sul contenuto della verità di un testimone, invece, va bene la menzionata teoria della corrispondenza o della raffigurazione.

Ma il tribunale deve decidere, anche se non è capace di individuare la verità di un'affermazione di contenuto rilevante. Come bisogna giudicare in questi casi, viene stabilito dalle norme sull'onere della prova; e quelle si ricavano dalla logica del diritto sostanziale da applicare. Quindi un processo, il civile in particolare, non rimane mai 'senza risultati'. Qualora non risulti possibile dimostrare quanto affermato dall'attore, l'azione è da respingere, si formerà il giudicato affinché la controversia possa ben placarsi sul risultato ottenuto, e normalmente non si potrà riproporre una seconda volta la stessa causa.

5.2. — Diversamente da Dio onnisciente o da un profeta, il giudice non può neanche prevedere il futuro. Né può aspettare

che si verifichino eventi futuri e per di più incerti. Per il principio della rapidità processuale, la sentenza deve essere emessa in tempi brevi (*bis dat qui cito dat*); aggiornare o rimandare il processo deve permettersi solo in casi eccezionali. Nei non rari casi di tali eventi futuri, i giuristi romani ricorrevano alle *cautiones*. Se ad esempio un custode rispondeva per il furto di una cosa nei confronti del proprietario, poteva porre come condizione, prima della condanna, la restituzione del corrispettivo pagato nel caso che l'attore dovesse riottenere la cosa rubata[35].

6. *Riconoscimenti contrari alla verità nella* iurisdictio voluntaria.

6.1. — Una posizione intermedia tra giudizio su fatti passati e fatti futuri assumono i procedimenti che qui ci interessano, nei quali entrambe le parti in accordo desiderano con la pronuncia della sentenza una modifica della situazione giuridica. Si tratta in primo luogo delle sentenze costitutive (Gestaltungsurteile, oggi per esempio il divorzio); nel processo romano le azioni divisorie (con la nomina di arbitri per la ripartizione): le azioni di regolamento di confini (*actio finium regundorum*) e di distribuzione dell'eredità (*actio familiae erciscundae*). In secondo luogo c'è – ai nostri fini più importante – la *in iure cessio* e la *manumissio vindicta*. Queste ultime erano accomunate già dai giuristi tardoclassici alla meno formale *iurisdictio voluntaria*[36]; questo settore della giurisdizione aveva regole particolari e si chiama ancor oggi in molti Paesi, secondo il modello romano, giurisdizione volontaria oppure *Freiwillige Gerichtsbarkeit*. Molti dei punti che questa ha in comune con la giurisdizione contenziosa e che per i Romani erano ancora facilmente percepibili, non vengono spesso colti dall'osservatore contemporaneo. Eppure *in iure cessio* e *manu-*

[35] Cfr. s.v. «*cautiones iudiciales*», nell'indice analitico di J. WACKE, *Actiones suas praestare debet*: *Die Last zur Klagenabtretung an den Ersatzpflichtigen* (Berlin 2010).

[36] A. WACKE, *Zur iurisdictio voluntaria*, in *ZSS*. 106 (1989) 180 ss.

missio vindicta sono i prototipi del processo di riconoscimento, in cui l'alienante o il manomettente (che assumano il ruolo del convenuto) acconsentono incondizionatamente alle affermazioni dell'attore o dell'*adsertor*, di essere il vero legittimato ovvero che il preteso schiavo sia un uomo libero. A causa di questo espresso o tacito assenso del convenuto, il magistrato in conformità al principio *confessus pro iudicato est* concede all'attore la proprietà sulla cosa o dichiara lo *status* di libero a vantaggio dello schiavo.

6.2. — La *in iure cessio* (sulla quale dapprima ci concentreremo) viene caratterizzata spesso come 'processo simulato'. La rivendica dell'attore contiene incontestabilmente un'affermazione falsa: l'attore pretende di essere proprietario già prima dell'inizio del processo, e richiede semplicemente la conferma del suo diritto e la restituzione della cosa. Il vero proprietario era invece (e lo rimane fino alla sentenza) il convenuto. Poiché però il convenuto non obietta all'affermazione dell'attore, anzi acconsente, con la sentenza si trasferisce la proprietà, e da quel momento in poi si produce una nuova situazione giuridica conforme alla pretesa dell'attore. Il fatto che entrambe le parti si accordino per dire al pretore che l'attore sia già proprietario fin dall'inizio, nonostante lo debba ancora diventare, si potrebbe chiamare simulazione[37]. L'intera procedura non è però un processo simulato, perché il risultato è quello voluto. Caratteristica di un negozio simulato è invece che di comune accordo non si produca ciò che viene dichiarato dalle parti (§ 117 BGB). Né si può parlare di collusione, dato che nessuno ne è danneggiato (collusione ci sarebbe se un terzo non legittimato assumesse il ruolo del convenuto, per rendere più difficile al proprietario la difesa del suo diritto; di questo ci occuperemo

[37] Una dottrina precedentemente diffusa, da Savigny e Jhering, qualificava la *in iure cessio* come rivendicazione apparente. Di parere contrario Demelius, Wlassak, Rabel; tutti riportati in TH. MAYER-MALY, *Collusio im Zivilprozeß*, in *ZSS*. 71 (1954) 244 s.

infra al § 11). La confessione del convenuto non contravviene neppure al suo obbligo di dire la verità, poiché sono proibite soltanto affermazioni a scapito della controparte. L'affermazione dell'attore intenzionato all'acquisto non viola peraltro alcun diritto del convenuto disposto a rinunciare (*volenti non fit iniuria*). I diritti di godimento e gli oneri sono trasferiti certamente solo al momento dell'acquisto della proprietà.

7. *La verità formale in base al principio dispositivo.*

7.1. — Come il *procere* legale nella *in iure cessio* (e nella su di lei modellata *manumissio vindicta*) insegna, la ricerca della verità delle circostanze di fatto non era l'unico scopo del processo civile. Il suo compito era anche la realizzazione di nuovo diritto, la modifica della situazione giuridica[38]. Anche i popoli germanici non influenzati dal diritto romano conoscevano paralleli nella configurazione della cessione giudiziale[39].

La cessione giudiziale è un buon esempio per il principio dispositivo o per la 'verità formale' nel processo civile. Laddove il convenuto confermi la correttezza delle affermazioni dell'attore, l'accordo delle parti costituisce la 'verità' (formale) per il giudice, al quale non resta che accettarla senza poter indagarla o dubitarne. Pretore e giudice sono vincolati al riconoscimento di una pretesa o di una circostanza di fatto. La definizione di verità dei giuristi è in questo senso molto più facile che i diversi concetti esposti dai filosofi.

Seneca considerava la verità come indivisibile: *Veritas in omnem partem sui eadem est* (*epist*. 79.18: La verità in ogni sua parte è identica). Tuttavia, per il giudice civile non è così: cosa egli debba ritenere vero dipende dal modo in cui il convenuto si costituisce in giudizio. Se in caso di un incidente stradale il

[38] Così, correttamente, H. HATTENHAUER, nel capitolo 'Wahrheit in archaischen Rechtskulturen' del suo importante manuale *Europäische Rechtsgeschichte*[4] (Karlsruhe 2004) 68 ss.

[39] W. OGRIS, s.v. «*Auflassung*», in *HRG*.[2], 2. Lief. (Berlin 2005) 339 ss.

convenuto confessasse: «il semaforo per me indicava rosso», non v'è bisogno di prova (§ 288 ZPO). Solo in caso di affermazioni contrastanti (verde per entrambe le parti, nel caso) il giudice è tenuto a verificare da quale parte stia la verità. La verità sta dunque a disposizione delle parti. Bisogna però precisare, fino a che punto si estenda questo potere delle parti di disporne.

7.2. — La differenza tra verità formale e verità materiale fu scoperta dal già citato giurista bavarese Nicolaus Thaddäus Gönner (1764-1827; un poco più anziano di Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861) nel suo *Manuale del Processo civile comune* del 1804[40]. Lo stimolo venne a Gönner da un confronto con il processo civile prussiano. Diversamente dalla procedura civile nel diritto romano comune a quel tempo in vigore, il processo civile prussiano è stato dominato per un certo periodo dal principio inquisitorio. Persino la libera avvocatura era stata abrogata da Federico il Grande[41]. Eppure, bene osservava Gönner, la ricerca *ex officio* della verità dei fatti oggetto di controversia mal si adatta al processo civile. L'attore infatti può scegliere se e quando e in che misura agire. Il convenuto può adempiere alla richiesta in via stragiudiziale o anche durante il processo, o fare concessioni[42]. Poiché fuori dal tribunale le parti sono padrone dei propri diritti, costituirebbe una stonatura toglier loro di mano durante il processo il controllo sui fatti. L'autonomia privata continua ad esercitarsi nel processo. Secondo la sorprendente ma corretta tesi di Gönner il

[40] *Supra* § 1.4. La scoperta di Gönner fu ottimamente descritta da F. BOMSDORF nella sua dissertazione *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß. Vom gemeinen Recht zur ZPO* (Berlin 1971), un libro che non dovrebbe mancare in una biblioteca di storia del diritto.

[41] CHR. GRAHL, *Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Großen* (Göttingen 1994).

[42] Un riconoscimento immediato è oggi frequente nella prassi nel caso di azioni premature; da decidere rimane in questi casi solo l'importo delle spese processuali, § 93 ZPO.

ritrovamento della verità è solo un obiettivo secondario del processo civile. Questa constatazione è in palese contrasto con un'affermazione della nostra Corte suprema civile (Bundesgerichtshof, BGH), secondo la quale la scoperta della verità sarebbe lo scopo primario e più importante della procedura (tale opinione è condivisibile solo se si considerano le affermazioni controverse e reciprocamente contrapposte delle parti). L'opposta scoperta di Gönner (200 anni fa) è caduta nell'oblio. Volendo però seguire la tesi di Gönner: quale sarebbe dunque lo scopo primario? Non sarebbe scorretta la risposta (benché alquanto pomposa): di attribuire a ciascuno il suo (*suum cuique tribuere*, Ulp. D. 1.1.10.1). Qui 'il suo' è da intendere con quello che la parte desidera e cui tende, insomma, la tutela giuridica richiesta.

8. *Il potere di disposizione delle parti.*

8.1. — Secondo una frase nel manuale di Kaser e Knütel[43] (§ 84 Rz. 6) l'ammissione di fatti (das Geständnis behaupteter Tatsachen) non sarebbe stata per il giudice romano «schlechthin verbindlich», cioè: non sarebbe stata assolutamente vincolante, a differenza della confessione (Anerkenntnis) della pretesa dell'attore. Tuttavia, tra ammissione di fatti e confessione del diritto il linguaggio giuridico romano non fa alcuna distinzione[44]. Fino a che punto pretore e giudice fossero vincolati alla confessione, dipende dal se il convenuto poteva disporre dei diritti o dei fatti affermati. La breve osservazione di Kaser e Knütel è corretta per la procedura penale e (come vedremo) per il processo relativo allo *status* delle persone; in questi l'interesse pubblico richiede la ricerca della verità materiale. Nei processi civili rappresenta tuttavia una eccezione. Nell'attuale processo canonico le prove non sono necessarie, qualora la confessione giudiziale concerna una faccenda privata e non tocchi l'inte-

[43] *Römisches Privatrecht*[19] (München 2008).
[44] KASER, HACKL, *op. cit.* (nt. 4) 366.

resse pubblico (can. 1536 § 1 CJCan.)[45]. Questa direttiva vale per ogni tipo di processo.

8.2. — Di primario interesse pubblico è il rispetto della competenza. La prima cosa che il giudice verifica, è se sia competente oppure no. Solo entro certi limiti le parti possono invocare un tribunale diverso rispetto a quello di competenza ('*Prorogation*', accordo sulla competenza)[46]. Solo entro questi limiti possono anche decidere di ricorrere ad un collegio arbitrale (cfr. § 1030 ZPO). Se, quando, e in che misura l'attore proceda in giudizio, è lasciato alla sua discrezione[47]. Senza attore non c'è giudice: *Nemo iudex sine actore*. Il tribunale non può neanche andare oltre le sue richieste. Il principio, per noi comune, *Ne eat iudex ultra petita partium* (in breve: *ne ultra petita*, § 308 ZPO) non si ritrova espresso così nelle fonti classiche[48] ('il *petitum*' come sostantivo a quanto pare non era ancora conosciuto dai Romani); ma ovviamente ne è alla base, come presupposto. Il rovescio della medaglia di questo principio *ne ultra petita* è costituito dal carattere vincolante di ammissione e confessione del convenuto. Il convenuto può riconoscere la pretesa dell'attore in tutto o in parte (§ 307 ZPO), e

[45] *Confessio iudicialis unius partis, si agatur de negotio aliquo privato et in causa non sit bonum publicum, ceteras relevat ab onere probandi.*

[46] KASER, HACKL, *op. cit.* (nt. 4) 246 s.

[47] *Invitus agere vel accusare nemo cogitur*: «Kernsatz der Dispositionsmaxime» secondo LIEBS, *Römische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*[7] cit. (nt. 20) nr. J 135 con richiamo a Diocleziano C. 3.7.1. Il riscontro per il convenuto: D. 50.17.156 pr. *Invitus nemo rem cogitur defendere*. Per quello che segue si v. specialmente G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile* (1ª ed. Napoli 1906; 4ª ed. inalterata Napoli 1928) § 47: *L'attività delle parti come limiti dei poteri del giudice*, con ampie indicazioni bibliografiche, anche sulla dottrina risalente in ambito processualista in lingua tedesca. Per Chiovenda si veda F. CIPRIANI, *Pietro de Francisci e la procedura civile*, in *Parti e giudici nel processo* (Napoli 2006) 576 ss. Per gli interventi e meriti, nell'ambito della scienza romanistica, del grande processualista napoletano G. CRIFÒ, *Giuseppe Chiovenda romanista*, in *Studi in onore di A. Metro* I (Milano 2009) 567 ss.

[48] Ma vedi pur sempre Giavoleno D. 10.3.18: *ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest*; BOMSDORF, *op. cit.* (nt. 40) 38.

il giudice deve giudicare sulla base di questo. Né può condannarlo a meno, né può rigettare la domanda con la motivazione che non c'è prova di quanto richiesto.

8.3. — Durante il processo l'attore può anche ritirare la sua azione[49]. Per il processo civile romano è menzionato raramente; un esempio si ricava però da:

> D. 4.3.25 (Paul. 11 *ad ed.*): Cum a te pecuniam peterem eoque nomine iudicium acceptum est, falso mihi persuasisti, tamquam eam pecuniam servo meo aut procuratori solvisses, eoque modo consecutus es, ut consentiente me absolveris. Quaerentibus nobis, an in te doli iudicium dari debeat, placuit de dolo actionem non dari, quia alio modo mihi succurri potest: nam ex integro agere possum, et si obiciatur exceptio rei iudicatae, replicatione iure uti potero.
>
> [Dopo che ti avevo richiesto giudizialmente una somma di denaro e a tale titolo è stato accettato il giudizio, mi persuadesti falsamente di aver pagato la stessa somma ad un mio servo o procuratore ed in questo modo ottenesti, me consenziente, di essere assolto; posto a noi il quesito, se contro di te possa darsi l'azione di dolo, ci parve bene che non possa esser concessa l'azione di dolo, perché posso essere aiutato in altro modo: posso, infatti, agire di nuovo e, ove mi si opponga l'eccezione di cosa giudicata, potrò utilizzare con diritto la replica <per il dolo>].

Successivamente alla fissazione della lite, il convenuto dà ad intendere all'attore di aver pagato la somma richiesta al procuratore o allo schiavo da lui autorizzato; a conferma di ciò forse presenta una falsa ricevuta. L'attore lascia cadere l'azione[50] ed il

[49] Ritiro dell'azione o rinuncia. Un termine latino per indicare tale concetto è *destituere*, lasciar cadere l'azione, per es. D. 48.16.2: *Qui destiterit, agere amplius et accusare prohibetur*; v. anche D. 4.4.21.

[50] Questo rappresenta piuttosto una rinuncia all'azione (§ 306) che un ritiro della stessa (§ 269 ZPO). L'attore può peraltro proporre nuovamente un'azione pre-

convenuto viene assolto. Avendo l'attore preso distanza dalla sua richiesta, il giudice non era più tenuto a verificare se la somma oggetto della lite fosse stata effettivamente pagata; né doveva accertare la veridicità della ricevuta, una volta che l'attore l'aveva riconosciuta. Con il consenso al rigetto della domanda, l'attore ha disposto del suo diritto. Paolo scarta la possibilità di una *actio de dolo*, poiché è un rimedio solo sussidiario (diversamente Giuliano secondo Paolo D. 4.3.20.1). Invece l'attore può semplicemente riproporre l'azione respinta (senza formale ripristino della situazione precedente)[51] *ex integro*, e qualora il convenuto opponga l'eccezione di cosa giudicata, l'attore può rispondere con una *replicatio doli*. Nel secondo procedimento il convenuto può perfino disporre della cosa giudicata, poiché può tanto addurre l'eccezione quanto prenderne distanza. Oggi invece il giudice deve verificare d'ufficio il giudicato[52], perché una molteplice richiesta di tutela giudiziale, con la possibile conseguenza di decisioni divergenti, va contro l'interesse pubblico. In riferimento alla possibilità di disporre del giudicato, negli ultimi decenni la nostra convinzione è mutata.

9. *Processi relativi allo stato civile delle persone*.

9.1. — Sottratte alla disponibilità dei privati sono invece specialmente le questioni che investono lo stato civile delle persone. A tale proposito vorrei fornire due esempi:

cedentemente ritirata. Come risulta dalla addotta *exceptio rei iudicatae* si era in tal caso esplicata l'efficacia di giudicato.

[51] A. WACKE, *Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?*, in *ZSS*. 88 (1971) 105, 116 ss. *Ex integro* ha un significato equivalente a *denuo*, *iterum*, in questo caso significa semplicemente 'proporre una nuova azione'. Nello stesso senso le traduzioni di SPRUIT (1994), BEHRENDS, KNÜTEL, KUPISCH, SEILER (1995) e SCHIPANI (2005). Ulteriori indicazioni bibliografiche sulla questione controversa in WACKE, *Gedächtnisschrift Mayer-Maly* cit. (nt. *) 508 s., specialmente G. PAPA, *«Replicatio» e giudicato*, in *Labeo* 42 (1996) 439 ss.; ID., *Noterelle in tema di ingiustizia e nullità della sentenza*, in *Diritto e giustizia nel processo* (Napoli 2002) 42 ss.

[52] A. HOMFELDT, *Die Beachtung der Rechtskraft im Zivilprozess von Amts wegen* (Frankfurt a.M. 2001).

a) La falsa dichiarazione di una madre che il proprio figlio sia nato fuori dal matrimonio non impedisce che venga rivelata la sua nascita legittima:

> D. 22.3.29.1 (Scaev. 9 *digestorum*): Mulier gravida repudiata, filium enixa, absente marito ut spurium in actis professa est. Quaesitum est an is in potestate patris sit et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit nec obsit professio a matre irata facta. Respondit veritati locum superfore.
>
> [Una donna incinta dopo il divorzio partorì un figlio; in assenza del marito lo fece iscrivere nel registro delle nascite come nato fuori dal matrimonio. Le fu chiesto se il figlio fosse nato sotto la potestà del padre e se, con il consenso di quest'ultimo, possa adire l'eredità della madre (scil. *ex lege*) qualora costei fosse morta senza lasciare testamento: la questione era se l'iscrizione, effettuata dalla madre in collera, non fosse di ostacolo a tale acquisto. La sua risposta fu: si deve dare preferenza alla verità].

Per la rabbia e il risentimento nei confronti del marito, che l'aveva lasciata divorziando da lei, una madre fece iscrivere il proprio figlio neonato come nato fuori dal matrimonio; si presume che abbia dichiarato: «Padre sconosciuto». Tale iscrizione non pregiudica la reale paternità nei confronti del figlio. Una dichiarazione relativa allo stato civile effettuata in mala fede non costituisce una prova[53]. Se l'ex marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio, il figlio è soggetto, come legittimo, alla sua *patria potestas*.

b) Un altro esempio: la vera *origo*, il luogo della provenienza, non è pregiudicata da una falsa dichiarazione. Un uo-

[53] Similmente D. 1.5.8. *Professio a matre irata facta non facit fidem*: cosí LIEBS (*supra* nt. 20) nr. P 113. Per la prova della paternità E. QUINTANA ORIVE, *La prueba del estado civil en Derecho Romano*, in *RIDA*. 55 (2008) 373 ss.; anche A. DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, in *Diritto e giustizia nel processo* cit. (nt. 47) 93 ss., 127 ss.

mo non può adottare un'altra identità: il luogo di nascita, fondamentale per la sua identificazione, non può essere cambiato:

> D. 50.1.6 pr. (Ulp. 2 *op.*): Adsumptio originis, quae non est, veritatem naturae non peremit. Errore enim veritas originis non amittitur, nec mendacio dicentis se esse, unde non sit, deponitur. Neque recusando quis patriam, ex qua oriundus est, neque mentiendo de ea, quam non habet, veritatem mutare potest.
>
> [L'affermazione circa la provenienza (*origo*) da un determinato luogo, che non risponda alla realtà, non elide la verità naturale. A seguito di un errore, infatti, la provenienza (l'*origo*) naturale non va perduta; analogamente non si perde a causa della menzogna di chi affermi di provenire da un luogo di cui non è originario. Né rifiutando la patria da cui proviene, né mentendo in ordine a una provenienza che non possiede, può mutare la realtà].

L'apodittica affermazione ricorda lo stile costituzionale; è basata presumibilmente su un *responsum* (forse di Papiniano)[54] o su un *rescriptum*. In felice e ben ponderata formulazione si argomenta specularmente: né erroneamente, né intenzionalmente si può 'accantonare' (negare) il proprio luogo reale di origine o procurarsene uno nuovo. Il legame all'*origo* (chiamato anche *nativitas* o *patria*)[55] è una caratteristica inscindibile dalla personalità[56]. Non potendosi a tale riguardo fare alcuna confessione, la relativa indicazione non è vincolante, bensì eventualmente da verificarsi *ex officio*. Si può invece spostare il proprio domicilio in seguito all'effettivo trasferimento in altro luogo (ma non tramite la semplice indicazione del luogo), Paolo D. 50.1.20: *domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione ...*[57].

[54] Cfr. il *responsum* di Papiniano in D. 50.1.17.10.

[55] D. NÖRR, *Origo*, in *TRG*. 31 (1963) 533 [= in *Historiae iuris antiqui. Gesammelte Schriften* I (Goldbach 2003) 307* ss., 315* s.].

[56] Cosí DE RUGGIERO, LEVY, citato da B. SANTALUCIA, *I libri opinionum di Ulpiano* II (Milano 1971) 96 ss. con ulteriore lett.

[57] Cfr. O. LICANDRO, *Domicilium habere* (Torino 2004) 352 s.

9.2. — Un'eccezione è costituita dalla liberazione di uno schiavo. La *manumissio vindicta* è una derivazione della *in iure cessio*; in linea di principio non si differenzia dal trasferimento giudiziale della proprietà su uno schiavo. Nel trasferimento della proprietà il convenuto riconosce che lo schiavo è sempre appartenuto all'attore, nella *manumissio*, che è sempre stato libero. Entrambe le dichiarazioni non corrispondono alla verità, ma vincolano il giudice e non costituiscono collusione. Tuttavia, i requisiti di età previsti dalla *lex Aelia Sentia* per limitare la quantità delle manomissioni (20 anni per il padrone, 30 anni per lo schiavo: Gai 1.38 s.) devono essere controllati nel pubblico interesse; questi presupposti devono essere verificati dal pretore d'ufficio. Collusione si ha quando si cerca di aggirare il divieto per ottenere una *proclamatio in libertatem* ingannando il magistrato. Chi contribuisce a scoprire una tale collusione viene premiato da un *SC. Ninnianum* dell'età di Domiziano con la proprietà sullo schiavo (*infra* § 9.4)[58]. Per mezzo di una corretta *manumissio vindicta*, però, lo schiavo ottiene un miglioramento del suo *status* e ottiene addirittura la cittadinanza. L'ordinamento romano permetteva ai padroni (cosa che non si spiega affatto da sé) di disporre della possibilità di concedere ai propri schiavi la libertà e la cittadinanza.

9.3. — Nei processi sulla determinazione dello stato di nato libero, invece, si seguiva rigidamente il principio inquisitorio. In questo contesto emerge la *regula iuris* di Ulpiano D. 50.17.207: *Res iudicata pro veritate accipitur*. Il contesto originario si conosce da:

[58] D. 40.16.1 (Gai. 2 *ad ed. praet. urb. tit. de liber. causa*): *Ne quorundam dominorum erga servos nimia indulgentia inquinaret amplissimum ordinem eo, quod paterentur servos suos in ingenuitatem proclamare liberosque iudicari, senatus consultum factum est Domitiani temporibus, quo cautum est, ut, si quis probasset per collusionem quicquam factum, si iste homo servus sit, fieret eius servus qui detexisset collusionem*. MAYER-MALY, *Collusio* cit. (*supra* nt. 37) 264 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* II (Milano 1973) 499 ss.; per una panoramica sul tema W. LITEWSKI, *La retractatio de la sentence établissant l'ingenuitas*, in *RIDA*. 23 (1976) 153 ss.

> D. 1.5.25 (Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*): Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur.
>
> [Dobbiamo considerare 'ingenuo', quantunque sia stato liberto, anche colui rispetto al quale sia stata pronunciata una sentenza <sulla sua condizione di ingenuità>: la ragione è che la cosa giudicata si accetta *pro veritate*][59].

Conformemente alla *inscriptio* Ulpiano tratta del divieto di nozze ai sensi delle *leges Iulia de maritandis ordinibus* e *Papia Poppaea*[60]. Alla luce di questi due provvedimenti, i cittadini nati liberi non possono maritarsi con *feminae probrosae* (cortigiane, prostitute, oggi si direbbe 'escort'), e i *libertini* non possono sposare figlie di senatori. La sentenza che determina la ingenuità giudica, secondo Ulpiano, anche sulla validità del matrimonio realizzatosi nelle circostanze prima indicate. La decisione relativa allo *status* ha dunque una efficacia nei confronti dei terzi (*inter omnes*).

La frase conclusiva, nonostante sia introdotta da *quia*, non contiene però una motivazione; descrive solo il risultato con una semplice e pratica 'Faustformel' (regola approssimativa). È una *regula* puramente descrittiva, poiché come tale non stabilisce effetti giuridici. La mancanza dell'articolo nel latino lascia il dubbio se si debba tradurre 'la sentenza' o invece 'una sentenza'[61]. L'articolo indeterminativo contiene a mio parere una

[59] Così recita – correttamente dal punto di vista letterale – la traduzione italiana curata da SCHIPANI (2005). Il testo latino di partenza contiene tuttavia due imprecisioni: 1. Nella frase concessiva Ulpiano avrebbe dovuto dire: «nonostante fosse, *forse*, un liberto». 2. Errato è anche '*quia*' (tradotto letteralmente con 'la ragione è'). La frase conclusiva contiene una conseguenza, formulata in modo breve, ma non una motivazione; e rende necessaria una stretta limitazione alla sentenza di *status*. Ulpiano avrebbe dovuto dire, in modo meno ambiguo: «*Di conseguenza, tale* sentenza viene considerata, *in certo qual modo*, come verità».

[60] La prima legge del 18 a.C. e la seconda del 9 d.C. erano concepite dai giuristi classici come un tutto unitario: M. KASER, *Das römische Privatrecht* I[2] (München 1975) 318 ss.; R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia* (Padova 1995).

[61] Utilizzano l'articolo indeterminativo le traduzioni di SPRUIT (1994) e BEHRENDS, KNÜTEL, KUPISCH, SEILER (1995); utilizzano invece l'articolo determinativo (più correttamente) D'ORS (1968) e SCHIPANI (2005).

eccessiva generalizzazione, poiché 'una sentenza' suona pressoché come 'ogni sentenza'. L'esistenza di una regola di tale ampiezza non è però confermata da altre fonti. Nel processo civile ordinario vale piuttosto la regola contraria *Res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*: *supra* nt. 1.

«Per verità» viene dunque presa solamente (o soprattutto) una sentenza nei processi sullo *status*[62]. Lì si giustifica l'assunto con il fatto che in queste liti non patrimoniali vale il principio inquisitorio, il giudice insomma deve ricercare d'ufficio la verità sostanziale. Alla luce delle considerazioni svolte, posso adesso presentare un importante primo risultato: il collegamento tra l'efficacia delle sentenze nei confronti dei terzi e il principio inquisitorio. Entrambi i princípi vanno di pari passo. Solo allorché il giudice è tenuto ad indagare sulla verità sostanziale, ha senso una frase così pregnante come *res iudicata pro veritate accipitur*. Nel campo della verità formale, invece, questa considerazione mancherebbe di una base altrettanto solida. Tale conclusione appare tanto ovvia, che è quasi superfluo esplicitarla. Tuttavia, non appartiene ancora al patrimonio di conoscenza comune dei romanisti.

Ricerca della verità sostanziale significa che il giudice non è vincolato alle confessioni delle parti. Le dichiarazioni di queste vanno invece verificate. La frase *confessus pro iudicato est* non ha qui validità. Nei processi sulla *ingenuitas* le parti hanno l'effettivo obbligo di dire la verità; non si tratta solamente di un mero onere processuale, come nelle liti su un bene patrimoniale disponibile. In questo tipo di processo nessuna delle parti (come invece capita nella *in iure cessio* o nella *manumissio vindicta*) potrà discostarsi dalla verità. La loro volontà è assolutamente irrilevante. Il processo sulla ingenuità non è idoneo a modifica-

[62] Si deve pertanto completare: *ein solches Urteil* (una tale sentenza). In modo altrettanto restrittivo si esprime Ulpiano, rifacendosi a Marcello, in D. 25.3.3 pr. (che riguarda, allo stesso modo, una sentenza relativa allo *status*): *Placet enim e i u s r e i iudicem ius facere*, «Si suppone cioè che in tale controversia [oppure in tal caso: come afferma SPRUIT 1994] il giudice crei diritto». In proposito, recentemente DE FRANCESCO (*supra* nt. 53) 129 s.

re la sfera giuridica dei destinatari. Si tratta di verificare il dato oggettivo della nascita. Su tale fatto le parti non possono neanche fare una transazione: non è nella loro disponibilità.

9.4. — Il *SC. Ninnianum* dell'età di Domiziano doveva impedire che i padroni liberassero per eccessiva generosità (*nimia indulgentia*) i loro schiavi dichiarandoli per di più come nati liberi, cosa che il ceto senatoriale percepiva come pericolo di inquinamento (*inquinatio*: Gaius in D. 40.16.1, *supra* nt. 58). Dopo questa risoluzione '*de collusione detegenda*', chiunque era legittimato ad impugnare una sentenza frutto di un accordo segreto col padrone. La collusione consisteva nell'accettazione da parte del padrone che l'affermazione della controparte, per la quale l'uomo fosse nato libero, non fosse contraria alla verità (*quod paterentur servos suos in ingenuitatem proclamare liberosque esse*).

9.5. — Possiamo soffermarci su un secondo risultato, che per l'appartenenza allo *status* dei nati liberi valevano regole più rigide che per lo *status* di libertà. La *manumissio vindicta* seguiva il principio dispositivo e della verità formale; il pretore era vincolato all'ammissione fatta dal padrone. Nel processo sulla ingenuità, invece, valeva il principio inquisitorio. Il passaggio dallo *status* di schiavo a quello di libero non era difficile; per mezzo del *favor libertatis* fu addirittura facilitato. Nello *status* dei nati liberi, però, non era possibile entrare attraverso un atto tra privati (ma solo eccezionalmente, per particolari meriti, mediante una concessione imperiale della *natalium restitutio* o dell'anello d'oro, *anulus aureus*). Per essere *ingenui* – lo dice stesso il nome – bisognava essere davvero nati liberi. Il ceto degli *ingenui* era chiuso. Lo *status* di libertino era in linea di principio immutabile; non si poteva toglierlo, al pari della propria *origo* (cfr. *supra* § 9.1 *sub* b). La mobilità giuridico-sociale mostra qui i suoi limiti.

10. *False sentenze di* status?

10.1. — Ulpiano D. 1.5.25 tratta dello *status* di nato libero tuttavia con un certo riserbo. La sua formulazione: *Ingenuum accipere debemus etiam eum* suona come se la sentenza fosse qui un semplice rimpiazzo della verità, come se fosse una finzione. Dal *debemus* si avverte uno scettico 'siamo costretti', non si può altrimenti. Ma come potrebbe meglio dimostrarsi la nascita libera che con il riconoscimento in una sentenza? Nel passo, invece di *etiam*, non bisognerebbe piuttosto dire 'soprattutto', 'innanzitutto'?

L'equivoca formulazione di Ulpiano che parte dalla distinzione tra una sentenza 'corretta' ed una 'falsa', ha portato gli studiosi a delle conclusioni sorprendenti, anzi persino sconcertanti, non accettabili. Karl Hackl[63] distingue tra due cause di 'ingenuità': accanto alla oggettiva nascita libera, ci sarebbe anche la positiva decisione del giudice, che costituirebbe sufficiente base per essere considerati nati liberi. La sentenza non stabilirebbe dunque la verità della nascita libera, ma, piuttosto, si sostituirebbe alla verità. La sentenza non è più un semplice mezzo di prova dell'ingenuità, ma è addirittura costitutiva dell'oggettivo stato di ingenuità. Scrive acutamente Hackl (p. 301): «Dieses Statusurteil hat bloß *feststellende* Wirkung, wenn es eine Person betrifft, die tatsächlich *freigeboren* ist. Es hat dagegen *rechtsgestaltende* Wirkung, wenn es einen unfrei Geborenen trifft, indem es diesen zu einem Freigeborenen *macht*». Questa sentenza ha una mera efficacia *dichiarativa*, se riguarda una persona che effettivamente è nata libera. Invece è *costitutiva*, se riguarda chi non è nato libero, rendendolo appunto ingenuo[64].

[63] K. HACKL, *Praeiudicium im klassischen römischen Recht* (Salzburg-München 1976) 300 s.

[64] In corsivo nell'originale. Citato, in senso favorevole, da O. MANGOLD, *Iniuria iudicis* (Diss. Tübingen 2004) 103. Dello stesso avviso HACKL, *op. ult. cit.* 307 su *iudex ius facit* in Ulp. D. 25.3.1.16, 3 pr.: «Das Urteil ist konstitutiv, es begründet eine neue Rechtslage» (la sentenza è costitutiva, crea una nuova situazione giuridica).

10.2. — L'interpretazione di Hackl potrebbe basarsi su tre elementi del testo di Ulpiano (anche se Hackl non lo dice così chiaramente). In primo luogo la parola '*etiam*' suscita l'impressione che ci potrebbero essere due modi di acquisizione della ingenuità. In secondo luogo la preposizione '*pro*' (prima di '*veritate*') si può intendere nel senso di 'al posto di' (ed in questo senso la usavano già autori precedenti); cfr. le espressioni 'proconsole', 'protutore', 'prodecano' etc. In terzo luogo dice Ulpiano: «nonostante fosse un libertino» (*quamvis fuerit libertinus*). La concessiva suona come se questa fosse un fatto dimostrato, accertato. Ma come poteva, contro la sentenza passata in giudicato, essersi data prova del contrario? Ulpiano avrebbe dovuto formularlo nell'*irrealis* o nel *condicionalis*: «nonostante egli (forse) potrebbe essere stato un mero *libertinus*» (*fuisset*). Così infatti, corretto nel contenuto, ma contro il testo latino, recitava la vecchia traduzione tedesca di Otto, Schilling, Sintenis (1830). Con una formulazione di questo tipo Ulpiano avrebbe detto abbastanza. Cosa avvenisse prima del processo è cioè irrilevante, non ha più nessuna importanza. *Sive fuit sive non fuit*, si può dire in aggiunta alla corretta formulazione di Ulpiano nel contesto simile di D. 25.3.1.16. Ogni discussione sull'eventuale situazione precedente deve essere esclusa dalla sentenza che ricerca d'ufficio la verità sostanziale. *Rebus iudicatis standum est*[65].

Ulpiano non è dunque completamente privo di responsabilità per gli equivoci della letteratura attuale. Semplicemente Ulpiano non ha formulato il testo in maniera sufficientemente cauta. In effetti, e si vede anche qui, era uno scrittore molto impegnato (Pernice)[66]. Dal punto di vista di un osservatore oggettivo Ulpiano giudica il caso teorico di una (eventuale) ingiusta sentenza. Questo è il punto di vista di quello che Felix Wubbe ha apostrofato *angelus intellectualis* (*supra* nt. 13). Per la concreta vita pratica, e per le parti nella fattispecie, non è realistico.

[65] Ulp. D. 38.2.12.3; Ant. C. 7.52.1 (anno 213).

[66] A. PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller* (del 1885), ristampato in *Labeo* 8 (1962) 351 ss.

10.3. — Ancora più esagerato di Hackl scrive Otfried Mangold, nella sua dissertazione sull'*iniuria iudicis* del 2004, a Tubinga (opera in sé intelligente ed utile), nella quale egli dice a p. 109: «Das Fehlurteil schafft Recht», «una sentenza sbagliata crea diritto». Questa conclusione (certo volutamente paradossale) è però già solo logicamente contestabile, perché va contro il principio di escludere la contraddizione: come si può dedurre da una constatazione falsa del tipo «questa persona è nata libera» una affermazione vera?

Ora, è rarissimo che su di una sentenza si trovi scritto a chiare lettere «giudizio sbagliato». Prendere eccezioni statisticamente isolate a paradigma e costruirci sopra una teoria non conviene. Soprattutto, cosa permette di definire un giudizio 'falso', se poi questo, come appunto dice Ulpiano, *pro veritate accipitur*? Per ricavare ciò c'era bisogno (qualora fosse consentito) di un nuovo processo, non meno formale (*retractatio*, ritrattazione, della quale *infra* § 10.6). Non è la sentenza sbagliata a creare diritto, bensì ogni sentenza passata in giudicato, nel momento in cui stabilisce una situazione giuridica non più impugnabile. Dubitarne non è più possibile perché precluso dall'efficacia di giudicato, altrimenti non si raggiungerebbe mai la conclusione della controversia. Conformemente al tenore di ogni sentenza di tribunale tedesca, è «riconosciuto come diritto», «für Recht erkannt». In via meramente ipotetica si può dire: «anche se dovesse essere falso»; ma con ciò non cambia il risultato. Quindi parlare di efficacia costitutiva appare quanto meno dubbio[67].

10.4. — Contro Hackl si è già pronunciato il suo recensore, Detlef Liebs, sollevando obiezioni metodologiche di fondo;

[67] Di tale avviso, giustamente, LIEBS nella sua recensione di HACKL (*supra* nt. 9), che vale la pena di essere letta, cit. 469. K. HACKL difende la sua opinione nella replica: *Wurde man in Rom Sklave durch ein fehlerhaftes Zivilurteil?*, in *Iurisprudentia universalis: Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag* (Köln-Weimar-Wien 2002) 259 ss., ivi 263 s., con nt. 28. Di parere contrario: WACKE, *Gedächtnisschrift Mayer-Maly* cit. (nt. *) 517 nt. 87.

le sue critiche sono sfuggite purtroppo a Mangold. Liebs scrive, tra l'altro: «Wenn der Staat zur Bereinigung gegensätzlicher Auffassungen mehrerer Betroffener ein Verfahren bereitstellt mit dem Ergebnis, daß eine bestimmte Sicht als maßgebend erklärt wird, so ist es genaugenommen sinnlos, zu sagen, diese Sicht trete, wenn sie falsch ist, an die Stelle der Tatsache (rechtsgestaltende Wirkung); wenn sie richtig ist, stellte sie sie fest (feststellende Wirkung) oder verdoppele die Maßgeblichkeit der Tatsache gar. Mit dem Urteil soll das In-Betracht-Ziehen mehrere Möglichkeiten ausgeräumt werden. Wer ... dann noch glaubt, es besser zu wissen, dessen notwendig auch nur subjektive Sicht hat keine Relevanz ...»[68].

Per la prassi c'è dunque una sola categoria di sentenza sulla *ingenuitas*, e distinguere tra efficacia di diverso tipo a seconda se questa sia giusta oppure no, fintanto che non si discute della sua impugnazione, è una speculazione meramente teorica. Interrogarsi sullo stato giuridico precedente alla emanazione della sentenza, diverso da quanto la sentenza stessa ha stabilito, non è legittimo nei processi che si pronunciano sulla *ingenuitas*. Diverso è nel caso della *manumissio vindicta*: che il liberto prima fosse schiavo, è cosa nota; nell'espressione 'liberto' è implicito. In questo senso si può parlare di efficacia costituti-

[68] Traducendo in italiano: «se lo Stato predispone un procedimento per conciliare i pareri contrastanti di una pluralità di soggetti interessati, con il risultato che una determinata opinione è dichiarata decisiva e determinante, allora non ha senso affermare che tale opinione, se falsa, subentri al posto del fatto (effetto costitutivo); se questa è giusta, che lo dichiari (efficacia dichiarativa) o che rafforzi, raddoppiandolo, persino il carattere determinante del fatto. Con la sentenza si deve risolvere e porre fine alla procedura di vaglio delle diverse possibilità. L'opinione, peraltro necessariamente soggettiva, di chi ... ritiene poi di saperne di più, non ha alcuna rilevanza ...». Nello stesso senso osservava giustamente WUBBE, in *Ius vigilantibus* (*supra* nt. 13) 100 a proposito della frase '*pro veritate accipitur*': «[Der Richter] entscheidet verbindlich, ob sich etwas als wahr erweist (*paret*) oder nicht (*non paret*). Daß diese Wahrheit nicht notwendig 'die Wahrheit' ist, ergibt sich direkt aus der Rechtskraft des Urteils: Ob wahr oder nicht, das Entschiedene hat als wahr zu gelten ... Der *angelus intellectualis* stellt die Divergenz fest. Der Unterlegene aber, der glaubt, zu Unrecht (als Kläger) abgewiesen oder (als Beklagter) verurteilt worden zu sein, kann die erledigte Frage (*eadem causa*) nicht mehr anhängig machen».

va. In ogni caso, la libertà concessa dal pretore, o la *addictio* nel caso della *in iure cessio*, non potrebbe mai essere definita come 'giudizio sbagliato'. Tuttavia sono entrambe creatrici di nuovo diritto.

10.5. — Al corretto significato di *pro veritate accipitur* ci avviciniamo, confrontandolo con l'aspro comando di Giovenale (*Sat*. 6.223): *Hoc volo, sic iubeo; sit pro ratione voluntas* («Lo voglio, e così comando: stia la volontà al posto della ragione!»). L'arbitrio del padrone (dello schiavo) sostituisce una qualsiasi ragionevole motivazione. Di questa *voluntas* si deve però chiedere la *ratio* (e prima o poi anche uno schiavista dovrà giustificarsi). La sentenza passata in giudicato vincolante non può invece normalmente essere messa in dubbio. Non si tratta, infatti, di 'arbitrio': essa viene di regola commisurata sul criterio della giustizia, e fissa essa stessa un criterio. Essa è il prodotto di un processo conforme alle leggi, e da ciò è legittimata[69].

Una corretta traduzione della preposizione '*pro*' non può dunque qui limitarsi al significato letterale. Il contesto necessita una traduzione più libera. Non mi vengono espressioni migliori di: la sentenza documenta, certifica, incorpora la verità, la esprime, la annuncia – come fa un attore in palcoscenico; o come viene detto da Mefistofele nell'ormai proverbiale passo del Faust di Goethe: «Aus zweier Zeugen Mund wird allerwegs die Wahrheit kund» («dalla bocca di due testimoni viene annunciata senz'altro la verità»). Vere circostanze di fatto e vero contenuto della sentenza non costituiscono, dunque, due diversi oggetti (come nelle regole «*Dolus pro possessione est*», o «*Culpa lata dolus est*», «*Reus in exceptione actor est*»), bensì la sentenza *è* la verità, è, in senso effettivo, Wahrspruch (verdetto), '*verdict*'.

[69] Cfr., fondamentale, N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren* (Berlin 1969, 4ª ed. 1997).

10.6. — Si può solo chiedere: fino a quando si può assumere la correttezza della sentenza? La risposta è: l'efficacia vincolante *inter omnes* finisce, quando viene rimossa da una vittoriosa azione da parte di un terzo legittimato ad agire. Legittimato ad agire è in primo luogo colui che reclama per sé il patronato (affermando: io sono il vero patrono), senza aver partecipato al precedente processo. Questa è una conseguenza del principio del contraddittorio; vale ancora per i processi sullo *status* per il nostro codice di procedura (§ 640 h ZPO, anche se recentissimamente questa norma è stata modificata). Legittimato è in secondo luogo un qualsiasi *quivis ex populo* ai sensi dello speciale *SC. Ninnianum* di Domiziano (D. 40.16.1, *supra* nt. 58), qualora fosse stata scoperta una collusione tra le parti in un processo sulla ingenuità. L'azione popolare indicata nel secondo caso fu limitata da Marco Aurelio, per garantire la certezza del diritto, a cinque anni (Ulp. D. 40.16.2 pr. ss.). L'azione del patrono nominata prima non cade invece in prescrizione. I presupposti di ammissibilità di entrambe le azioni di riapertura del processo sono basate su circostanze nuove; altrimenti non si può rivedere quanto trattato nel corso del primo procedimento. Solo ai fini della preparazione di una siffatta *retractatio* sono rilevanti eventuali dubbi sulla correttezza o meno di una sentenza, e si possono addurre nuovi mezzi di prova.

Ad illustrare le differenti prospettive, se *ex ante*, se *ex post*, serve il seguente aneddoto: prima dell'inizio delle nozze il prete domanda agli sposi se non vi siano eventuali impedimenti, come parentela, bigamia, impotenza ... al che lo sposo obietta prontamente: «Se sono potente o impotente, come posso saperlo? Prima del matrimonio non avremmo potuto fare una prova ...».

È lo stesso con la sentenza: solo dopo averla vittoriosamente impugnata si può dire: «sentenza sbagliata». Prima, lo sa solo Dio onnipotente. Perfino un uomo con capacità divinatorie non può andare contro una sentenza definita. Con l'annullamento di questa cessano anche gli effetti che essa ha

prodotto, e comunque solo per il futuro. Solo ai fini di una tutela di coloro che hanno fatto affidamento in buona fede sugli effetti della sentenza ci si può interrogare sull'efficacia successiva dell'atto. Nell'intervallo di tempo intercorrente la sentenza subentra pertanto al posto della verità sostanziale; a tale riguardo – vista *ex post* – la denominazione usata da Hackl è corretta. Se tuttavia non si addiviene alla *retractatio*, nessuno può allora sostenere che la sentenza sia sbagliata. Lo *status* creato tramite una sentenza sbagliata non è pertanto durevole. Laddove lo *status* è durevole, non si può parlare di sentenza sbagliata. L'istanza di revisione, una volta respinta, non può essere ripresentata[70]. Anche il soggetto dichiarato *ingenuus* rifiuterebbe l'idea di una sentenza sbagliata; egli affermerà sempre la legittimità della sentenza pronunciata in suo favore.

In conclusione: a seguito della necessità di un formale processo di annullamento, la sentenza che indaga la verità sostanziale nei processi di *status* ha una più elevata efficacia rispetto alle altre normali sentenze civili. Su questo si basa l'opinione di Ulpiano, corretta nel suo contenuto. Nelle cause relative a diritti patrimoniali vale invece il principio del *Res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*. L'efficacia sostanziale di una sentenza civile si limita qui alle parti e ai loro aventi causa (cfr. § 325 ZPO).

11. *Acquisto della proprietà 'a titolo originario' (costitutivo) attraverso la* in iure cessio? — Questo limite *inter partes* vale a mio parere anche per la *in iure cessio*. Che la *addictio* attraverso il pretore debba avere effetti che vanno al di là della causa civile, non riesco ad immaginarlo. Poiché l'*addictio* pronunciata nell'ambito del procedimento preliminare, pacifico, non è che un anticipo della sentenza finale che sarà pronunciata nella seconda parte, quella controversa, del processo. In

[70] Hermogenianus D. 40.16.5 pr.; LITEWSKI (*supra* nt. 58) 184.

questa posizione mi distinguo da una tesi del mio stimato maestro Max Kaser[71]. La *in iure cessio* posta in essere da un non legittimato, a mio parere non esclude la *rei vindicatio* del vero proprietario. Con la rivendica riesce a farsi strada, senza che prima debbano essere messi formalmente da parte gli effetti della *in iure cessio* (come invece accadrebbe nei processi di *status*: *supra* § 10.6). La tesi contraria di Kaser avrebbe reso troppo facile per un venditore sottrarsi alla responsabilità per evizione per mezzo dell'esecuzione di una *in iure cessio*. Non vedo però alcun motivo per supporre che per la *in iure cessio* non debba aver trovato validità il principio fondamentale per il quale nessuno può trasferire ad altri più di quanto egli stesso abbia (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*).

Del diffuso mito che la *mancipatio* e la *in iure cessio* avrebbero costituito proprietà originaria ha fatto piazza pulita di recente Fortunat Stagl[72]. Ai suoi argomenti si può aggiungere: il creditore pignoratizio può tranquillamente ammettere che il bene pignorato venga venduto, poiché non ha da temere che il suo diritto di pegno ne abbia pregiudizio (*quod sciebat ubique pignus sibi durare*, Marciano D. 20.6.8.15); *res transit cum suo onere* (cfr. Ulp. D. 41.1.20.1). Questo vale, in particolare, per le servitù gravanti su un fondo. Anche la *in iure cessio* non può procurare all'acquirente un dominio libero da ogni vincolo. Poiché gli oneri reali continuano ad insistere su un bene alienato, l'acquisto della proprietà può essere soltanto a titolo derivativo e non a titolo originario. La proprietà su una cosa venduta a mezzo di una *in iure cessio* da parte di chi non era proprietario si può acquistare solo attraverso l'*usucapio*. Altrettanto priva di effetti è la liberazione di uno schiavo (ossia di un *servus bona fide serviens*) effettuata da un soggetto che non è proprietario.

[71] M. KASER, *Das altrömische ius* (Göttingen 1949) § 14, 104 ss.: *Efficacia della sentenza nei confronti dei terzi* (Urteilswirkungen gegen Dritte), che l'autore riteneva pacifica.

[72] F. STAGL, *Zur translativen Struktur des derivativen Eigentumserwerbs*, in *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag* (Heidelberg 2009) 1191 ss.

12. *Osservazioni finali e riassuntive*.

12.1. — L'esplorazione della verità nel processo presenta numerosi aspetti; se ne potrebbe scrivere un libro. Devo tuttavia trattenermi, e la mia sintesi deve essere breve. (Un buon discorso dovrebbe esaurire il tema, ma non gli ascoltatori, diceva Winston Churchill). La distinzione introdotta da Nicolaus Thaddäus Gönner nel 1804 tra verità sostanziale e verità formale, tra il principio inquisitorio e quello dispositivo, appartiene oggi al patrimonio comune della scienza processualistica. Per il diritto processuale romano, a mio parere, non si può dire ancora lo stesso.

12.2. — Per concretizzare l'obbligo di verità processuale possiamo riconoscere il seguente risultato. Il principio della verità formale vale finché il convenuto può disporre della *res litigiosa*. Il giudice è vincolato al riconoscimento di una pretesa o di una circostanza di fatto, anche se esso contraddice la precedente situazione giuridica, e si realizza il desiderato cambiamento del diritto. Dunque, la confutazione del convenuto è un mero onere processuale, e la mancata difesa è a proprio svantaggio. Si può rinunciare in primo luogo alla proprietà; anche la liberazione di uno schiavo implica una rinuncia alla proprietà. L'efficacia del giudicato è tuttavia limitata, in tali controversie di natura patrimoniale, alle parti e ai loro eredi ed aventi causa (*Res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*: *supra* nt. 1). Questo è una conseguenza del diritto di difendersi ed essere ascoltati nel corso del processo, scolpito nella formula «diritto ad un giusto processo regolato dalla legge», riconosciuto nello stato di diritto. La liberazione di schiavi effettuata dal soggetto non proprietario (anche in forma di *manumissio vindicta*) era inefficace. Neppure una *in iure cessio* poteva produrre effetti pregiudizievoli nei confronti di un terzo estraneo.

Nell'ambito del principio del contraddittorio l'individuazione della verità sostanziale non costituisce lo scopo supremo

del processo civile (*supra* § 7.2). A causa del principio della verità solo formale, la giurisdizione volontaria poteva sottrarsi alla contenziosa superandola (*supra* nt. 36). Al contrario, un vero obbligo di dichiarare la verità sussiste nel caso in cui il chiarimento della situazione sia di pubblico interesse (soprattutto nelle questioni di *status*); oppure nel caso in cui possa avere effetti a discapito della controparte o di terzi.

12.3. — I compilatori di Giustiniano inserirono la formula *Res iudicata pro veritate accipitur*, utilizzata da Ulpiano D. 1.5.25 come motivazione, nel passo D. 50.17.207 delle loro *regulae iuris antiqui*. Essi non vi inserirono però il principio opposto, di importanza pratica notevolmente maggiore, *Res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*. La prima regola costituisce tuttavia nel processo civile un'eccezione; la limitazione della stessa ai procedimenti comportanti inchiesta d'ufficio non sembra essere stata riconosciuta dai compilatori. Non ci si deve attendere dai compilatori dei *Digesta* un livello particolarmente elevato di conoscenze sul piano della dogmatica giuridica. Essi dovettero compiere l'opera di selezione e sistemazione delle *regulae* sotto il costante incalzare del tempo; prova ne sia il susseguirsi indistinto (e del tutto privo di sistematicità) delle stesse nel titolo dei *Digesta* 50.17. La doppia forma tramandata in D. 1.5.25 ci ha permesso tuttavia di spiegare, in rapporto all'indicazione dell'origine sulla *inscriptio*, lo stretto nesso con l'originario processo sull'ingenuità. Nella storia della recezione questo nesso è stato spesso trascurato; in tale ambito la *regula* ha suscitato una certa confusione[73]. I codici francese, belga, spagnolo e dell'Italia preunitaria acquisirono la *regula* sotto forma di una presunzione

[73] TANCREDI aggiunse al testo di Ulpiano la seguente glossa: *quia res iudicata praeiudicat veritati*. Tale concezione è stata esagerata fino a produrre stravaganti asserzioni: *Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrato rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum ... mutat*. Citato in base a CHIOVENDA (*supra* nt. 47) 908 nt. 1.

di verità[74]. La generalizzazione in tal modo operata, tuttavia, conduce decisamente troppo lontano.

12.4. — L'onere, che oggi ci siamo accollati, di tradurre le fonti giuridiche latine, si è dimostrato alla fine proficuo per acquisire nuove conoscenze. Nell'ambito del presente contributo la traduzione della preposizione latina '*pro*' si è rivelata tutt'altro che facile (*supra* § 10.5). La scelta di tradurre questa *regula* con l'articolo determinativo (la sentenza) oppure con l'articolo indeterminativo (una sentenza), risulta decisiva in relazione alla sua portata di significato (questa, una tale sentenza, oppure ciascuna, ogni sentenza?). Nel dubbio propendiamo per un ambito di applicazione ristretto (*supra* § 9.3 con nt. 61).

Rimane, in conclusione, la questione fondamentale, di carattere metodologico, se il traduttore debba trasporre letteralmente ciò che è effettivamente scritto nel testo di partenza, oppure se gli sia consentito, qualora il testo (come in questo caso) sia oggettivamente impreciso, di correggere (entro certi limiti) traducendo ciò che, a suo avviso, dovrebbe essere contenuto nel testo se questo fosse corretto. Nella frase concessiva *quamvis fuerit libertinus* Ulpiano avrebbe dovuto, per ragioni di correttezza, aggiungere la parola 'forse' (*fortasse*, *fortisan*); e invece della motivazione '*quia*' sarebbe stata più corretta una conclusione (*ergo*, *igitur*, *ideo*, *quod cum ita sit*). A tal guisa si sarebbero potuti evitare diversi malintesi provocati, nel corso

[74] Per uno studio approfondito sulla storia della recezione si rimanda a G. PUGLIESE, *Res iudicata pro veritate accipitur*, in *Studi in onore di E. Volterra* V (Milano 1971) 783 ss. [= in *Scritti giuridici scelti* II (Napoli 1985) 199 ss.]; cfr. anche H.F. JOLOWICZ, in *Seminar* 12 (1954) 34 ss. Per il diritto francese odierno, ampiamente H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*[3] (Paris 1992) nr. 379. Ulteriori elementi rinvenibili nella dottrina e nella giurisprudenza spagnole in R. DOMINGO, B. RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, *Reglas jurídicas y aforismos* (Pamplona 2000) nr. 604, cfr. nr. 601 s. Una panoramica attuale, di natura comparatistica, sulle odierne dottrine relative all'efficacia del giudicato in Europa è offerta da S. SEPPERER, *Der Rechtskrafteinwand in den Mitgliedstaaten der EuGVO* (Tübingen 2010), con le fonti legislative (169 ss.) e ampie fonti per lo studio della materia (177 ss.).

degli anni, dal modo di esprimersi, eccessivamente sintetico, di Ulpiano. Come se si trattasse di un'affrettata insinuazione circa una *iniuria iudicis*, Ulpiano contraddice, con il proprio modo di vedere oggettivo e dal punto di vista di un osservatore onnisciente (o *angelus intellectualis*) le possibilità legali di conoscenza dei soggetti coinvolti nelle concrete vicende processuali.

12.5. — Ringrazio gli organizzatori di questo ciclo di lezioni, che, sulla base di questa distinzione e di esempi scelti dalle fonti, mi hanno stimolato a riflettere con spirito critico su alcune posizioni della dottrina romanistica. Saranno i miei ascoltatori e, successivamente, i lettori, a giudicare se l'approccio metodologico da me scelto abbia prodotto i suoi frutti.