

Andreas Wacke

«Bonam sive malam causam habere»

La prospettiva di successo nel processo civile romano (*)

I. Introduzione

1. Fare previsioni sull'eventuale esito favorevole di un processo rientra oggi nei compiti quotidiani dei giuristi nella loro attività di consulenza. Gli avvocati devono scrupolosamente illustrare ai loro clienti se, come creditori, sia opportuno esperire un'azione, se, come pretesi debitori, convenga riconoscersi tali o lasciarsi convenire in giudizio, infine se, soccombenti in primo grado, si debba impugnare. Una parte può essere sollevata dall'obbligo di sopportare le spese tramite il cd. «sostegno economico per le spese processuali» («Prozesskostenhilfe», § 114 ZPO. [«Zivilprozessordnung», Codice di procedura civile tedesco], una volta noto come «diritto dei poveri», «Armenrecht») solo «se il procedimento da essa previsto o la difesa offrano una sufficiente prospettiva di successo». Dunque, nel concedere questo diritto ai poveri, anche il giudice prima di tutto deve fare una previsione sull'esito del processo. Lo stesso si verifica nell'ambito della tutela d'urgenza tramite un provvedimento interinale. Parimenti le assicurazioni per le spese legali sopportano i costi processuali dei loro assicurati solo in presenza di consistenti prospettive di successo delle loro pretese. Infine nel ricorso di una parte soccombente contro il proprio avvocato per una negligente conduzione del processo si deve in ogni caso appurare, tramite un esame delle cause della sconfitta, quale esito avrebbe avuto ipoteticamente il precedente processo con una conduzione più scrupolosa.

2. Per quanto riguarda il processo romano, la questione delle possibilità di successo non sembra finora essere stato oggetto di un'autonoma indagine¹. Però le nostre fonti contengono al riguardo singoli riferimenti sparsi, sui quali intendo qui di seguito soffermarmi.

Per esempio nel caso dell'*actio ad exhibendum*, che serve a preparare un'azione reale (D. 10.4.3.9 ss.), il giudice deve esaminare in modo sommario la domanda dell'attore, '*an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret*'; dunque «se egli abbia una causa giusta e ragionevole, per la quale desidera che si esibisca», come osservava sottilmente ('*eleganter*') Nerazio (D. 10.4.3.11). Anche gli interdetti possessorii servono spesso a preparare un processo di rivendica allo

^{*)} Testo ampliato (per le note necessarie) di una conferenza tenuta, su invito di Remo Martini, durante il Convegno su «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico» dedicato alla memoria di Arnaldo Biscardi, il 15 dicembre 2001. La più dettagliata versione in lingua tedesca è stata nel frattempo pubblicata in «Roman Law as a Formative of Modern Legal Systems. Studies in Honour of Wiesław Litewski» (cur. J. Sondel, J. Reszczyński, P. Scislicki), Kraków, 2003, II, p. 137-150. La mia gratitudine va alla dottoressa Iole Fagnoli (Milano) per la sua gentile disponibilità e preziosa collaborazione nel tradurre il testo. Un ulteriore ringraziamento al dottor Salvatore Marino (Lecce-Napoli) e alla dottoressa Maria Grazia Rizzi (Milano), nonché alla dottoressa Dorothea Buccheri (Catania) per aver riletto la versione definitiva, durante il loro soggiorno di studio presso il mio Institut für Römisches Recht dell'Università di Colonia.

¹⁾ In M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, mancano nell'indice analitico i lemmi '*bonam*' o '*malam causam habere*'.

scopo della giusta distribuzione dei ruoli processuali e dell'onere probatorio. Però in questo pre-processo rimangono non considerate le prospettive di successo del processo principale della rivendica: per non differire l'immediato procedimento possessorio le pretese petitorie vengono intenzionalmente messe da parte (nello stesso senso § 863 BGB.).

3. Qui intendo sottoporre ad un più attento esame l'espressione chiaramente tecnica 'bonam' o 'malam causam habere'. Un attore ha 'bonam causam', se «la sua situazione promette bene», se egli può appoggiarsi ad una motivazione giusta o se ha il diritto dalla sua parte. Nel caso di 'mala causa' dell'attore si verifica il contrario, per cui il convenuto dovrebbe essere assolto. Nelle fattispecie qui da esaminare spesso non è stata ancora emanata una sentenza; è piuttosto da verificare in ipotesi a vantaggio di chi la questione in esame sarebbe equamente da decidere. Tuttavia questo esame si verifica non sempre solo *ex ante* tramite una previsione dell'esito del processo futuro. Nei procedimenti di rivalsa a causa di un processo condotto in modo negligente è piuttosto da valutare in ipotesi *ex post* in che termini sarebbe stata decisa la lite in caso di una conduzione più corretta.

II. Legati ad effetto liberatorio

1. Prendo le mosse da un testo delle *Quaestiones* di Paolo, significativo sotto diversi aspetti; è l'unico in cui il concetto *mala causa* viene definito e contrapposto al concetto antitetico *bona causa*.

D. 34.3.30 (Paul. 10. *quaest.*): Petitor vel possessor damnavit heredem suum, ne centumvirale iudicium exerceat: de effectu legati quaeritur. et dictum ita demum utile videri legatum esse, si malam causam adversarius testatoris habuit, ut litigante herede vinci debuisset: tunc enim non tantum litis emolumentum, sed etiam sumptus heres legatario praestare cogitur. Nam² in bona causa nihil videtur esse in legato nec propter sumptus, quod quidam existimaverunt.

Un testatore imponeva al suo erede di non fare valere un diritto, che presumibilmente gli spettava, davanti al tribunale centumvirale competente³. Ai *centumviri*, che sedevano nel tribunale in gruppi separati (camere), competevano soprattutto importanti liti ereditarie, fonti di *hereditatis petitiones* o di *querelae inofficiosi testamenti*⁴. Paolo ha chiaramente davanti agli occhi una fattispecie concreta. Posso

² 'Nam' ha qui significato avversativo.

³ Il termine 'petitor' potrebbe fare pensare al fatto che il testatore avesse già esercitato l'azione e avesse poi proibito al suo erede di proseguire la lite; così traduce il passo F. SINTENIS, in C.E. OTTO, B. SCHILLING, *Das Corpus juris civilis ins Deutsche übersetzt*, III, Leipzig, 1831. Secondo O. BEHRENDTS, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung*, Göttingen, 1970, p. 180 s. e nt. 83, i processi davanti al sovraccarico tribunale centumvirale si protraggono spesso per anni, cosicché (come qui) una parte poteva nel frattempo morire. Allora si tratterebbe qui della trasmissione di un rapporto processuale ('*translatio iudicii*'). Secondo Behrends il testatore avrebbe imposto al suo erede «den angemeldeten Prozess nicht zu beginnen». 'Iudicium' = 'actionem' o 'litem exercere' significa però fare valere un diritto o perseguirlo: H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena-Graz, 1971, sv. 'exercere', p. 188, 3.b. Pertanto 'petitor' significa qui forse semplicemente «colui che è titolare dell'azione». Se una *querela inofficiosi* non ancora esperita fosse stata intrasmissibile, allora il testatore avrebbe più facilmente potuto raggiungere il suo scopo con il ritiro della sua domanda. Secondo M. MARRONE, *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti*, in «SDHI», XXI, 1955, p. 94 s., emerge al contrario proprio dalla fonte in questione che la *querela* era trasmissibile anche senza personali interventi introduttivi del processo (*preparatio litis*) di colui che era stato illegittimamente diseredato.

⁴ E cioè per valori almeno di 100.000 sesterzi. Un noto processo centumvirale fu la celebre *causa Curiana*. Su (discussi) aspetti particolari KASER, HACKL *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. (nt. 1), I § 7 (con altre indicazioni bibliografiche). Altra letteratura sulla competenza dei *centumviri* in B. SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio*, Milano, 1964, p. 58 ss. nt. 111. Da ultimo S. QUERZOLI, *I testamenti e gli officia pietatis. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Napoli, 2000, p. 228 s., e L. GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri*, Milano, 2002, p. 370, si occupano brevemente del nostro frammento. In entrambe le varianti di soluzione, tramandateci da Paolo, Bernardo Santalucia, in adesione a Biondo Biondi e a MARRONE, *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti*, cit. (nt. 3), p. 94 ss., sfonda il testo da presunte aggiunte compilatorie. Anche se con ciò non si cambia molto in relazione al contenuto (come SANTALUCIA, *op. cit.*, p. 58 nt. 100 ammette), questi tagli non sono da condividere. MARRONE, *op. cit.*, p. 94 nt. 95, elimina precipitosamente le osservazioni sulle spese processuali con la motivazione complessiva che l'*ordo*

qui tralasciare gli aspetti un po' oscuri di questa⁵. La questione del contenuto o della efficacia di un legato ad effetto liberatorio si pone, in generale, se non è chiaro se il legatario sia debitore di qualcosa⁶. Da che cosa potrebbe essere liberato chi non deve nulla? Secondo il *dictum*⁷, opportunamente individuato da Paolo, il legato è vantaggioso⁸ solo se l'onorato è davvero debitore di qualcosa⁹: *'si malam causam habuit'*. Questa espressione chiaramente tecnica è da intendere in primo luogo in senso processuale, ma dipende comunque dal diritto sostanziale. Essa viene così definita (e questo unicamente in questa fonte): «che l'erede attore avrebbe dovuto prevalere sull'avversario», *'ut litigante herede (adversarius) vinci debuerit'*. Solo allora il convenuto ottiene un vantaggio dal testamento e cioè la liberazione dalla somma, che avrebbe dovuto pagare all'erede. L'erede deve prima accreditare questo *emolumentum* al legatario liberato¹⁰. Tramite l'interpretazione integrativa del testamento Paolo aggiunge a ciò le spese che gravano sul convenuto per la conduzione del processo (*sumptus*). Se al contrario il legatario non deve nulla, allora l'ordine testamentario di non procedere in giudizio non gli arreca nessun vantaggio ulteriore: il legato è privo di contenuto (*'nihil videtur esse in legato'*). Al legatario allora, secondo l'opinione dominante, non è neppure dovuto il rimborso delle spese processuali (*'nec propter sumptus'*).

2. Il risultato parallelo: nell'ipotesi di legato valido, il rimborso delle spese – nel caso di legato invalido, al contrario neppure rimborso delle spese – sembra *prima facie* essere una deduzione giuridica derivata tramite sussunzione. L'obbligo di rimborso è, infatti, connesso in modo accessorio alla validità del legato¹¹. Il vantaggio di non essere coinvolto in un processo tramite un'azione (che si rivelerà infondata) non è però da sottovalutare. In effetti, la perdita di tempo e la forza di nervi da impiegare in un processo non sono affatto effetti negativi solo ideali. Sono facilmente da mettere in

iudiciorum non avrebbe conosciuto nessun obbligo di rifondere le spese. La mancanza di un generico obbligo processuale di rimborso («prozessualer Kostenerstattungsanspruch») della parte soccombente è però confermata dalla seconda variante del caso (*'nec propter sumptus'*): si veda *infra*. Peraltro un obbligo di rimborso derivante da cause giuridiche materiali («materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch») come nella prima variante del caso in conformità ad un'interpretazione del testamento da completare era così poco estraneo al processo romano come lo è al nostro moderno. Anche ad un sostituto processuale spetta ovviamente un rimborso con l'*actio mandati contraria* per le spese processuali sostenute.

⁵) BEHRENDTS, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung*, cit. (nt. 3), p. 109 nt. 83, ha considerato *'vel possessor'* come «unbedachtes Glossem, da der Beklagte keine Initiative entfalten konnte». Ciò che costringe a riflettere non deve però essere precipitosamente respinto come sconsiderato. Le *Quaestiones* di Paolo sono apprezzate proprio per la loro ricchezza di riflessioni. Secondo D. 5.2.8.13 (cui si riferisce MARRONE, *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti*, cit. [nt. 3], p. 94 e nt. 97) anche un possessore dell'eredità illegittimamente diseredato, alla *hereditatis petitio* dell'erede testamentario può opporre per mezzo di una controquerela la *querela inofficiosi testamenti*, come controquerelante egli ha la medesima posizione che nella querela esperita autonomamente. Non mi è però qui possibile soffermarmi più approfonditamente sugli effetti di un legato ad effetto liberatorio in questa variante del caso.

⁶) Nel processo della *querela inofficiosi testamenti* il tribunale centumvirale aveva ampia discrezionalità nel decidere se il testamento impugnato andasse contro l'*officium pietatis*: KASER, *Das römische Privatrecht*², I, München, 1971, p. 710 s.; A. WACKE, *Die Rechtswirkungen der lex Falcidia*, in «Studien im römischen Recht», Max Kaser gewidmet, Berlin, 1973, p. 235 s. Di fronte a questa valutazione esisteva comprensibilmente un'incertezza difficilmente pronosticabile sull'esito del processo e quindi sul confine tra la *bona* o la *mala causa* dell'interessato.

⁷) Qui non in prima persona, come in altri frammenti delle *Quaestiones*: cfr. J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones*, Berlin, 1993, p. 58 nt. 2. Ciononostante Paolo si riferisce ad un aspetto, su cui qualcuno si era già in precedenza espresso: cfr. i *'quidam'* citati alla fine.

⁸) Nella parola *'utilis'* («valevole», «valida») traspare qui ancora qualcosa del suo significato principale «utile, vantaggioso».

⁹) Presupposto di validità di un legato di liberazione è l'esistenza del debito e la sua perseguibilità (D. 34.3.13): R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati*, I, Padova, 1964, p. 86 e 91. La questione probatoria è toccata da Paolo anche in D. 34.3.25 (sempre nel libro X delle *Quaestiones*): *'... si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est. quod si nihil debeat ...'*: su questo SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones*, cit. (nt. 7), p. 70 ss.

¹⁰) In quanto a ciò questa è un'operazione puramente contabile. Inoltre l'erede deve in danaro ancora il rimborso delle spese processuali effettivamente derivate al convenuto (*'praestare cogitur'*): entrambi i rimborsi in forza della disposizione testamentaria (non forse – illogicamente – perché il convenuto gli soccombe). Questo (ovvio) entimematico passaggio viene eliminato dalla ripresa *'tunc enim'*.

¹¹) «Si legatum in principali causa non valet, nec propter sumptus valebit» suona sinteticamente la Glossa.

conto per esempio le spese effettivamente sostenute dal convenuto per recarsi sul luogo d'udienza; e ormai l'attore le ha causate con la sua chiamata in giudizio. Pertanto non del tutto a torto i *'quidam'*, nel caso di un'azione infondata, per ragioni di equità si esprimevano a favore di un obbligo di rimborso almeno delle spese; in quanto a ciò essi intendevano conservare (parzialmente) il legato nullo.

Il principio, in base al quale si imputano le spese all'attore temerario («Veranlassungsprinzip», principio di causalità), è tuttavia un criterio di equità piuttosto generico. Dopo una più precisa indagine sulla causalità non esiste nessuna ragione che sia l'eredità (punto, questo, che va sottolineato) a rimborsare le spese processuali sostenute dall'avversario. Ossia se si elimina il legato ad effetto liberatorio, questi costi graverebbero lo stesso sul convenuto in conseguenza di un'azione utilmente o inutilmente esperita dall'erede. Il divieto di agire disposto per testamento non ha perciò conseguenze negative in questa variante del caso. Quindi opportunamente nel caso del legato ad effetto liberatorio privo di contenuto, la maggioranza dei giuristi negava anche un obbligo di rimborso delle spese processuali, e cioè a carico del lascito.

Nel diritto tedesco vigente i costi in caso di azione senza successo sarebbero da imporre personalmente all'erede (§ 91 ZPO.)¹². Il nostro testo conferma invece che il processo romano classico (almeno davanti al tribunale centumvirale) non conosceva un obbligo generico di rimborsare le spese in correlazione con il successo giudiziario. Nel secondo caso – quello del legato invalido –, nonostante l'assoluzione, il convenuto sopporta altresì i suoi costi non rimborsati¹³, benché l'attore non possa dunque appoggiarsi a nessuna *'bona causa'*. Un rimborso delle spese processuali esisteva solo caso per caso per singole ragioni di diritto sostanziale (qui se il legato ad effetto liberatorio è valido, come nella prima variante del caso).

3. Ma non solo per la questione secondaria del rimborso delle spese, bensì anche per quella principale è importante stabilire in base a quale ragione il convenuto prevalga. Se si guarda soltanto il risultato ciò sembra in un primo momento identico, poiché in entrambi i casi l'azione è da respingere. Ma l'ammontare della massa ereditaria e la misura dei relativi oneri dei legati cambiano a seconda di quale sia la ragione per cui la domanda viene respinta. Nel caso di *'mala causa'* il convenuto consegue il rifiuto della domanda per forza del legato ad effetto liberatorio: il valore di questa liberazione – calcolato secondo l'importo che egli doveva al testatore – è di conseguenza da accreditare al lascito. E nel calcolo della *quarta Falcidia* spettante all'erede è da aggiungere l'*emolumentum* della *liberatio legata*. Di conseguenza, nel caso di superamento della *quarta* è da decurtare proporzionalmente anche il legato liberatorio, come tutti i rimanenti legati¹⁴. Al contrario, se il convenuto già *de iure* non deve nulla al testatore, allora anche la liberazione non ha nessun valore calcolabile; la *liberatio relicta* è priva di contenuto: *'nihil videtur esse legato'*, afferma Paolo opportunamente.

Per il calcolo delle pretese sulla legittima e delle imposte ereditarie la differenziazione tra *'bona'* e *'mala causa'*, secondo l'istruttivo *dictum* tramandato da Paolo, è ancora oggi nel vigente diritto di significato determinante. Questo calcolo è da effettuare indipendentemente dal fatto se l'erede realmente chiami in giudizio il legatario. Infatti, nella valutazione della massa ereditaria c'è sempre, almeno in linea di pura ipotesi, da esaminare se una pretesa del presunto debitore dell'eredità potrebbe essere fatta valere con successo.

¹² Già J. CUIACIUS, *Ad Julii Pauli Libros Quaestionum*, in «Opera omnia», Prato, 1838, p. 1732 s., lo riconobbe chiaramente: «eos (sumptus) haeres iudicio superatus sine dubio adversario testatoris debet». L'erede doveva naturalmente sopportare le spese processuali sorte per suo conto. Dal lascito egli non riceveva rimborso per le spese derivanti da un processo evitabile, così come neanche il tutore ne riceveva dal patrimonio pupillare; cfr. il rescritto dei Severi citato in D. 26.7.2.6 (cfr. *infra*, § VI.1).

¹³ All'ordine di assoluzione *'si non paret absolve'* non fu aggiunta la seconda frase «l'attore sopporta le spese del processo». Secondo una disposizione di Nerone le spese giudiziarie erano sopportate dallo Stato: ogni avvocato riceveva dall'assistito un adeguato onorario fisso: Suet., *Nero* 17.

¹⁴ E cioè *per legem ipso iure*: D. 35.2.73.5; WACKE, *Die Rechtswirkungen der lex Falcidia*, cit. (nt. 6), p. 217 ss.

4. Anche dopo l'azione effettivamente esercitata il giudice non può lasciare in sospeso per quale ragione egli respinga la domanda. Piuttosto egli deve assumere la prova sull'asserzione che il convenuto doveva veramente qualcosa. La situazione è abbastanza simile ad oggi nel caso di compensazione opposta dal convenuto. Anche qui la cd. «teoria di respingere immediatamente la domanda» («Klageabweisungstheorie»), sostenuta talvolta in passato (da Adolf Stölzel), è stata da tempo superata a vantaggio della convincente «teoria dell'assunzione delle prove» («Beweiserhebungstheorie») ¹⁵. Il giudice deve assumere le prove sulla discussa pretesa principale anche nel caso di una contropretesa liquida. E nella sentenza si deve poter riconoscere se la domanda viene respinta a causa dell'inesistenza della pretesa rivendicata, o invece in ragione della compensazione con la contropretesa. Se questa questione rimanesse aperta, il caso in discussione non sarebbe definitivamente deciso. Anche nella nostra fattispecie di partenza, dalla *sententia iudicis* dovrebbe emergere con auspicabile chiarezza se si aveva l'assoluzione del convenuto 'in mala causa' in forza del legato di liberazione, o invece perché egli 'in bona causa' non dovesse nulla ¹⁶.

5. Dunque nel frammento di Paolo io avrei individuato un esempio di illustrazione del metodo, che Knut Wolfgang Nörr chiama programmaticamente «decontestualizzazione delle fonti romane». Decontestualizzare un ragionamento giuridico da una fonte storica significa: astraendo dalle peculiarità casistiche di secondaria importanza del caso di partenza, estrarre il nocciolo della motivazione della decisione e mettere a disposizione la *ratio decidendi* così ricavata per la corrispondente applicazione a casi analoghi, come possono presentarsi anche nel diritto attuale.

III. Il generale rimborso delle spese processuali per la parte soccombente

Sull'analisi delle altre fonti in argomento mi soffermerò un po' più brevemente.

Alla fonte sopra citata dalle *quaestiones* di Paolo, D. 34.3.30, il Cuiacio aggiungeva un *excursus* sulla sopportazione delle spese nel diritto posteriore secondo la regola da lui condivisa «ut victus victori reddat omnes sumptus litis» ¹⁷. Il generico obbligo processuale di rimborsare le spese nella misura giurata dal vincitore deriva da una disposizione di Giustiniano in C. 3.1.13.6 del 530 d. C.: '*sciant (iudices) in expensarum causa victum victori esse condemnandum*' ¹⁸. La regola '*victus victori in expensis est condemnandus*' si può chiamare una locuzione proverbiale ¹⁹. Nell' Occidente Teodorico dispone lo stesso condannando un possessore alla restituzione: egli deve rimborsare all'avversario le '*expensae litis vel sumptus*' dal giorno della proposizione dell'azione ²⁰. Quale motivazione giuridico-politica Teodorico indica: '*Hoc remedio fiet, ut in mala causa nullum litigare delectet*'. In presenza di auspici sfavorevoli nessun possessore tenuto alla restituzione deve decidersi di provocare una controversia. Come mezzo coercitivo per evitare processi non necessari Teodorico minaccia quindi del rischio della condanna alle spese processuali. Questa motivazione però si adatta solo ad un convenuto che coscientemente privi l'avversario della sua cosa. Tuttavia chi in buona fede contesti il suo obbligo di restituzione non è escluso dalla condanna. Ogni possessore convenuto deve perciò esaminare a proprio rischio se non convenga restituire spontaneamente. Tuttavia, si può a buon diritto dubitare che una parte addirittura «si diletta» di una controversia giuridica (come Teodorico si esprime). Raramente un processo costituisce un puro piacere.

¹⁵ Per tutti si veda O. JAUERNIG, *Zivilprozessrecht* ²⁷, München, 2002, § 45.II.

¹⁶ Tuttavia, i giudici romani in generale non dovevano motivare le loro sentenze: si veda KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. (nt. 1), p. 371 e nt. 17b (ivi letteratura). *Contra* recentemente, fra gli altri, MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in «Mélanges C.A. Cannata», Bâle-Genève, 1999, p. 53 ss.

¹⁷ CUIACIUS, *Ad Julii Pauli Libros Quaestionum*, cit. (nt. 12), p. 1732 s.

¹⁸ KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 631 s.

¹⁹ D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln* ⁶, München, 1998, n. V.23.

²⁰ *Ed. Theod.* 11: '*Quod si possessor pulsatus legibus, non reddiderit rem petitam, et sub cognitionis eventu adversus eum legibus fuerit lata sententia, a die, qua per auctoritatem conventus est et dedit responsum, expensas litis vel sumptus victus exsolvat. hoc remedio fiet, ut in mala causa nullum litigare delectet*'.

IV. *Improprie sentenze di contumacia*

In assenza del convenuto al processo di cognizione secondo Elio Antonino, in CI. 7.43.1 (circa 230 d.C.), il giudice non deve sempre decidere a favore dell'attore presente. Secondo Ulpiano, D. 5.1.73.pr.: *'pronuntiabitur non utique secundum praesentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet'*: pertanto prevale talvolta il convenuto assente, «se il diritto è dalla sua parte». Contro la supposizione di Simon e Hackl, la *'bona causa'* del convenuto non deve in nessun modo «derivare da un'indagine più precisa, che superi la mera attendibilità»²¹. Conforme all'interpretazione giusta di Max Kaser, l'azione era piuttosto da rigettare, se la richiesta dell'attore presente era (o inammissibile o) «manifestamente infondata»²². Come rovescio della *'bona causa'* del convenuto, l'attore è *'in mala causa'* se «non ha delle buone carte in mano». Ciò non significa che i fatti da lui sostenuti sulla base di un'assunzione delle prove (forse sommaria) non siano credibili. Piuttosto le sue reali affermazioni valgono come confessioni, sulla base dell'assenza del convenuto (cfr. § 331 cpv. 1 ZPO.). Ciononostante è da decidere contro l'attore presente se le sue affermazioni non giustifichino la sua domanda giudiziale (nel senso del § 331 cpv. 2 ZPO.)²³, se non si può quindi fare risalire in modo concludente il suo *petitum* ai fatti allegati. Un'azione non è concludente, per esempio, se viene richiesto risarcimento *ex lege Aquilia* per l'uccisione di un uomo libero (in quanto *'liberum corpus nullam respicit aestimationem'*: D. 9.3.7). Allo stesso modo, se un depositario compra un fondo con il denaro da lui custodito, una richiesta del depositante per la restituzione o il trasferimento della proprietà di questo fondo non sarebbe concludente²⁴. L'esame della «concludenza» («die Schlüssigkeitprüfung») della petizione in questo senso, è un'operazione puramente dommatica, da interrogarsi mediante il noto sillogismo giuridico, se le affermazioni dell'attore – ipoteticamente prese come vere – giustifichino secondo il diritto in vigore le pretese derivatene. Essa certamente non si deve confondere in nessun modo con la seconda questione, se la domanda sia fondata secondo i fatti allegati, se siano da riconoscere questi come credibili, cioè se le asserzioni corrispondano alla verità, questione questa molto più difficile, da indagare in un'ulteriore passo del procedimento, mediante l'assunzione delle prove.

Sono dunque nettamente da distinguere «concludenza» e «fondatezza» («Schlüssigkeit und Begründetheit») della pretesa, nella procedura *per formulas* addirittura visibilmente distribuite a due organi distinti: *praetor* e *iudex*. Un pretore era tenuto doverosamente a denegare un'azione inammissibile o non concludente nel senso descritto. Il frammento D. 5.1.73.pr., tratto dall'opera di Ulpiano *'de omnibus tribunalibus'*, riguarda però il processo *extra ordinem*²⁵. Il giudice competente doveva quindi rigettare l'azione, dove il pretore nel processo ordinario *per formulas* doveva denegarla come immeritevole di tutela²⁶. Il convenuto assente aveva *'bona causa'*, nel caso in cui anche se presente, in seguito ad un'azione inammissibile o non concludente, avrebbe vinto il processo senza assun-

²¹ Così tuttavia KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit. (nt. 1), p. 479, riprendendo una non meglio motivata supposizione di D. SIMON, *Summatim cognoscere*, in «ZSS.», LXXXIII, 1966, p. 195. Parimenti, in particolare, L. COENRAD, *Het beginsel van hoor en wederhoor in het Romeinse procesrecht Proefschrift*, Rotterdam, 2000, p. 123 ss. L'attore dovrebbe dunque, per avere la condanna del convenuto moroso, fornire una prova convincente della sua pretesa. Ciò è da respingere: si veda la mia recensione a COENRAD, *op. cit.*, in «SDHI.», LXVII, 2001, p. 549 ss.

²² Così correttamente (seppure con eccessiva cautela) KASER, nella prima edizione del suo *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, p. 377 n. 66.

²³ § 331 Abs. II ZPO.: «Soweit es den Klageantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrag zu erkennen; soweit dies nicht der Fall ist, ist die Klage abzuweisen».

²⁴ *Gordianus* CI. 3.32.6 (a. 239). Qui non c'è alcuna surrogazione reale. E il custode comprava per se stesso, non su incarico del depositante.

²⁵ Su questa opera si veda D. LIEBS, *Jurisprudenz*, in «Handbuch der lateinischen Literatur» (cur. R. HERZOG, P.L. SCHMIDT), IV, München, 1997, p. 183 s.

²⁶ Per la verifica del *petitum* dell'azione e della sua meritevolezza di tutela KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 239 s. (§ 32.IV).

zione di prove. In tali casi a ragione un convenuto rifiutava la chiamata in giudizio: effettivamente non era da considerare come *contumax*. Tramite provvedimenti di *coercitio* la sua comparizione non avrebbe dovuto essere imposta.

Nel diritto tedesco attuale tale sentenza pronunciata eccezionalmente contro l'attore presente è denominata «impropria sentenza di contumacia» («*unechtes*» oder «*uneigentliches Versäumnisurteil*») ²⁷, perché non si basa sull'assenza del convenuto. Essa è da impugnare con i rimedi previsti di regola per sentenze contraddittorie (con l'appello, non con il ricorso, come contro vere sentenze di contumacia). Una impropria sentenza di contumacia fa dunque le veci della *denegatio actionis*, che il pretore impiega nel processo formulare; e a differenza della *denegatio* ²⁸, la sentenza ha effetto di cosa giudicata.

V. La responsabilità per evizione

Se un compratore convenuto perde il processo per evizione, in quanto contumace, secondo Paolo D. 21.2.55, la garanzia del venditore viene a mancare: '*magis enim propter absentiam victus videtur quam quod malam causam habuit*'. Parimenti decide Modestino in D. 21.2.63.2, se il compratore perde la possibilità di appellare per decorrenza dei termini: '*si emptor appellavit et bonam causam vitio suo ex praescriptione perdidit, ad auctorem reverti non potest*'. La sentenza pronunciata contro il compratore a causa di una negligente conduzione del processo non prova che il venditore violò il suo obbligo contrattuale di garantire l'*habere licere*. In entrambi i casi il compratore era '*in bona causa*'; senza la sua contumacia avrebbe vinto la causa. Chiaramente il compratore trascurò anche di denunciare per tempo la controversia al venditore; come *denuntiatus* il venditore avrebbe potuto essere coinvolto nella lite ed evitare la condanna. Senza contumacia del compratore il giudice avrebbe dovuto rigettare la pretesa oggettivamente infondata del terzo. Le differenti cause dell'insuccesso processuale dovute ad '*abesse*' o a '*malam causam habere*' sarebbero chiaramente venute alla luce se le sentenze di contumacia (come avviene nel diritto tedesco attuale) fossero state qualificate esplicitamente come tali o, in caso contrario, come sentenze contraddittorie. Un compratore con '*bona causa*' dunque vince normalmente il processo; solo se perde per '*mala causa*' il venditore deve rispondere per evizione.

VI. La responsabilità del tutore

1. A causa di una negligente conduzione del processo anche un tutore risponde nei confronti del suo pupillo. Secondo Ulpiano (D. 26.7.9.6) un tutore viola i propri doveri, se, in '*mala causa*' del pupillo citato in giudizio, non riconosce il debito di questi, ma lo coinvolge in un processo non necessario:

D. 26.7.9.6 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Nec utique necesse habet, si conveniatur, per iudicem solvere, circoque si mala causa pupillaris est, denunciare sibi verum debet. denique Imperator Antoninus cum patre etiam honoraria eos imputare pupillo prohibuit, si supervacaneam litem instituissent, cum convenirentur a vero creditore: nec enim prohibentur tutores bonam fidem agnoscere.*

Secondo Antonino Caracalla il tutore non deve, nella cura richiestagli, fare gravare sul patrimonio del pupillo spese di avvocato ²⁹ evitabili; egli deve sopportarle personalmente (per «sanzione»: prin-

²⁷ Si veda, per tutti, JAUERNIG, *Zivilprozessrecht* ²⁷, cit. (nt. 1), § 66 II 2, 3b.

²⁸ La *denegatio*, secondo la dottrina dominante, non consumava l'azione: cfr. KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* ², cit. (nt. 1), p. 240 e nt. 51.

²⁹ Sugli onorari degli avvocati, diffusamente G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano, 1994, p. 186-210; A.A. DIMOPOULOU, *La rémunération de l'assistance en justice à Rome*, Athen-Komotini, 1999. Entrambe le autrici non si occupano del presente testo. Nella terminologia non ancora tecnicamente consolidata delle fonti giuridiche, si incontra, come sinonimo di '*honorarium*', anche '*merces*': significativo per lo stesso caso D.

cipio del 'sibi imputare debet'). E' qui evidente il parallelo con l'obbligo dell'erede di sopportare personalmente le spese nel caso del legato ad effetto liberatorio (considerato *supra*, § II: cfr. nt. 12).

2. Se il pupillo al contrario è giudicato ingiustamente, il tutore è tenuto nei suoi confronti al risarcimento del danno – secondo Gordiano (Cl. 5.37.11, a. 239) – se non propone appello contro la sentenza o il suo appello viene rigettato per non avere adempiuto colpevolmente le formalità richieste³⁰:

Cl. 5.37.11 (Gordianus Caecilio): *Si bonam causam ea cuius tutor es habuit et adversus latam sententia non appellasti seu post appellationem provocationis sollemnia implere cessaveris, tutelae iudicio indemnitate pupillae praestare debes.* (a. 239)

3. Gli avvocati devono ogni giorno fare i conti con processi di rivalsa di questo tipo. Il tribunale competente per i processi di rivalsa deve verificare come il tribunale competente a decidere il processo svoltosi avrebbe presumibilmente deciso la controversia senza l'errore commesso, più esattamente: come avrebbe dovuto deciderlo³¹.

VII. Corruzione del giudice

L'ultimo testo sulla 'bona causa' tratta di un caso di corruzione del giudice da parte dell'attore, la cui pretesa appare ben fondata: Ulpiano (26 *ad ed.*) D. 12.5.2.2: '*si dedi ut secundum me in bona causa iudex pronuntiaret ...*'. Contrario ai suoi doveri d'ufficio è il comportamento del giudice, in questo caso, nel ricevere il vantaggio offerto, ma non nella condanna del convenuto. Infatti, in 'bona causa' l'attore dovrebbe vincere la lite anche senza la corruzione del giudice. Tuttavia, ovviamente, Caracalla a generale scopo preventivo puniva l'attore con la perdita della pretesa³². Una simile sanzione infliggeva già Marco Aurelio contro il creditore che cercava di soddisfarsi sul debitore con violenza (*decretum divi Marci*)³³. Tuttavia, il provvedimento di Caracalla appare meno opportuno. Certo, a prima vista pensare alla decadenza dell'azione appare ovvio. Ma è ingiusto punire l'attore a vantaggio del convenuto. Un '*litem perdere*', un misconoscimento della azione pendente, è inoltre possibile solamente fino alla pronuncia della sentenza; dopo, si potrebbe al massimo pensare alla perdita dell'*actio iudicati*. Che cosa però succeda quando la corruzione viene scoperta dopo la soddisfazione dell'attore, rimane, nelle tre versioni a noi rimaste del rescritto di Caracalla, una questione aperta. Senza regolamentazione rimangono inoltre tre altri casi che, per ragioni di uguaglianza, pure esigono una sanzione, e cioè la corruzione del giudice: (1.) da parte dell'attore '*in mala causa*', così come da parte del convenuto, sia (2.) '*in bona causa*', sia (3.) '*in mala causa*'. Insomma, di quattro ipotizzabili casi Caracalla ne disciplina solo uno; il suo provvedimento è incompleto e, nel contenuto, poco utile. Probabilmente non voleva concedere ad un attore '*in bona causa*' il successo di conseguire, malgrado la sua dimostrata colpevolezza, una sentenza favorevole.

19.2.38.1, da un lato, e D. 50.13.1.13, dall'altro. Nel primo testo la COPPOLA, *op. cit.*, p. 196 s., a scopo di unificazione sostituisce '*honoraria*' per '*mercedes*', però senza necessità.

³⁰) Per l'adempimento dei *sollemnia provocationis*, v. M. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano, 1964, p. 122 ss.

³¹) Nel caso eventuale di una posteriore modifica delle disposizioni legislative è inoltre correttamente da considerare la situazione giuridica di allora, secondo il giudizio del tribunale allora chiamato a decidere.

³²) D. 12.5.2.2 (Ulp. 26 *ad ed.*): '*et non ita pridem imperator noster constituit litem eum perdere*'. Parimenti Cl. 7.49.1 (19 dic. 212 d.C.): '*... amittat actionem is, qui diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptela spem negotii reposuerit*'. Lo stesso riferisce Ulpiano in D. 3.6.1.3, menzionando Caracalla, con altre parole: '*ex hac causa litem perire iussit*'.

³³) D. 4.2.13; D. 48.7.7; su questo ora diffusamente A. BÜRGE, *Zwischen Eigenmacht und Recht*, in «*Iurisprudentia universalis, Festschrift Th. Mayer-Maly*», Köln-Weimar-Wien, 2002, p. 65 ss. e 74 ss.

VIII. Risultato provvisorio. Le prospettive di soddisfacimento nell'esecuzione forzata

1. Le fonti attestano le espressioni *'bonam'* e *'malam causam'* utilizzate in modo antitetico l'una rispetto all'altra. Entrambe si riferiscono o all'attore o al convenuto. Ha *'bonam causam'* la parte in cui favore il giudice deve pronunciare la sentenza secondo il diritto sostanziale (per esempio nel processo contumaciale) o avrebbe dovuto pronunciarla (per esempio nella rivendica del terzo che precede la rivalsa per evizione). Con l'aiuto della *'bona causa'* si procede a verificare se una sentenza è conforme al diritto sostanziale o se è una sentenza sbagliata.

Già nella *formula* dell'azione lo stesso contrasto tra *'bona'* e *'mala causa'* viene espresso in altri termini nella contrapposizione antitetica tra ordine di condanna e ordine di assoluzione: *si paret ... , condemna – si non paret, absolve*. Il *'parere'* obbliga il *iudex* ad esaminare i presupposti espressi nell'*intentio*: nelle *formulae in factum conceptae* solo questioni di fatto (*'si paret A^m A^m mensam argenteam apud N^m N^m deposuisse'*), nelle *formulae in ius conceptae* anche questioni di diritto (*'si paret hominem ex iure Quiritium Aⁱ Aⁱ esse; Si paret N^m N^m A^o A^o dare oportere'*).

2. Le prospettive di soddisfacimento nell'esecuzione forzata non appartengono tuttavia ai presupposti di diritto sostanziale, che pretore e giudice esaminano per una sentenza positiva. Che il convenuto abbia abbastanza danaro per pagare il debito del giudicato, non appartiene al successo dell'azione; l'attore perciò non ha bisogno di affermarlo. La scarsa solvibilità del convenuto non trasforma la *'bona causa'* dell'attore in *'mala causa'*. Anche se il fare valere il diritto poi non ripaga e pertanto molti attori opportunamente desistono da ciò (poiché «dove non c'è nulla da prendere, persino l'imperatore ha perso il suo 'diritto'»), il pretore non deve in nessun caso denegare l'azione proposta. Se potesse esserci ancora qualcosa da prendere, secondo il principio di priorità (a prescindere dalla procedura concorsuale), bisognerebbe piuttosto intervenire più rapidamente di altri creditori. La prospettiva di soddisfacimento non si adatta all'alternativa *'si paret ... si non paret'*; essa non appartiene né ai presupposti dell'azione né a quelli della condanna.

3. A ciò non apporta nessuna modifica il fatto che la *formula* talvolta ammetta eccezionalmente solo una *condemnatio* limitata nell'ammontare «a quanto può pagare il convenuto» (*'dumtaxat quod facere potest'*) o «fino all'ammontare del peculio» (*'dumtaxat de peculio'*). Contro la tesi sostenuta recentemente da Inge Kroppenbergs nella sua approfondita tesi di dottorato sull'insolvenza (Università di Maganza)³⁴, ritengo che l'*actio de peculio* non sia inconcludente nel caso di insolvenza incontestabile o probabile del peculio: *'tenet actio, etiam si nihil in peculio sit'*, insegna Paolo in D. 42.4.7.15; *'intenditur enim recte, etiamsi nihil in peculio sit'*, afferma nello stesso senso Ulpiano in D. 15.1.30.pr. insieme a Proculo e a Pegaso. Tutti i giuristi menzionati tengono conto del fatto che un peculio, al momento della *litis contestatio* operato di debiti, può diventare di nuovo solvibile entro il decisivo momento della pronuncia della sentenza. Come esempio già Labeone in D.15.1.43 riferiva il caso in cui il *dominus* vende il suo schiavo durante la lite³⁵, e in seguito il *peculium* aumenta possibilmente tramite le attribuzioni del compratore: l'alienante, condannato in questo caso a così tanto di più, non può pertanto lamentarsi, perché egli deve imputare solo a se stesso il fatto di avere venduto lo schiavo di sua volontà. Per quanto riguarda la durata del processo *apud iudicem* di solito si ritiene che il giudice, designato contemporaneamente con la *litis contestatio*, cominciava immediatamente con l'indagine e pronunciava presto la sua sentenza. Questo noto orientamento necessita forse di una correzione: se lo schiavo era nel frattempo alienato dal *dominus* convenuto e riceveva dal suo nuovo *dominus* un peculio più cospicuo, il processo sarebbe dovuto durare più a lungo. Anche la responsabilità del convenuto, ampiamente trattata dai giuristi, per i frutti e per il perimento della cosa durante il processo, si comprende solo nella prospettiva di una più lunga durata della seconda fase giudiziale *apud iudicem*.

³⁴) I. KROPPEBERG, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht*, Köln-Weimar-Wien., 2001, p. 134-155 (§ 11).

³⁵) Poiché lo schiavo non è l'oggetto della contesa, non si applica il divieto valido per le *res litigiosae*.

Già solo l'interrogatorio dei testimoni a seconda delle circostanze richiedeva parecchio tempo.

IX. Concetti sinonimici ?

Abbiamo incontrato i termini '*bonam*' o '*malam causam habere*' riferiti alle parti processuali, non troppo spesso, in sei testi di giuristi tardoclassici³⁶, in una costituzione imperiale anche essa tardoclassica³⁷, così come con lo stesso significato nell'impero occidentale sotto Teodorico, e in oriente sotto Giustiniano³⁸. In conclusione rimane da chiedersi se i giuristi romani utilizzassero anche altre espressioni con lo stesso significato di '*bona*' o '*mala causa*'. '*Bona*' o '*mala pars*' per indicare la parte vittoriosa o perdente non compare nelle fonti. In ogni caso non si trova troppo spesso '*pars*' nel senso di parte nelle fonti classiche, più spesso semmai nel tardoantico. In questo contesto '*causa*' è sinonimo di oggetto del contendere, di '*res qua de agitur*' («Streitgegenstand»). L'attore ha '*bonam causam*', se la sua pretesa fatta valere nel processo ha esito favorevole. Le fonti però non attestano l'espressione '*bonam*' (o '*malam*') '*rem habere*'. Si trova talvolta '*causam agere*' o '*defendere*', in particolare nel tardoantico³⁹. Nei testi giuridici tardolatini si incontra spesso '*rem*' o '*causam perdere*', il più delle volte in connessione con la *plurispetio*, accantonata da Giustiniano. Non è facile tradurre l'espressione in questo caso tecnica '*causa cadere*' ('*causa*' in ablativo), ma se ne può descrivere il significato: «non avere successo con la propria cosa», «perdere il processo (per motivi formali)». Il contrario di '*rem perdere*' o di '*causa cadere*' è '*obtinere*' o '*vincere*' (al passivo '*vinci*' per il convenuto). Tuttavia tutte queste espressioni definiscono l'evento processuale soltanto in modo puramente descrittivo. Indipendentemente da ciò, solo i due opposti '*bonam*' o '*malam causam habere*' esprimono il significato che qui interessa e cioè se la pretesa processuale merita anche il successo.

Infine, con riferimento all'impugnazione del testamento per mancanza dell'*officium pietatis*, Ulpiano in D. 5.2.1 riporta l'ammonimento universalmente valido per cui, per non farsi carico di costi inutili, sarebbe meglio non cominciare nessuna lite, qualora manchino sufficienti speranze di successo: '*melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum optinere spem non haberent*'. Abbiamo trovato un esempio di applicazione di questa massima nel caso di responsabilità del tutore trattato da Ulpiano in D. 26.7.9.6 (cfr. *supra*, § VI.1).

X. Osservazioni conclusive

1. Il concetto di «concludenza» dell'azione ci ha reso possibile distinguere fra sentenze di contumacia vere ed improprie (cfr. *supra*, § IV). Una azione concludente viene, in contumacia del convenuto, provvisoriamente considerata ben fondata, poiché le asserzioni addotte dall'attore valgono come confessioni. Contro il convenuto si pronuncia perciò una (vera e propria) sentenza di contumacia. A dispetto delle ammissioni, può accadere che le asserzioni dell'attore non giustificano la sua richiesta; in questo caso la sua azione non è concludente. Può persino essere *a limine* inammissibile. In entrambi i casi, in mancanza di '*bona causa*' la sentenza diretta contro l'attore presente è un improprio giudizio di contumacia, poiché non è basata sulla assenza del convenuto. Non appartengono al concetto di «concludenza», però, le prospettive di soddisfacimento nell'esecuzione forzata (cfr. *supra*, § VIII 2).

2. Sulla eterna problematica dei «processi sui processi», cioè su processi di rivalsa a causa di un precedente processo mal gestito (come quello del pupillo contro il tutore oppure del compratore con-

³⁶) Ulpiano D. 5.1.73.pr.; D. 12.5.2.2; D. 21.2.55.pr.; Paolo D. 34.3.30; Modestino D. 21.2.63.2.

³⁷) Gordiano Cl. 5.37.11 (239 d.C.).

³⁸) *Ed. Theod.* 11; Giustiniano Cl. 2.58.2.pr. (531 d.C.).

³⁹) Cfr. HEUMANN, SECKEL, *Handlexikon*, cit. (nt. 3), sv. '*pars*', p. 406, n. 2.

tro il venditore per evizione: cfr. *supra*, § V-VI) è da ricercare se tale processo fu perso per '*mala causa*' (per situazione giuridica sfavorevole) o per evitabili errori processuali ('*vitio suo*': D. 21.2.63.2).

3. Un generico obbligo della parte soccombente al rimborso delle spese processuali – per respingere processi temerari – non venne introdotto che nel tardoantico (in Occidente nel 506, in Oriente nel 531 d.C: cfr. *supra*, § III). Da tali obblighi meramente processuali bisogna tuttavia distinguere una eventuale pretesa sostanziale al rimborso, che caso per caso nel diritto classico (come nell'ipotesi di un efficace legato di liberazione: cfr. *supra*, § II) poteva già costituire oggetto di una *intentio*.

4. Un'analisi del nostro primo e più importante frammento, D. 34.3.30 (cfr. *supra*, § II), ci fa dedurre infine, in accordo con l'opinione di recente avanzata, che anche nel processo civile classico le sentenze avevano bisogno di una motivazione, comprese quelle di tribunali collegiali come i *centumviri*. Le motivazioni, cioè, erano talvolta determinanti per l'estensione della forza di legge della sentenza.

5. In precedenza ho fatto riferimento al diritto processuale moderno come termine di paragone più spesso di quanto fosse in generale abituale negli studi storico-giuridici dell'ultimo secolo. L'applicazione euristica sia di concetti che di istituti giuridici moderni è necessaria anche per illuminare fenomeni storici tramandati in modo imperfetto, nonché per valutarli tramite il confronto. L'idea di poter descrivere regole storico-giuridiche e storico-processuali prese da sole si fonda su un miraggio e rimane un'illusione. «Poiché con un solo occhio non si può vedere in tre dimensioni» scriveva Richard Schott quasi cento anni fa in un quaderno su «Processo civile romano e scienza processuale moderna» (Monaco 1904). Solo «se accanto all'occhio puramente storico viene utilizzato, come secondo, l'occhio del diritto moderno, per vedere in lontananza, ... possiamo distinguere in prospettiva le cose l'una dall'altra e apprezzarle nelle loro reciproche relazioni»⁴⁰.

⁴⁰ Così Richard SCHOTT, *Römischer Zivilprozess und moderne Prozesswissenschaft*, München, 1904, p. 7. Su questo A. WACKE, *Antikes im modernen Zivilprozess*, in «Orbis Iuris Romani», III, 1997, p. 68 ss. e 77 s. Allo stesso tema è dedicato un articolo, di cui sono venuto successivamente a conoscenza, di B. BIONDI, *Intorno alla romanità del processo civile moderno*, in «BIDR.», XLII, 1934, p. 356-431 = *Scritti giuridici*, II, Milano, 1965, p. 368 ss.