



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXXVI

Settore Concorsuale: 12/H1 - Diritto romano e Diritti dell'antichità

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/18 - Diritto romano e Diritti dell'antichità

DE PRIVATI IUDICIS OFFICIO

**CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL CRITERIO DI IMPUTAZIONE
DELLA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE CHE FA SUA LA LITE**

Presentata da: Giulia Rabaioli

Coordinatore Dottorato

Chiar.mo Prof. Marco Cavina

Supervisore

Chiar.ma Prof.ssa Fabiana Mattioli

Esame finale anno 2024

DE PRIVATI IUDICIS OFFICIO

CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL CRITERIO DI IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE CHE FA SUA LA LITE

INDICE

PREMESSA.....	I
---------------	---

CAPITOLO PRIMO

LE XII TAVOLE E LE PRIME ATTESTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE.1

1. <i>L'officium iudicis</i>	1
1.1. Il ruolo del giudice in Roma arcaica.....	9
1.2. La scelta e la nomina del giudice.....	20
2. La <i>Duodecim Tabularum lex</i>	35
2.1. XII Tab. 2.2.....	39
2.1.1. Primo significato di <i>Diei diffissio</i>	40
2.2. Le <i>excusationes</i>	44
2.2.1. <i>Morbus sonticus</i>	44
2.2.2. Riflessioni conclusive in merito al <i>morbus sonticus</i> . Ipotesi per una ricostruzione.	59
2.3. <i>Status dies cum hoste</i>	60
2.4. Riflessioni conclusive: XII Tab. 2.2. e la responsabilità del giudice per violazione delle formalità processuali.	63
3. La corruzione giudiziaria di XII Tab. 9.3.	67
4. La responsabilità del giudice nelle XII Tavole. Riflessioni conclusive.	94

CAPITOLO SECONDO

L'EMERSIONE DEL <i>IUDEX QUI LITEM SUAM FECIT</i>	98
1. Mac. Sat. 3,16,15.....	98
1.1. La fonte.....	98
1.2. Interpretazione del testo.....	101
1.3. Il significato di <i>litem suam facere</i> in Macrobio.....	103
2. Gell. Noct. Att. 10,1,4-5.....	105
2.1. Il significato del testo.....	105
3. P. Ant. I. 22.	116
3.1. Il testo.....	117
3.2. La ricostruzione della fonte.....	119
3.2.1. Parte prima (linee 1-6).....	120
3.2.1. Parte seconda (linee 6-11).....	125
3.3. <i>La fattispecie del litem suam facere nel P. Ant. I, 22 (recto)</i>	133
4. Lex Irnitana, Caput 91.....	134
4.2. <i>Litem suam facere nella Lex Irnitana</i>	146
5. Riflessioni conclusive.....	148

CAPITOLO TERZO

IL CRITERIO DI IMPUTAZIONE DEL <i>LITEM SUAM FACERE</i> NEL PERIODO CLASSICO	151
1. Il <i>litem suam facere</i> per Gaio.....	151
1.1. Le <i>Institutiones</i> : Gai. 4,52.....	151
1.1.1. La testimonianza della fonte.....	151
1.1.2. La ricostruzione del testo.....	154
1.1.3. <i>litem suam facere</i> come errore.....	155
1.1.4. La validità della sentenza: una questione dibattuta.....	158
1.1.5. Conseguenze alle violazioni sostanziali.....	165
1.1.6. Riflessioni conclusive.....	168
1.2. Le <i>Res cottidianae</i>	169

1.2.1.	D. 44,7,5,4 (<i>Gai. III aur.</i>).....	169
1.2.1.1.	La ricostruzione del testo	169
1.2.1.2.	<i>Imprudentia</i>	171
1.2.1.2.1.	Fonti letterarie	171
1.2.1.2.2.	Fonti giuridiche	181
1.2.1.2.2.1.	Prima di Gaio.....	181
1.2.1.2.2.2.	Fonti post-gaiane	184
1.2.2.	D.50,13,6 (<i>Gai. III rer. cott. sive aur.</i>)	189
1.2.2.1.	La ricostruzione del testo	189
1.2.2.2.	<i>Licet per imprudentiam</i>	191
1.2.3	Significato di <i>imprudentia</i> nelle <i>Res cottidianae</i>	198
2.	<i>Litem suam facere</i> nel periodo dei Severi: Ulpiano	199
2.1.	D. 5,1,15,1 <i>Ulp. XXI ad ed</i>	199
2.1.1.	Testimonianza della fonte	199
2.1.2.	La ricostruzione del testo.....	201
2.1.2.1.	La collocazione palinogenetica del frammento	201
2.1.2.2.	La parte genuina della fonte	205
2.1.2.3.	Le presunte interpolazioni	210
2.1.3.	<i>Litem suam facere</i> per Ulpiano	215

CAPITOLO QUARTO

I RIMEDI CONTRO IL GIUDICE CHE FA SUA LA LITE	217
1. Le conseguenze a cui andava incontro il giudice prima dell'elaborazione del <i>litem suam facere</i>	217
1.1. L'oscura origine del processo per <i>legis actiones</i> e il passaggio alle formule ...	217
1.2. Le conseguenze per il giudice che violava le formalità processuali	223
1.2.1. <i>Mutatio iudicis</i>	224
1.2.1.1. Gli impedimenti del giudice e le <i>excusationes</i>	225
1.2.2. <i>Manus iniectio</i>	235
1.2.3. <i>Multae dictio</i>	239

2.	I rimedi contro il giudice che fa sua la lite	248
2.1.	La prova dell'esistenza di <i>un'actio in factum</i> : D. 50,13,6	248
2.2.	La natura dell' <i>actio adversus iudicem qui litem suam fecit</i>	252
2.3.	La condanna.....	260
2.3.1.	D. 5,1,15,1 e la <i>vera aestimatio litis</i>	260
2.3.2.	Gai. 4,52 e la condanna <i>in aequum</i>	264
3.	La ricostruzione della formula	265
4.	Riflessioni conclusive	268

CAPITOLO QUINTO

L'EMERSIONE DEL CRITERIO SOGGETTIVO DI IMPUTAZIONE DEL GIUDICE CHE FA SUA LA LITE	271
1. Il giudice nel periodo tardoantico: da privato cittadino a funzionario pubblico 271	
2. La responsabilità del giudice nel periodo postclassico	282
2.1. Una nuova forma di responsabilità disciplinare-penale del giudice	282
2.2. La responsabilità patrimoniale del giudice nel periodo post-classico.....	290
2.2.1. Il <i>litem suam facere</i> nel Codice Teodosiano	296
2.3. Il <i>litem suam facere</i> in Giustiniano.....	301
2.3.1. C. 2,3,29.....	301
2.3.2. Le <i>institutiones</i> : I. 4,5 pr. e la responsabilità del giudice che fa sua la lite <i>licet per imprudentiam</i>	305
2.3.3. Riflessioni conclusive	308
3. La parafrasi di Teofilo e i Basilici: una prima accezione soggettiva	311
3.1. La parafrasi di Teofilo	311
3.2. I basilici e la Glossa.....	314
4. Il consolidamento di un malinteso: <i>litem suam facere</i> fattispecie colposa ...	319
4.1. Cuiacio e Donello e il concetto di <i>culpa-imprudencia</i>	319
4.2. La teorizzazione dell'imprudenza non scusabile: la <i>culpa</i> come elemento necessario dei quasi delitti	324

CONCLUSIONI	327
BIBLIOGRAFIA	334
INDICE DELLE FONTI.....	352

PREMESSA

Come è universalmente riconosciuto, il giudice riveste un ruolo di significativa importanza all'interno di ciascun ordinamento giuridico, in virtù del peculiare *officium* ad esso assegnato. Questa posizione preminente è stata recentemente confermata nelle Carte costituzionali, accompagnata da garanzie di indipendenza e autonomia.

Nel contesto contemporaneo, siamo abituati a considerare il potere giudiziario come soggetto alla sovranità popolare, o più correttamente, al potere legislativo¹, seguendo un approccio panpositivista che mira a sottomettere ogni aspetto alla legge². Infatti, il principio di legalità permea ogni ramo del diritto. Tuttavia, è prassi consolidata tra i giudici quella di seguire gli orientamenti giurisprudenziali delle Corti superiori e uniformarsi alle loro indicazioni³. Questo principio, noto soprattutto nei Paesi anglosassoni, è conosciuto come *stare decisis*, secondo il quale i giudici inferiori devono conformarsi alle decisioni dei giudici superiori in casi simili o assimilabili.

¹ Si vedano le riflessioni di G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura (relazione al Convegno di studio Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana. La sovranità popolare, Padova, 19-20-21 giugno 2003)*, in *Costituzionalismo.it*, fas. 3, 2003 consultabile al link https://www.costituzionalismo.it/wp-content/uploads/Costituzionalismo_107.pdf; G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudici e legge*, Napoli, 2012, *passim*; L. LABRUNA, *Un tema senza tempo: il difficile rapporto tra il giudice e la legge. Qualche riflessione a proposito di un recente volume*, in *Civitas et Civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, I, Torino, 2013, 453-461; G. VALDITARA, *Giudici e legge*, 2015, Roma, *passim*; L. LONGHI, *Il ruolo del giudice dalla legittimazione democratica della giurisdizione alla democrazia giurisdizionale*, in *Osservatorio AIC*, fas. 4, 2019, 24-38.

² Tale visione nell'Europa moderna trova il suo fondamento nell'art. 6 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (26 agosto 1789) elaborato da J.J. Rousseau che recita «La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents».

³ L'ordinamento giudiziario, però, rompe lo schema costituzionalmente predisposto con uno *stare decisis de facto*. Sul punto sono interessanti le riflessioni di A. MANIACI, *Il precedente giudiziale in Italia: verso lo 'Stare decisis'?* in *Rivista critica del diritto privato*, XXXII, n.4, 2014, 567-590 e L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, 185 ss., in part. 242 ss.

La tendenza di tenere in considerazione le sentenze emanate da altre giurisdizioni è fisiologica⁴. Tuttavia, nel sistema di *Civil law* tali decisioni non sono vincolanti, ma solo persuasive⁵. In altre parole, il precedente potrebbe influenzare l'attività del giudice senza obbligarlo a conformarsi ad esso.

Nel corso del tempo e attraverso numerose riforme, il nostro ordinamento ha previsto specifici casi in cui la *suasion* si è trasformata in vincolatività formale, prescritta da norme specifiche. Questo è particolarmente evidente nelle sentenze a vocazione nomofilattica, il cui obiettivo è uniformare l'interpretazione delle norme vigenti nell'ordinamento⁶.

Conferire un tale potere alla giurisdizione superiore rappresenta un'innovazione nel sistema costituzionale: il giudice diventa una fonte del diritto senza garanzie di certezza per i privati. Questo ha contribuito a una graduale diminuzione della fiducia nella magistratura a partire dagli anni Novanta del secolo scorso.

In questo contesto, la riflessione sulla responsabilità del giudice è particolarmente rilevante, specialmente alla luce di fatti di cronaca che hanno suscitato diffidenza

⁴ Si pensi anche agli albori della *scientia iuris*: i Romani si basavano su un ordinamento casistico come fisiologica modalità di risolvere le controversie e raggiungere una parità di trattamento tra i consociati.

⁵ Tra due modelli estremi (quello di totale irrilevanza del precedente e quello della c.d. vincolatività formale del precedente giudiziario) si colloca la c.d. vincolatività *de facto* o persuasiva, regola basata su principi o leggi *imperfectae*. Cfr. A. MANIACI, *Il precedente giudiziale in Italia*, cit., 573 ss.

⁶ Si ricordino le sentenze di accoglimento delle eccezioni di incostituzionalità, le sentenze della Corte di Cassazione rivolte al giudice del rinvio (ad esempio, in relazione agli artt. 384 comma 2 c.p.c.; 623 e 627 c.p.p. e art. 173 disp. att. c.p.p.), le sentenze interpretative della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (così come sancito dall'art. 267 TFUE) e le sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo (orientamento oramai consolidato dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalle sentenze n. 348/2007 e n. 349/2007). Oltre a queste sentenze, l'ordinamento italiano conosce anche ulteriori casi di precedente vincolante che portano, inevitabilmente, ad uno *stare decisis de facto et de iure*. Nessuna branca del diritto va esente da questa tendenza: nella giurisdizione civile si rammenti, a titolo di esempio, l'interpretazione dell'art. 374 comma 3 c.p.c.; in quella penale si vedano gli artt. 610 comma 2 c.p.p., 618 c.p.p. e 173 disp. att. c.p.c.; anche nella giurisdizione del giudice amministrativo ci sono norme interpretate secondo il vincolo di un precedente giudiziale (ad esempio, l'art. 99 c.p.a.).

sull'operato dei magistrati⁷. Ripensare alla responsabilità del giudice è quindi cruciale per ristabilire la fiducia dei cittadini nella magistratura.

L'opportunità di approfondire questo tema nasce dall'attuale contesto storico-culturale e dal desiderio di indagare le origini della responsabilità del giudice per comprendere meglio le questioni giuridiche sottostanti.

In particolare, con il presente lavoro mi propongo di analizzare la responsabilità del solo giudice civile che aveva il compito di decidere le liti tra i privati⁸, circoscrivendo la ricerca al *iudex qui litem suam fecit*⁹.

⁷ Il riferimento è ai fatti gravissimi che hanno coinvolto il Dr. Palamara non tanto nel processo per corruzione (abituati, come sono gli Italiani, al tema dopo il fenomeno di 'Tangentopoli'), ma per il c.d. scandalo delle nomine (così lo battezza l'*Internazionale* <https://www.internazionale.it/notizie/2021/09/23/palamara-scandalo-csm>) che ha portato alla luce un sistema politico di assegnazione dei ruoli strategici della procura italiana.

⁸ Nella presente trattazione, non verranno approfonditi i ruoli dei giudici delle cause criminali, i quali hanno da tempi antichi rivestito un ruolo più istituzionale e 'pubblico'. In particolare, nei procedimenti per *provocatio*, in cui il popolo romano fungeva da organo giudicante, risulta complesso identificare profili di responsabilità. È pertanto opportuno sottolineare che l'interesse per la responsabilità civile del giudice è motivato anche dalla sfida rappresentata dalla possibile attuazione di una responsabilità extracontrattuale del magistrato, mentre si tendono a considerare acquisiti sia i profili penalistici, sia i profili disciplinari nei casi di violazione delle norme penali e dei codici deontologici.

⁹ La letteratura sul tema è sterminata. Riporto alcuni dei contributi che ho direttamente analizzato: H. HÜBNER, *Zur Haftung der «iudex qui litem suam fecit»* in *IURA* 5, 1954, 200 ss.; D. STOJCEVIC, *Sur le caractère des quasi-délits en droit romain*, in *IURA* 8, 1957, 57 ss.; P. STEIN, *The nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law*, in *RIDA*, 5, 1958, 567 ss.; J.M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, 1966; D. PUGSLEY, *Litem suam facere*, in *The Irish Jurist* 4, 1969, 351 ss.; W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico* in *RISG*, 14, 1970, 194 ss.; ID., *Sulla cosiddetta responsabilità dei «quasi delitti» nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna in La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del III Congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1977, 1277 ss.; F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in *BIDR*, 76, 1973, 171 ss.; D.N. MACCORMICK, *Iudex qui litem suam fecit*, in *Acta Juridica. Essays in Honour of Ben Beinart*, II, Cape Town, 1977, 149 ss.; G. MACCORMACK, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, in *ANRW*, II, 14, Berlin-New York, 1982, 16 ss.; A. D'ORS, *Litem suam facere*, in *SDHI* 48, 1982, 368 ss.; P.B.H. BIRKS, *A New Argument for a Narrow View of Litem Suam Facere*, in *TR*, 52, 1984, 473 ss.; I. CREMADES-J. PARICIO, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, in *AHDE*, 54, 1984, 179 ss.; G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano* in *Studi in onore di E. Betti*, Milano, 1962, 727 ss.; J. PARICIO, *Estudio sobre las «acciones in aequum conceptae»*, Milano, 1986; ID., *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, Madrid, 1987; F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, in *BIDR*, 91, 1988, 1 ss.; F. LAMBERTI, *Riflessioni in tema di litem suam facere*, in *Labeo*, 36, 1990, 218 ss.; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990; A.

L'obiettivo della mia ricerca è di fornire un'analisi unitaria del criterio di imputazione del giudice nel diritto romano e di esaminare l'elaborazione proposta dai giuristi romani in materia di responsabilità del *iudex privatus*.

Per raggiungere questo obiettivo, intendo confrontare le fonti relative al *litem suam facere* - dopo averne indagato l'origine - al fine di rileggerle in coerenza sistematica tra di loro.

BURDESE, *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, 151 ss.; ID., *In margine alla responsabilità del giudice di diritto romano*, in *Fraterna munera. Studi in onore di L. Amirante*, Salerno, 1998, 53 ss.; ID., *Ancora sul "iudex qui litem suam facit"*, in *ΕΡΚΟΣ. Studi in onore di F. Sartori*, Padova, 2003, 21 ss.; S. PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustiniana*, in S. PULIATTI – A. SANGUINETTI (a cura di), *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del Convegno, Modena, 21-22 maggio 1998*, Milano, 2000, 57 ss.; A. FÖLDI, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, III, Napoli, 2001, 411 ss.; R. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, 2004; ID., *In margine al litem suam facere in età postclassica e giustiniana*, in *SDHI*, 79, 2013, 423 ss.; M. GIUSTO, *Per una storia del litem suam facere*, in *SDHI*, 71, 2005, 459 ss.; ID., *Litem suam facere (a proposito di una recente monografia)* in *SDHI*, 72, 2006, 389 ss.; R. LAMBERTINI, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino, 2010, 189 ss.; F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna, 2010; R. FERCIA, *Litem suam facere da Adriano ai Severi*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, Padova, 2015, 917 ss.; C. VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell'età classica, tra negligenza e corruzione*, in *Index*, 41, 2013, 455 ss.; ancora R. SCEVOLA, *Origini, regimi e sanzioni del 'litem suam facere'*, in 'Crimina' e 'delicta'. *Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2019, 391-517; ID., *Tra 'vera aestimatio litis' e 'quantum de ea re aequum visum fuerit': sulla condanna del 'iudex qui litem suam fecit'*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, XXXIV, 2021, 425-472 (= in L. GAROFALO (a cura di), 'Ius civile europaeum'. *Pena privata e risarcimento del danno. Atti della 'Winter School' dell'Università di Padova, 20-24 febbraio 2017. Lezioni e ricerche* Pisa, 2021 pubbl. 2022, 333-385).

CAPITOLO PRIMO

LE XII TAVOLE E LE PRIME ATTESTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE.

SOMMARIO. 1. *L'officium iudicis* – 1.1. Il ruolo del giudice in Roma arcaica. – 1.2. La scelta e nomina del giudice. – 2. La *Duodecim Tabularum lex*. – 2.1. XII Tab. 2.2.– 2.1.1. Primo significato di *diei diffissio*. – 2.2. Le *excusationes*. – 2.2.1. *Morbus sonticus*. - 2.2.2. Riflessioni conclusive in merito al *morbus sonticus*. Ipotesi per una ricostruzione. – 2.3. *Status dies cum hoste*. – 2.4. Riflessioni conclusive: XII Tab. 2.2 e la responsabilità per violazioni delle formalità processuali. – 3. La corruzione giudiziaria di XII Tab. 9.3. – 3.1. Note conclusive. - 4. La responsabilità del giudice nelle XII Tavole. Riflessioni conclusive.

1. L'OFFICIUM IUDICIS

Il concetto di *officium iudicis* ha sempre rappresentato un tema di grande dibattito per gli antichi Romani, e la comprensione del suo significato non è impresa semplice. Anche i letterati romani sottintendevano il significato giuridico di questa locuzione. Ad esempio, Quinto Orazio Flacco, nel 13 a.C., nell'Epistola ai Pisoni, delineava le virtù e i doveri dei poeti, sottolineando l'importanza di conoscere l'amore per la patria, per gli amici e per la famiglia, nonché i compiti del senatore, del giudice e del generale¹⁰.

¹⁰ Orazio, *Ars Poetica*, vv. 312-316 *Qui didicit, patriae quid debeat et quid amicis, / quo sit amore parens, quo frater amandus et hospes, / quod sit conscripti, quod iudicis officium, quae / partes in bellum missi ducis, ille profecto / reddere personae scit convenientia cuique*. Chi conosce il suo debito verso la patria e gli amici, l'amore verso il padre, l'amore verso il fratello e l'ospite, il suo dovere come senatore e come giudice, la sua parte di generale in guerra, egli certo saprà far dire a ognuno dei suoi personaggi le sue giuste parole». Trad. a cura di E. MANDRUZZATO, *Le lettere*⁶, Milano, 1983 277.

Anche Ovidio, all'inizio della sua opera intitolata *Tristia*¹¹, esprimeva in versi la sua tristezza per l'esilio ed esortava il *parvus liber* a diffondersi a Roma senza il suo autore. In particolare, ammoniva il suo libro, equiparandolo al giudice, di informarsi sui fatti e sulle circostanze, così che i lettori non l'avrebbero criticato.

È probabile che anche Quinto Elio Tubero¹² e Marco Porcio Catone¹³ abbiano scritto sull'argomento, anche se le loro opere non ci sono pervenute. Aulo Gellio,

¹¹ Ovidio, *Tristia*, I,1,37 *Iudicis officium est ut res, ita tempora rerum | quaerere: quaesito tempore totus eris*. «È dovere del giudice esaminare sia i fatti sia la circostanza dei fatti. Tenuto conto delle circostanze, tu sarai al sicuro». Trad. a cura di F. DELLA CORTE-S. FASCE, *Opere di Publio Ovidio Nasone*, II, Torino, 1986 rist. 1991, 131.

¹² Si hanno notizie di questo giurista grazie a Pomponio, D. 1,2,2,46 (*Pomp. lib. sing. enchir.*) *Post hos quoque Tubero fuit, qui ofilio operam dedit: fuit autem patricius et transiit a causis agendis ad ius civile, maxime postquam Quintum Ligarium accusavit nec optinuit apud Gaium Caesarem. Is est Quintus Ligarius, qui cum Africae oram teneret, infirmum Tuberonem applicare non permisit nec aquam haurire, quo nomine eum accusavit et Cicero defendit: exstat eius oratio satis pulcherrima, quae inscribitur pro Quinto Ligario. Tubero doctissimus quidem habitus est iuris publici et privati et complures utriusque operis libros reliquit: sermone etiam antiquo usus affectavit scribere et ideo parum libri eius grati habentur*. «Dopo costoro visse Quinto Tubero, che collaborò con Ofilio. Egli era un patrizio, e passò al diritto civile, dal trattare cause, soprattutto dopo che accusò Quinto Ligario presso Caio Cesare e non ottenne vittoria. È il Quinto Ligario che, allorché presidiava la costa dell'Africa, non permise a Tubero, che era infermo, né di approdare né di rifornirsi d'acqua, e per questo Tubero lo accusò e Cicerone lo difese: rimane l'orazione di quest'ultimo, davvero bellissima, che si intitola *In favore di Quinto Ligario*. Tubero venne ritenuto dottissimo in diritto sia privato sia pubblico, e lasciò parecchi libri in entrambe le materie. <Tuttavia> si studiò di scrivere in uno stile arcaico e perciò i suoi libri sono considerati poco gradevoli» Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Iustitiani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I, Milano, 2005, 91 ss. Cfr. A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, 1960, Milano, 4 ss.; A. MANZO, *Quinto Elio Tubero e il suo tempo*, in *JusOnline*, 3/2018, 57 ss. consultabile anche al link <https://jusvitaepensiero.mediabiblos.it/news/allegati/Manzo%20-%20Jusonline%203-2018.pdf>. Per un inquadramento, cfr. anche ID., *Riflessione storiografica e pensiero giuridico in Quinto Elio Tubero il giovane*, 2020, Napoli, *passim*.

¹³ Una testimonianza è data da Aulo Gellio, *Noct. Att.* 14,2,26 *Verba ex oratione M. Catonis, cuius commeminit Favorinus, haec sunt: 'Acque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero parerent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi, unde petitur, ei potius credendum esse. Nunc si sponsionem fecisset Gellius cum Turio, ni vir melior esset Gellius quam Turius, nemo, opinor, tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium: si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi, unde petitur'*. «Ecco il testo del passo di Marco Catone citato da Favorino: 'E io dagli antenati ho ricevuto questo insegnamento: se uno reclama qualcosa da un altro e sono tutt'e due alla pari, onesti o disonesti, avendo i due prodotto la causa senza partecipazione di testimoni, si deve di preferenza dar credito al convenuto. Ora, se Gellio e Turio si fossero impegnati "col patto che Gellio non fosse migliore di Turio", nessuno mi pare sarebbe così pazzo da giudicare che Gellio è migliore di Turio: se Gellio non è migliore di Turio, è preferibile credere al convenuto». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche di Aulo Gellio*, Torino, 1992, II, 1047. In questo passo, l'erudito fa espresso riferimento agli insegnamenti di Catone che espone una regola che deve seguire il giudice nella causa: se vi sono due contendenti moralmente pari, si darà la ragione a colui che chiede di essere pagato.

nella sua opera poliedrica, affronta la problematica, narrando un episodio in cui egli stesso, nominato giudice privato, chiede al filosofo Favorino di aiutarlo a comprendere i compiti assegnati ai giudici:

Gell. *Noct. Att.* 14,2,12-13

*Tum Favorinus religione illa cunctationis et sollicitudinis nostrae conprobata: 'id quidem,' inquit 'super quo nunc deliberas, uideri potest specie tenui paruaque esse. Sed si de omni quoque officio iudicis praeire tibi me uis, nequaquam est uel loci huius uel temporis; est enim disceptatio ista multiuigae et sinuosae quaestionis multaque et anxia cura et circumsipientia indigens'*¹⁴.

La complessità del tema è evidente anche per il filosofo, come dimostra l'episodio descritto da Gellio. Ridurre la trattazione dei compiti del giudice privato è un'ardua impresa che coinvolge diverse questioni. Il primo problema riguarda il significato del termine *officium*. Questa parola ha molteplici significati e molte definizioni sono state proposte nel corso del tempo, spesso incontrando difficoltà: a volte viene attribuito un significato troppo specifico, altre volte troppo generale¹⁵.

¹⁴ Gell. *Noct. Att.* 14,2,12-13 «Favorino lodo lo scrupolo che mi faceva esitante e preoccupato, poi disse: «il caso su cui stai deliberando può apparire, dall'esterno, modesto e insignificante; ma se vuoi il mio suggerimento anche sul dovere del giudice in generale, questo non è proprio né il luogo né il momento; è un tema dalla problematica molteplice e complicata, che richiede un esame e un'applicazione minuziosa e circospetta». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., II, 1043.

¹⁵ Tra gli altri, si veda Cicerone, che, dopo aver enunciato di voler definire *officium*, così scrive: *de off.* I,7-8. [...] *Omnis de officio duplex est quaestio. Unum genus est, quod pertinet ad finem bonorum, alterum, quod positum est in praeceptis, quibus in omnes partes usus vitae conformari possit. Superioris generis huiusmodi sunt exempla, omniane officia perfecta sint, num quod officium aliud alio maius sit et quae sunt generis eiusdem. Quorum autem officiorum praecepta traduntur, ea quamquam pertinent ad finem bonorum, tamen minus id apparet, quia magis ad institutionem vitae communis spectare videntur; de quibus est nobis his libris explicandum. Atque etiam alia divisio est officii. Nam et medium quoddam officium dicitur et perfectum. Perfectum officium rectum, opinor, vocemus, quoniam Graeci κατόρθωμα, hoc autem commune officium καθήκον vocant. Atque ea sic definiunt, ut rectum quod sit, id officium perfectum esse definiant; medium autem officium id esse dicunt, quod cur factum sit, ratio probabilis reddi possit.* «Il complesso della dottrina riguardante il

Tra i vari concetti associati al termine *officium*, quello di ‘dovere’ prevale in modo predominante, poiché etimologicamente sembra essere una combinazione dei termini *opus* e *facere*¹⁶.

Inizialmente, il termine *officium* poteva denotare un dovere liberamente assunto da un individuo che sceglieva di compiere o prestare una determinata attività. Nel corso del tempo, tuttavia, ha acquisito una connotazione più precisa, indicando un'opera svolta a vantaggio degli altri o a beneficio della collettività¹⁷. Da ciò, emerge l'idea che l'*officium* sia un peso¹⁸ o un *munus*, ossia un dovere al quale non è possibile

dovere abbraccia due parti: la prima spettante il sommo bene, la seconda consistente nelle norme pratiche, cui si deve adeguare la pratica della vita in tutti i suoi aspetti. Esempi della prima potrebbero essere questi: se tutti i doveri siano assoluti, se qualcuno di essi sia più importante di un altro, e quanto rientra nello stesso genere di quesiti. I doveri poi, di cui si danno delle norme, pur riguardando anch'essi il bene sommo, tuttavia ne hanno o meno l'apparenza, perché sembrano interessare piuttosto la condotta della vita comune; e di ciò si tratterà in questi libri. Ma vi è pure un'altra divisione dei doveri: vi è infatti il dovere cosiddetto relativo e quello assoluto. Dover assoluto potremmo chiamare il «retto», poiché i Greci lo denominano *κατόρθωμα*, e l'altro comune, *καθηκον*. La loro definizione è tale che il retto è definito appunto come dovere assoluto, e chiamano dovere relativo quello di cui si possa dare una giustificazione approvabile». Trad. a cura di L. FERRERO-N. ZORETTI, *Opere politiche e filosofiche di M. Tullio Cicerone*, I, Torino, 1974 rist. 1995, 583.

¹⁶ In tal senso F. CANCELLI, *Saggio sul concetto di «officium» in diritto romano*, in *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, 1957-1958, 352. Ugualmente V. FROSINI, s.v. *Officio*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, XI, Torino, 1957, 774.

¹⁷ A titolo di esempio, si veda S. Ambrogio in *off.* 1,8,26 *Nec ratio ipsa abhorret, quandoquidem officium ab efficiendum dictum putamus quasi efficium; sed propter decorem sermonis una inmutata littera officium nuncupari vel certe ut ea agas quae nulli officiant, prosint omnibus*. «E la stessa ragione non ha motivi per opporsi, poiché riteniamo che *officium* derivi *ab efficiendo*, come se fosse *efficium*; ma che, col mutamento d'una sola lettera, sia pronunciato *officium* per motivo d'eufonia, o almeno perché tu compia azioni tali che non danneggino (*officiant*) e giovino invece a tutti». trad. a cura di G. BANTERLE, *Opere morali I. I doveri*, Milano-Roma, 1977, 39. Sant'Ambrogio in questo testo propone una diversa etimologia di *officium* di impronta stoica.

¹⁸ Ad esempio, in Cicerone nella sua orazione a favore di Sesto Roscio Amerino, compare il lemma *onus officii*: 112. *Quid recipis mandatum, si aut neglecturus aut ad tuum commodum conversurus es? cur mihi te offers ac meis commodis officio simulato officis et obstas? Recede de medio; per alium transigam. Suscipis onus officii quod te putas sustinere posse; quod maxime videtur grave eis qui minime ipsi leves sunt. Ergo idcirco turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem. Nam neque mandat quisquam fere nisi amico neque credit nisi ei quem fidelem putat. Perditissimi est igitur hominis simul et amicitiam dissolvere et fallere eum qui laesus non esset, nisi credidisset*. «Perché accettare un incarico se hai intenzione o di trascurarlo o di trasformarlo in vantaggio personale? Perché offrirmi la tua collaborazione se poi, fingendo di essermi fedele, nuoci, ostacolandoli, ai miei interessi? Togliti di mezzo; sarà un altro a sbrigare i miei affari. Tu t'assumi il peso d'un incarico che ritieni di poter sostenere; peso che però non sembra per nulla leggero a quelli che non sono essi stessi per nulla di carattere leggero. È questa, dunque, una colpa infamante perché viola due tra i sentimenti più sacri, l'amicizia e la fiducia; di solito, infatti, non si affida un incarico se non a un amico e non ci si fida se non di chi si crede fedele. Si comporta perciò da uomo completamente privo d'onore colui che distrugge l'amicizia e inganna contemporaneamente chi non

sottrarsi e che è necessario adempiere in virtù della posizione occupata dall'agente nella società¹⁹.

La contiguità con il concetto di *munus*, ha portato il giurista Paolo a utilizzare tale definizione:

D. 5,1,78 (*Paul. XVI ad Plaut.*)
[...] *iudicare munus publicum est*²⁰.

Nel frammento conservato nel Digesto, il sintagma *officium iudicis* si riferisce al compito di *iudicare*.

Il solo modo per evitare di adempiere a questo compito consisteva nell'addurre delle valide *excusationes*²¹.

Munus è termine simile a *officium* ma ha un significato più stringente di «dovere».

In particolare, emergono delle definizioni che aiutano a comprendere il rapporto tra i due termini:

Fest. s. v. *munus* (L. 125)
*Munus significat <officium,> cum dicitur quis munere fungere. Item donum quod officii causa datur*²².

avrebbe subito danno se non avesse avuto fiducia». Trad. a cura di G. BELLARDI, *Le orazioni di M. Tullio Cicerone*, I, Torino, 1978 rist. 1994, 273.

¹⁹ Cfr. F. CANCELLI, s.v. *Ufficio (dir. rom.)*, in *EdD.*, XLV, Milano, 1992, 615-617.

²⁰ D. 5,1,78 (*Paul., XVI ad Plaut.*) «[...] il giudicare è un incarico pubblico». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 25. Anche in antichità l'azione di *iudicare* non era certamente onere e compito di chiunque: l'idea di usare il termine *munus* non è da sottovalutare, a mio parere, ma anzi da esaltare come un vero dovere civico *ante litteram* che competeva ai *cives* che erano iscritti per loro specifiche qualità all'albo *iudiciorum*.

²¹ Cfr. F. CANCELLI, s. v. *Ufficio*, cit., 599 ss.

Munus, non solo si identificava con *officium* quando qualcuno svolgeva una funzione inerente al compito affidato, ma stava anche ad indicare un dono che veniva dato in ragione dell'ufficio.

Una contrapposizione invece tra *officium* e *dona* è così spiegata da Marciano:

D. 50,16,214 (*Marc. I pub. iud.*)

*'Munus' proprie est, quod necessarie obimus lege more imperiove eius, qui iubendi habet potestatem. 'Dona' autem proprie sunt, quae nulla necessitate iuris officiis et sponte praestantur: quae si non praestentur, nulla repraehensio est et, si praestentur, plerumque laus inest. Sed in summa in hoc ventum est, ut non quodcumque munus, id et donum accipiatur, at quod donum fuerit, id munus recte dicatur*²³.

Il giurista, nel frammento in commento, utilizza solo il termine *munus* proprio a significare quel compito che è dovuto per legge, oppure per costume, o ancora per ordine dell'Imperatore. Non c'è più spazio per la spontaneità che è, invece, propria del *donum*. I *dona*, infatti, sono quelle attività che non attengono ad un ufficio specifico, ma sono lasciate alla discrezionalità del singolo il quale, se non svolge quei compiti spontaneamente e liberamente, non può essere rimproverato. La logica

²² Fest. s. v. *munus* (L. 125) «Il termine *munus* significa ufficio, quando si dice che qualcuno adempia un compito. Parimenti <significa> dono perché è dato per ragioni d'ufficio». La traduzione è dell'autrice.

²³ D. 50,16,214 (*Marc. I pub. iud.*) «*Munus* propriamente dicesi quel carico che necessariamente ci grava per legge, per costumanza, per l'impero di quello che ha facoltà di comandare. *Dona* poi sono propriamente quelle cose che si prestano non per necessità di diritto o di ufficio, ma spontaneamente, le quali se non si prestano, non lasciano luogo ad alcun rimprovero; se si prestano, qualche volta se ne ritrae lode. Insomma, *munus* non si prende sempre per *donum*, ma dicesi sempre giustamente *munus* invece di *donum*». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis nella sua miglior lezione secondo gli studi più recenti con richiami alle diverse sue parti e alle disposizioni del Codice civile italiano e delle varie legislazioni moderne*, II, Roma, 1885, 4838.

del dono, infatti, attiene alla sfera privata e alla liberalità dell'individuo che decide di omaggiare la società con un'attività benevola.

L'*officium*, invece, si identifica con il *munus* quando è la società stessa (o attraverso una legge o un comando specifico) ad imporre ad un individuo che ricopre una certa carica un compito in favore della collettività. Il mancato adempimento compito fa scaturire delle conseguenze.

Lo sviluppo di questi due termini nella semantica latina – e poi italiana – ha portato a significati anche diversi. Infatti, se per *munus* si prospetta una doverosità coercibile propria del mondo del diritto, parlare di *officium* inizia a oggettivizzarsi fino a indicare il luogo fisico in cui vengono svolte le mansioni di una professione.

Da qui, è possibile anche comprendere quanto indicato in D. 5,1,77:

D. 5,1,77 (*Afr. III quaest.*)

*In privatis negotiis pater filium vel filius patrem iudicem habere potest*²⁴.

Nel frammento in esame, Africano ci dice che il dovere di giudicare oltrepassa il legame di parentela: l'adempimento di un *munus* non deve essere condizionato nemmeno dal rapporto più stretto, cioè quello tra padre e figlio²⁵.

Il termine *munus* sembra assumere già una connotazione di *officium publicum*, quindi di un servizio che riguarda la collettività.

²⁴ D. 5,1,77 (*Afr. III quaest.*) «Negli affari privati il padre può avere il figlio per giudice, o il figlio il padre». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, II, cit., 25.

²⁵ La funzione di giudicare deve essere indipendente, anche rispetto alla stretta parentela. Non solo non compare tra le *excusationes* possibili, ma il portato di tale indipendenza ha condotto, nell'ordinamento odierno, a prevedere delle regole sulla ricsuzione e astensione del giudice ex artt. 51 e 52 c.p.c. Per un'attenta disamina di questi due articoli, si veda A. TEDOLDI, *Astensione, ricsuzione e responsabilità dei giudici*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2015, 1 ss.

Tuttavia, prima di arrivare a tale identificazione, l'*officium iudicis*, cioè quello del *iudex privatus* nelle controversie private si reputò un *officium civile*, proiezione del potere del magistrato giurisdicente.

Per *officium civile* si intende quell'opera realizzata dal *civis* nei confronti dell'intera *civitas*, ma sempre nella sua piena discrezionalità.

Sul giudicare come ufficio civile sono conservate le testimonianze di Paolo e Ulpiano:

D. 5,1,12,2 (*Paul. XVII ad ed.*)

*Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. natura, ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent. lege impeditur, qui senatu motus est. moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur*²⁶.

D.50,17,2 pr-1 (*Ulp. I ad Sab.*)

*pr. Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere. 1. Item impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere*²⁷.

²⁶ D. 5,1,12,2 (*Paul. XVII ad ed.*) «Tuttavia, non tutti possono essere nominati giudici da parte di quelli che hanno il diritto di nominarne. Infatti, ad alcuni è impedito di essere giudice dalla legge, ad altri dalla natura, ad altri dai costumi. Dalla natura, come il sordo, il muto, e il continuamente pazzo e l'impubere, perché sono privi di giudizio. È impedito dalla legge a colui che è stato rimosso dal senato. In base ai costumi, è impedito alle donne ed ai servi, non perché non hanno giudizio, ma perché è stato recepito che non possano esercitare funzioni in uffici civili». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, II, cit., 8-9.

²⁷ D.50,17,2 pr-1 (*Ulp. I ad Sab.*) «Le femmine sono tenute lontane da tutti gli uffici civili e pubblici, e ciò non possono essere giudici né suggerire una magistratura, non possono dimandare in giudizio, né garantire per altri, né fare da procuratori. Parimenti l'impubere deve star lontano da tutti gli uffici civili». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4848-4849.

In questi due frammenti emerge la necessità che questo *officium civile* sia ricoperto da soggetti che abbiano la capacità di giudicare rettamente. Infatti, Paolo ci tramanda che per legge, per natura o per costumi ci sono soggetti che non possono ricoprire la carica di *iudex*. In particolare, per natura non possono giudicare coloro che presentano delle menomazioni fisiche (*surdi et muti*) o delle deficienze psichiche (è il caso del *furiosus* e dell'impubere); invece, è impedito nel giudicare dalla legge chi, seppur uomo pubere, è stato rimosso dal Senato. Infine, i costumi evitano che le donne e i servi ricoprano uffici civili.

Ulpiano, addirittura, confermando quanto riferito da Paolo, descrive il divieto per le donne e per gli impuberi di occupare sia uffici civili sia uffici pubblici, mettendoli sullo stesso piano (*omnibus officiis civilibus vel publicis*).

Infatti, il passaggio da *officium civile* a *munus* lo ritroviamo nella *cognitio extra ordinem* in cui il giudice viene 'dato' dal potere imperiale: egli non è più libero di decidere, ma è sottoposto al potere del *princeps*.

Chiarito il significato di *officium iudicis*, è opportuno proseguire nella trattazione analizzando il ruolo che il giudice assumeva nel processo al fine di affrontare l'indagine circa la sua responsabilità.

1.1. IL RUOLO DEL GIUDICE IN ROMA ARCAICA

Per tentare di ricostruire l'istituto della responsabilità del *iudex privatus* nel periodo più arcaico, non vi è dubbio che sia necessario sviluppare in modo sistematico l'analisi della figura del giudice. Si tratta, infatti, di indagare le fonti sulla nascita della figura del giudice. Il periodo a cui mi riferisco è quello monarchico che inizia intorno all'VIII sec. a.C., secondo la tesi più accreditata²⁸, e termina sul finire del VI

²⁸ Data individuata da Marco Terenzio Varrone che viene riproposta anche da altri autori, tra cui Plutarco: Θησέως καὶ Ῥωμύλου σύγκρισις, 12,2: οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ πρὸ τῆς κτίσεως βοτηρικὴ τις ἦν

sec. a.C. con l'episodio di Lucrezia²⁹, anch'esso dal sapore leggendario, che porta alla cacciata dei re.

αὐτοῖς ἑορτὴ κατὰ ταύτην τὴν ἡμέραν, καὶ Παρίλια προσηγόρευον αὐτήν. νῦν μὲν οὖν οὐδὲν αἱ Ῥωμαῖκαὶ νομηνιαὶ πρὸς τὰς Ἑλληνικὰς ὁμολογούμενον ἔχουσιν· ἐκείνην δὲ τὴν ἡμέραν, ἣ τὴν πόλιν ὁ Ῥωμύλος ἔκτιζεν, ἀτρεκῆ τριακάδα τυχεῖν λέγουσι, καὶ σύνοδον ἐκλειπτικὴν ἐν αὐτῇ γενέσθαι σελήνης πρὸς ἥλιον, ἣν εἰδέναι καὶ Ἀντίμαχον οἴονται τὸν Τήιον ἐποποιόν, ἔπει τρίτῳ τῆς ἔκτης ὀλυμπιάδος συμπεσοῦσαν. «Tuttavia, anche prima della fondazione, in quel giorno essi celebravano una festa pastorale, che chiamano *Parilia*. Ora però l'inizio dei mesi romani non coincide con quello dei mesi greci; ma dicono che il giorno in cui Romolo fondò la città era esattamente il trenta del mese; e la congiunzione della luna con il sole in quello stesso giorno aveva provocato una eclissi, che pensano abbia conosciuto anche il poeta epico Antimaco di Teos, verificatasi nel terzo anno della sesta Olimpiade». Trad. a cura di C. AMPOLO-M. MANFREDI, *Le vite di Teseo e di Romolo*, 1993, 111-113. Plutarco, dopo aver indicato approssimativamente il giorno della fondazione della città, si sofferma, nei paragrafi successivi, a raccontare come si era arrivati ad una tale precisione. Infatti, lo storico racconta che fu Varrone, fine conoscitore della storia di Roma, che invitò l'amico Tarunzio, famoso astrologo, a studiare gli influssi dei pianeti e riuscire ad indicare non solo i natali della città, ma anche quelli dello stesso fondatore.

²⁹ Una descrizione puntuale dell'episodio è offerta da Liv. 1,58 [...] *stricto gladio ad dormientem Lucretiam venit sinistraque manu mulieris pectore oppresso «Tace, Lucretia» inquit; «Sex. Tarquinius sum; ferrum in manu est; moriere, si emiseris vocem». Cum pavida ex somno mulier nullam opem, prope mortem imminens videret, tum Tarquinius fateri amorem, orare, miscere precibus minas, versare in omnes partes muliebrem animum. Vbi obstinatum videbat et ne mortis quidem metu inclinari, addit ad metum dedecus: cum mortua iugulatum seruum nudum positurum ait, ut in sordido adulterio necata dicatur. Quo terrore cum vicisset obstinatum pudicitiam velut vi victrix libido, profectusque inde Tarquinius ferox expugnato decore muliebri esset [...] Aduentu suorum lacrimae obortae, quaerentique viro «Satin salue?» «Minime» inquit; «quid enim salui est mulieri amissa pudicitia? Vestigia viri alieni, Collatine, in lecto sunt tuo; ceterum corpus est tantum violatum, animus insons; mors testis erit. Sed date dexteram fidemque haud impune adultero fore. Sex. est Tarquinius qui hostis pro hospite priore nocte vi armatus mihi sibi, si vos viri estis, pestiferum hinc abstulit gaudium». Dant ordine omnes fidem; consolantur aegram animi avertendo noxam ab coacta in auctorem delicti: mentem peccare, non corpus, et unde consilium afuerit culpam abesse. «Vos» inquit «videritis quid illi debeatur: ego me etsi peccato absoluo, supplicio non libero; nec ulla deinde impudica Lucretiae exemplo uiuet». Cultrum, quem sub ueste abditum habebat, eum in corde defigit, prolapsaque in volnus moribunda cecidit. Conclamat vir paterque. «[...] impugnata la spada entrò dove Lucrezia dormiva, e con la sinistra ferma sul petto della donna disse: «Taci, Lucrezia: sono Sesto Tarquinio; ho in mano la spada: se mandi un grido sei morta». Mentre la donna sorpresa nel sonno e impaurita non scorge aiuto in alcuna parte, ma solo la morte starle sul capo, Tarquinio le dichiara il suo amore, la supplica, unisce alle preghiere le minacce, con ogni mezzo tenta l'animo della donna. Quando la vide ostinata non piegarsi neppure dinanzi alla minaccia di morte, aggiunge alla paura il disonore: dice che avrebbe posto vicino al suo cadavere uno schiavo nudo sgozzato, perché la credessero uccisa in vergognoso adulterio. Vinta con questa minaccia l'ostinata pudicizia, la libidine fu in apparenza vincitrice, e Tarquinio se ne partì fiero di aver espugnato l'onore di una donna [...]. All'arrivo dei suoi cari le spuntano le lacrime, e alla domanda del marito «Va tutto bene?» «No», rispose; «qual bene, infatti, rimane ad una donna quando sia perduto l'onore? Nel tuo letto, o Collatino, vi sono le impronte di un altro uomo; però solo il corpo è stato violato, l'animo è innocente: la morte ne sarà la prova. Ma datemi la mano e la parola che l'adulterio non sarà impunito. È Sesto Tarquinio, che da ospite divenuto nemico la notte scorsa con la violenza e con le armi ha colto qui un piacere esiziale per me, ma anche per lui, se voi siete uomini». Tutti uno dopo l'altro danno la loro parola, e cercano di consolare l'afflitta riversando ogni colpa da lei costretta sull'autore del misfatto: solo l'anima può peccare, non il corpo, e la colpa manca dove sia mancata la volontà. «A voi», rispose,*

Quest'epoca è intrisa di un'aura di mistero che accompagna tutto il periodo regio: il re è il centro della vita politica, militare e religiosa della *civitas* grazie al quale Roma cresce e si espande. Il fatto che il sovrano sia il baricentro di tutto il neonato sistema rende difficile indagare specifici istituti e organi di quel periodo. La problematica principale in merito al giudice è di riuscire a reperire fonti e bibliografia sulla sua origine. Un potere giudiziario esisteva, fin dal periodo più antico, nelle mani del *rex*.

È di fondamentale importanza, ai fini della presente ricerca, analizzare l'*enchiridion* di Pomponio, quale testo di memoria storica dell'inizio della *civitas* romana:

D. 1,2,2 pr-1 (*Pomp. lib. sing. enchir.*)

*Necessarium itaque nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare. Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur*³⁰.

Con queste primissime parole, il giurista descrive il momento di incertezza in cui versava Roma prima di essere governata dal re che, con la forza del suo potere – letteralmente della sua *manus* – riusciva a controllare tale situazione³¹. Pomponio prosegue sostenendo che:

D. 1,2,2,14 (*Pomp. lib. sing. enchir.*)

«spetterà il giudicare qual pena a colui sia dovuta; quanto a me, se anche mi assolvo dal peccato, non mi sottraggo alla pena: nessuna donna in futuro vivrà disonorata seguendo l'esempio di Lucrezia». Si infisse nel cuore un coltello che teneva celato sotto la veste, e abbattutasi morente sulla ferita cadde al suolo. Il marito e il padre levano alte grida». Trad. a cura di L. PERELLI, *Storie*, I, Torino, 1974, 263-265.

³⁰ D. 1,2,2 pr-1 (*Pomp. lib. sing. enchir.*) «Ci sembra necessario, quindi, mostrare l'origine e il processo storico del diritto. All'inizio della nostra città, il popolo dapprima cominciò a compiere atti senza legge certa, senza diritto certo, e tutte le cose erano governate dalla mano dei re». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., I, 80.

³¹ Lo studioso, che più ha approfondito il tema e ha elaborato la celebre teoria dell'ordinamento «fattuale», è stato R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, 1967, Torino, 77-81.

*Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse*³².

Nuovamente, in questo paragrafo viene affermato il principio secondo il quale il re, in antichità, deteneva ogni potere nell'Urbe, tra cui è ricordato in questo contesto la *potestas* magistratuale. Con le parole *reges omnem potestatem habuisse*, tuttavia, il giurista non esprime solo l'appartenenza originaria al sovrano dei poteri propri dei magistrati repubblicani, ma anticipa che essi si erano impossessati dell'*imperium* e della *potestas* solo con l'inizio della Repubblica.

Attraverso il combinato disposto dei due frammenti dell'*enchiridion* (D. 1,2,2 pr-1; D. 1,2,2,14) viene veicolata un'informazione fondamentale: la *civitas* era sottomessa alla *manus* del re che aveva ogni potere e, per quanto interessa alla presente ricerca, deteneva il compito di amministrare la giustizia.

Inoltre, la dottrina³³ afferma che, prima ancora della funzione giudicante, al re spettava la *iurisdictio*, compito che preservò fino all'introduzione dei magistrati repubblicani. Ciò sembra sostenuto anche da Cicerone nel suo *De republica*:

Cic. rep. 5,2,3

(Manilius?) '<nihil esse tam> regale quam explanationem aequitatis, in qua iuris erat interpretatio, quod ius privati petere solebant a regibus, ob easque causas agri arvi et arbusti et pascui lati atque uberes definiebantur, qui essent regii [qui] colerenturque sine regum opera et labore, ut eos nulla privati negotii cura a populorum rebus abduceret. nec vero quisquam

³² D. 1,2,2,14 (*Pomp. lib. sing. enchir.*) «Per quanto attiene ai magistrati, consta che, all'inizio di questa città, i re hanno avuto ogni potestà». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., I, 84.

³³ G. NICOSIA, *Il processo privato romano. Le origini*, I, Torino, 1980, 42 ss.

*privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regis [...]*³⁴.

L'Arpinate, nel noto passaggio, descrive che il soggetto a cui competeva l'amministrazione della giustizia fosse il sovrano, unico detentore dell'equità e il solo a doversi occupare della cosa pubblica (*omnia conficiebantur iudiciis regis*). I privati, prosegue Cicerone, dovevano solo preoccuparsi di coltivare la terra e di pascolare le greggi e nessun cittadino poteva ricoprire la carica di giudice o arbitro delle controversie perché tale *officium* era riservato al sovrano³⁵.

Tale visione abbraccia uno specifico orientamento che fa capo a quella dottrina che considera la *iurisdictio*³⁶ un'attribuzione originaria del capo politico della *civitas* e che, pertanto, spettava solamente al *rex*³⁷.

In questa stessa corrente, è possibile individuare due filoni principali che tentano di risolvere la problematica circa l'attribuzione della *iurisdictio* al *rex* e l'ampiezza di tale competenza.

Alcuni autori³⁸ sostengono che la divisione nelle due fasi del processo sarebbe stata originaria, come originaria l'attribuzione a due soggetti diversi della *iurisdictio* e

³⁴ Cic. *rep.* 5,2,3 «<Manilio (?): - >... <nulla esser tanto> proprio dei re dell'amministrare la giustizia, nel che consisteva l'interpretazione del diritto, perché i privati cittadini erano soliti chiedere giustizia ai re, e per questo motivo si riservavano dei campi, dei terreni da grano, dei boschi e dei pascoli estesi e fruttiferi perché appartenessero al re e venissero coltivati senza lavoro e fatica personale dei re, i quali non dovevano essere distratti dagli interessi del popolo per la preoccupazione di alcun affare privato. E nessun privato discuteva od arbitrava una lite, ma tutto ciò era trattato nei giudizi regali [...]». Trad. a cura di L. FERRERO-N. ZORZETTO, *Opere politiche e filosofiche di M. Tullio Cicerone*, I, Torino, rist. 1995, 371.

³⁵ L'Arpinate prosegue riferendosi al re legislatore Numa, che, grazie alla prolungata pace durante il suo regno, riuscì a dedicarsi pienamente non solo all'amministrazione della giustizia, ma anche alla formulazione di leggi. Ciò non fu possibile ad altri re dediti, invece, alle numerose guerre di conquista.

³⁶ Posto che il problema della nascita della *iurisdictio* e della divisione del processo in due fasi non è stato affrontato sistematicamente dalla dottrina. Si veda in questo senso critico G. NICOSIA, *il processo privato romano*, I, cit., 41.

³⁷ Cfr. *Ibid.*, 42.

³⁸ Cfr. M. TALAMANCA, s.v. *Processo civile (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milano, 1987, 22-23. A sostegno di tale orientamento viene solitamente preso in considerazione Gai.

della funzione giudicante. Infatti, tali studiosi sono dell'avviso che fin dall'inizio sarebbe stata facoltà del re affidare ad un altro soggetto il compito di giudicare la causa.

Altri studiosi³⁹, invece, ritengono che al *rex* sarebbe spettato il potere di *dicere ius* più onnicomprensivo, poiché non solo aveva il compito di indicare il diritto applicabile, ma avrebbe dovuto anche emettere la sentenza decisiva. La classica distinzione del processo nelle fasi *in iure* e *apud iudicem* sarebbe da collocare nel periodo repubblicano, quando ci fu il passaggio della *iurisdictio* dal sovrano ai magistrati. La divisione in queste due fasi distinte in capo a due soggetti diversi fungeva da limite del potere politico che, altrimenti, sarebbe stato incentrato in un unico soggetto. Tuttavia, in un periodo così remoto, sempre in balia di problemi, di cambiamenti e di stravolgimenti istituzionali e politici – si pensi, ad esempio, all'instancabile lotta tra Roma e l'Etruria⁴⁰, o alla contrapposizione genetica tra

4,11-29 da cui traspare che il giurista non si ponesse il problema dell'origine della bipartizione processuale data per scontata e connaturata al procedimento civile stesso. Si veda, E. BETTI, *Diritto Romano*, I, Padova, 1935, 449 ss.

³⁹ Cfr. G. NICOSIA, *il processo privato romano*, I, cit., 44. In tema di origine della bipartizione del processo, lo studioso mette in discussione l'attendibilità delle fonti sul tema. L'Autore, infatti, fu uno dei primi a teorizzare l'originaria indivisibilità del processo, ritenendo che la figura del giudice privato fosse istituita solo nel V sec. a. C. con la comparsa della *iudicis postulatio*. Egli, inoltre, ammetteva che il magistrato aveva la possibilità di domandare ad un *iudex* di decidere, ma rimaneva una mera facoltà. Dello stesso avviso, *ex multis*, furono H. LÉVY-BRUHL, *Le simulacre de combat dans le 'sacramentum in rem'*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 83 ss. il quale sosteneva l'ipotesi di un unico giudizio davanti al re o al sacerdote; M. KASER, *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahren*, in *Festschrift für L. Wenger*, I, München, 1944, 107 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbitrive*, in *Rivista di Diritto romano*, II, rist. 2002, 89 ss. (=ID., 'Iudex arbiterve'. *Prolegomena zum 'Officium' des römischen Privatrichters*, Köln, 1957, 159 ss.) che abbraccia la teoria del Kaser sulla facoltà per il re di aggiungere la fase *apud iudicem*.

⁴⁰ Ritengo quasi superfluo ricordare che la definitiva caduta degli Etruschi sarà solo con la presa di Veio, ultimo baluardo della resistenza etrusca, nel 395 a.C. (così Liv. 5,24,5-8; 5,30,8) dopo una terribile lotta all'ultimo sangue. La contrapposizione tra queste etnie deve anche essere trasportata in un tempo anteriore al celebre episodio bellico, e precisamente alla seconda fase della monarchia romana che fu dominata da tre re etruschi: Tarquinio Prisco, Servio Tullio e Tarquinio il Superbo. Difficile è pensare di dar credito alla leggenda circa la storia di un certo Lucumone a cui fu praticamente offerto il trono di Roma, ma piuttosto deve ritenersi che fu grazie all'astuzia degli Etruschi – decisamente meno arretrati che i Latini – che attirarono il consenso della *plebs* che permise loro potere e prestigio in quella Roma dominata da rozzi contadini. La storia si concluse tragicamente con la cacciata di questi re sotto i quali Roma si trasformò architettonicamente e militarmente. Ovviamente alla leggenda che vede come protagonista la giovane e bella Lucrezia non deve essere dato credito per due ordini di ragioni: la prima perché l'episodio sarà poi riproposto cambiando il nome in Virginia e sembra strano che un mito possa essere lo stesso due volte; la seconda perché non

gentes e *civitas*⁴¹ - non è difficile immaginare che il *rex* ad un certo punto abbia necessitato di funzionari e di ausiliari nell'organizzare la città.

Nonostante ci siano diverse teorie che aleggiano sull'origine della *iurisdictio* e della figura del giudice, non ci sono fonti decisive che fanno propendere per una o l'altra. I frammenti in nostro possesso parlano ora della *iurisdictio* del *rex*, ora del suo ruolo di giudice, senza essere decisive né su un punto né sull'altro⁴².

A tal proposito, riferendosi a Servio Tullio, Cicerone attribuisce al *rex* la funzione di *ius dicere*:

bastò certo il discredito morale a far cacciare i re etruschi, ma piuttosto un intenso lavoro dei patrizi per riuscire a riappropriarsi del potere sulla città, stante l'enorme successo di cui gli etruschi godevano dato le grandi elargizioni e concessioni ai plebei. Per una spiegazione dettagliata della caduta della dominazione etrusca rimando a V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 1957, rist. 2006, 45 ss.; G. GROSSO, *Storia del diritto romano*, Torino, 1965, 60 ss.; A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino, 2012, 367.

⁴¹ L'elemento fondamentale, imprescindibile, ma addirittura indispensabile di qualunque città (o Stato, anche odiernamente concepito) è l'individuo. Come tale l'uomo, per sua natura, tende ad aggregarsi, prima in piccoli nuclei, poi in nuclei sempre più grandi. Questo precisamente è il succo della c.d. teoria gentilizia che vede in particolari gruppi - le *gentes* appunto - la concretizzazione di questa particolare esigenza umana. La prima cellula della civiltà romana fu però la *familia* che è un raggruppamento di persone che sono legate, sì da legami giuridici, ma primariamente da legami di sangue. Più famiglie tendono ad aggregarsi tra loro secondo un legame giuridico che precisamente è l'*agnatio*, con cui creano agglomerati sempre più ampi che vengono chiamate *gentes*. Le *gentes* sono il nucleo forte della società romana per l'organizzazione politica, militare e sociale. Il loro dominio imperò a Roma fino a che non si formò la *civitas* secondo un lungo procedimento durato decenni e che ha portato man mano all'organizzazione sociale secondo un ordine costituito dalla *civitas* e non più dalle *gentes*. L'eterna contrapposizione tra queste due realtà è dovuta alla particolare struttura delle *gentes* sempre uguale a sé stessa poiché aggregata dalla memoria di un mitico capostipite comune a cui i componenti erano legati e devoti. Dunque, la *gens* reincarnandosi sempre in sé stessa e non cambiando mai si è sempre cercata di imporre sulla nascente *civitas* che dal 753 a.C. ha iniziato un intenso lavoro di affermazione, completato definitivamente da Servio Tullio con la riforma sociale e militare dei comizi centuriati. Per un ulteriore approfondimento sui problemi di origine di Roma rimando a G. GROSSO, *Storia*, cit., 11-31. Per una definizione di *civitas* si veda il testo di A. CALORE, «Cittadinanze» nell'antica Roma. L'età regia, Torino, 2018, 20-27. Sul punto cfr. anche L. CELIA, *Communio iuris: condivisione ed estensione dei diritti civili nella civitas romana*, 2020, Bucarest, 163 ss. Si veda sulla giurisdizione cittadina anche V. MAROTTA, *Conflitti politici cittadini e governo provinciale*, in *Politica e partecipazioni nelle città dell'impero romano*, Roma, 2005, 157 ss.; ID., *Un esempio di amministrazione giudiziale: decreti e consigli cittadini e appellatio*, in A. BARONI (a cura di), *Amministrare un impero Roma e le sue province*, Trento, 2007, 54 ss.; ID., *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino, 2009, 38 ss.

⁴² Sull'argomento, inoltre, è opportuno valutare il contenuto di XIII Tab. 9.3 che sembra, secondo certa dottrina, non riferita al giudice civile. Cfr. F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit. 221-222.

Cic. *rep.* 2,21,38

*Sed cum Tarquinius insidiis Anci filiorum interisset, Serviusque ut ante dixi regnare coepisset, non iussu sed voluntate atque concessu civium, quod cum Tarquinius ex vulnere aeger fuisse et vivere falso diceretur, ille regio ornatu ius dixisset obaeratosque pecunia sua liberavisset, multaque comitate usus iussu Tarquinii se ius dicere probavisset, non commisit se patribus, sed Tarquinio sepulto populum de se ipse consuluit, iussusque regnare legem de imperio suo curiatam tulit. Et primum Etruscorum iniurias bello est ultus [...]*⁴³.

Anche durante la fase etrusca della monarchia, nonostante le preoccupazioni belliche che avevano portato il sesto re di Roma a riorganizzare l'esercito, l'Arpinate ci racconta che Servio, quando ancora era in vita il predecessore Tarquinio Prisco, amministrava la giustizia in città (*regio ornatu ius dixisset*). Allo stesso modo e a più riprese Livio, prendendo maggiormente in considerazione i sovrani etruschi, descrive il ruolo del *rex*-giudice che ha una serie di compiti, tra cui quello di amministrare la giustizia in tempo di pace (Liv. 1,26; 1,41), il compito di interpretare le leggi (sempre in Liv. 1,26) e quello di giudicare (Liv. 1,49)⁴⁴.

Questa lettura tradizionale che ritiene la distinzione del processo in due fasi attribuibile ai re, in particolare a Servio Tullio, si fonda principalmente sulla

⁴³ Cic. *rep.* 2,21,38 «Ma essendo perito Tarquinio per la congiura dei figli di Anco, ed avendo incominciato a regnare Servio, come già dissi, non per deliberazione ma per desiderio e concessione dei cittadini, poiché, dicendosi falsamente che Tarquinio era soltanto infermo per la ferita ed era in vita, egli in abito regale aveva pronunziato sentenze ed aveva pagato i debiti di debitori insolventi con danaro proprio ed avendo fatto credere, mostrandosi assai affabile, di render giustizia a nome di Tarquinio, non si affidò ai senatori, ma dopo la sepoltura di Tarquinio egli direttamente consultò il popolo ed avuto l'invito ad assumere il regno presentò ai comizi curiati la legge sui suoi poteri. Ed in primo luogo vendicò in guerra le offese degli Etruschi [...]». Trad. a cura di L. FERRERO-N. ZORZETTO, *Opere politiche e filosofiche*, cit., 261 s.

⁴⁴ Sul punto si veda Y. V., MELNICHUK, *I Tarquini: anziani, sacerdoti, giudici e re*, in *Diritto e Storia*, 15, 2017, *passim*.

testimonianza di Dionigi di Alicarnasso⁴⁵. Lo storico greco prende in considerazione le competenze del re in materia giurisdizionale e fotografa il periodo arcaico nella dinamica del processo, soffermandosi a raccontare le riforme Serviane:

Dion. Hal. 4,25,2

τῶν γὰρ πρὸ αὐτοῦ βασιλέων ἀπάσας ἀξιούντων ἐφ' ἑαυτοὺς ἄγειν τὰς δίκας καὶ πάντα τὰ ἐγκλήματα τὰ τ' ἴδια καὶ τὰ κοινὰ πρὸς τὸν ἑαυτῶν τρόπον δικαζόντων ἐκεῖνος διελὼν ἀπὸ τῶν ἰδιωτικῶν τὰ δημόσια, τῶν μὲν εἰς τὸ κοινὸν φερόντων ἀδικημάτων αὐτὸς ἐποιεῖτο τὰς διαγνώσεις, τῶν δ' ἰδιωτικῶν ἰδιώτας ἔταξεν εἶναι δικαστάς, ὄρους καὶ κανόνας αὐτοῖς τάξας, οὓς αὐτὸς ἔγραψε νόμους⁴⁶.

Tra le novità introdotte dal sovrano, ve n'è anche una importante relativa al nostro argomento: Servio Tullio aveva separato le cause pubbliche dalle cause private riservando a sé il compito di emanare personalmente le sentenze relative ad illeciti pubblici. Gli illeciti privati, invece, erano devoluti alla cognizione di giudici privati che pronunciavano sentenze entro i limiti delle leggi emanate dal Re (οὓς αὐτὸς ἔγραψε νόμους).

Dionigi consacra alla memoria come il *rex* etrusco, differenziandosi dai suoi predecessori, abbia voluto mantenere la piena giurisdizione nelle cause pubbliche, cioè i reati contro la cittadinanza, lasciando invece la risoluzione delle controversie private alla competenza dei giudici privati. Tuttavia, la competenza di carattere

⁴⁵ Si rimanda, per l'analisi dell'opera dello storico greco delle *Antichità Romane*, a F. MORA, *Il pensiero storico-religioso antico: autori greci e Roma*, Roma, 1995, *passim* e E. GABBA, *Dionigi e la Storia di Roma Arcaica*, Bari, 1996, in part. 135 ss.

⁴⁶ Dion. Hal. 4,25,2 «Infatti, i re che prima di lui avevano governato Roma, avevano reputato giusto condurre i processi personalmente ed emettere sentenze nelle cause sia pubbliche che private, in base a propri criteri. Tullio, invece, distinse le cause pubbliche da quelle private, provvedendo a effettuare personalmente le indagini relative ai reati commessi contro lo stato; affidò, invece, a giudici privati la gestione dei reati riguardanti l'area privata, stabilendo per essi limiti e norme, che egli stesso aveva fissato con delle leggi». Trad. a cura di E. GUZZI, *Le antichità romane*, Torino, 2010, 236-237.

decisionale di questi ultimi era riservata alla risoluzione di liti aventi ad oggetto solo illeciti privati. Tali giudici, inoltre, non erano liberi di decidere discrezionalmente, ma dovevano uniformarsi ai limiti e alle norme fissate dal sovrano stesso in precedenza.

Da quest'ultimo rilievo sembra potersi intravedere una primaria distinzione del giudizio. Il passo sembra possa essere interpretato nel modo seguente: il re avrebbe diviso i giudizi privati in due parti. Una prima fase era di competenza del re in cui disponeva la regola di giudizio; una seconda fase veniva, invece, affidata alla cognizione dei giudici privati incaricati di emettere una sentenza⁴⁷.

In un altro passo, lo storico è ancora più esplicito:

Dion. Hal. 4,36,2

τῶν ἀδικημάτων οὐχ ἀπάντων αὐτὸς ἐγινόμην δικαστής, ἀλλὰ τὰς ἰδιωτικὰς δίκας ὑμῖν ἀπέδωκα διαγινώσκειν, ὃ τῶν ἔμπροσθεν οὐδεὶς ἐποίησε βασιλέων⁴⁸.

L'intero trentaseiesimo capitolo racchiude un discorso pronunciato da Servio al senato, con il quale il sovrano ricorda ai patrizi, che desiderano cacciarlo dal regno, la sua moderazione e benevolenza. In particolare, ammonisce il consesso dei *patres* rammentando loro che durante il suo governo ha spontaneamente limitato il suo potere assoluto.

Un esempio di questo limite autoimposto è racchiuso nel paragrafo riportato: la competenza nelle cause private è lasciata ai senatori. Dionigi racconta di come il re Servio Tullio si sia vantato di una primogenitura, consistente nell'aver rimesso nelle

⁴⁷Cfr. V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1936, 82 ss.

⁴⁸ Dion. Hal. 4,36,2 «Inoltre, ho evitato di essere io giudice di tutte le colpe, ma ho conferito a voi la prerogativa di giudizio nelle cause private, cosa che nessuno dei re che mi hanno preceduto aveva mai fatto». Trad. a cura di E. GUZZI, *Le antichità romane*, cit., 248.

mani del Senato (ὑμῶν) la facoltà di giudicare nelle cause private. Servio Tullio, a detta di Dionigi, si sarebbe, cioè, fregiato di aver fatto qualcosa alla quale gli altri re non avevano pensato: affidare ad altri la decisione delle controversie tra privati. Da questo passo, pertanto, la dottrina ha dedotto che prima di Servio Tullio l'intera fase giurisdizionale era tenuta saldamente nelle proprie mani dai re, i quali, verosimilmente, la utilizzavano anche come strumento di gestione del potere.

Con Servio assistiamo a una generalizzazione della competenza dei giudici privati: non solo per le controversie vertenti su illeciti privati, ma su tutte le cause private, mantenendo la divisione nelle due fasi processuali⁴⁹.

La prima fase *in iure* sarebbe stata presieduta dal re e, successivamente, dal magistrato; la seconda *apud iudicem*, invece, sarebbe stata celebrata dinnanzi ad un giudice scelto dalle parti.

Sembra, infatti, possibile congetturare che Servio Tullio abbia introdotto questa forma bipartita del processo, che verrà successivamente istituzionalizzata nel corso della *res publica* romana⁵⁰.

⁴⁹ In tal senso la dottrina tradizionale V. SCIALOJA, *Procedura*, cit., 120 ss.; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, 40 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile*, cit., 121; F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*², Napoli, 1999, 428 ss.

⁵⁰ A completamento, è opportuno riportare l'evoluzione descritta da Dion. Hal. 10,1,2-3: Οὐπω γὰρ τότε ἦν οὐτ' ἰσονομία παρὰ Ῥωμαίοις οὐτ' ἰσηγορία, οὐδ' ἐν γραφαῖς ἅπαντα τὰ δίκαια τεταγμένα: ἀλλὰ τὸ μὲν ἀρχαῖον οἱ βασιλεῖς αὐτῶν ἔταπτον τοῖς δεομένοις τὰς δίκας, καὶ τὸ δικαιωθῆν ὑπ' ἐκείνων τοῦτο νόμος ἦν. ὡς δ' ἐπαύσαντο μοναρχούμενοι, τοῖς κατ' ἐνιαυτὸν ὑπατεύουσιν ἀνέκειτο τὰ τε ἄλλα τῶν βασιλέων ἔργα καὶ ἡ τοῦ δικαίου διάγνωσις, καὶ τοῖς ἀμφισβητοῦσι πρὸς ἀλλήλους ὑπὲρ ὁτουδήτινος ἐκείνοι τὰ δίκαια οἱ διαιροῦντες ἦσαν. «In quel tempo, infatti, presso i Romani non esisteva né uguaglianza di fronte alla legge né la parità dei diritti nel prendere la parola, e non tutte le leggi erano scritte; ma il principio erano stati i re a rendere giustizia a coloro che ne facevano richiesta, e le loro sentenze avevano valore legale. Quando l'ordinamento monarchico ebbe fine, le prerogative che erano state dei re furono trasferite ai consoli annuali e tra quelle anche il rendere giustizia fra coloro che, per qualsiasi motivo, avevano in atto una controversia». Trad. a cura di E. GUZZI, *Le antichità romane*, cit., 657. In quest'ultimo passo lo storico racconta degli avvenimenti risalenti al 461 a.C. in cui descrive il periodo successivo alla nascita della repubblica dove i poteri del sovrano sono stati acquisiti dai consoli, ivi compreso quello di *ius dicere*. In quest'epoca remota le cariche magistratuali erano accessibili ai soli esponenti del patriziato i quali, nell'ottica della 'lotta di classe' che caratterizzerà tutto il periodo preclassico, emettevano sentenze favorevoli alla loro fazione. Sul punto, si veda G. GROSSO, *Storia del diritto romano*, cit., 79 ss.; F. SERRAO, *Classi, partiti e leggi*, Pisa, 1974, 165 ss.; M. AMELOTTI *et al.*, sotto la direzione di M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano, 1989, 79 ss.; 103 ss.; per un inquadramento sociopolitico. F. SERRAO, *Diritto*

Allo stesso modo i magistrati acquistano, in epoca repubblicana, l'*imperium*. In particolare, dei consoli che, una volta fuori città e deposto l'*imperium domi*, ottengono l'*imperium militiae*.

In queste occasioni anche i consoli a capo delle legioni avevano bisogno di magistrati che governassero l'Urbe durante la loro assenza. Lo stesso avveniva, con molta probabilità, nella Roma arcaica quando il re era capo politico, religioso, ma soprattutto militare⁵¹ e non poteva svolgere tutte le proprie funzioni contemporaneamente.

1.2.LA SCELTA E LA NOMINA DEL GIUDICE

La domanda cui è necessario rispondere ora, sempre a titolo di premessa generale al tema della presente tesi, è a quali soggetti veniva affidato il compito di giudicare.

privato, cit., 94 ss.; In questo frammento è constatato da Dionigi che inizialmente i re avevano la funzione di rendere giustizia e che, data la mancanza di norme scritte, le loro sentenze avevano valore di legge. Dal testo del terzo paragrafo, inoltre, emerge che, quando l'ordinamento monarchico ebbe fine, in epoca successiva tali prerogative fossero trasferite ai consoli. Questo passo si pone in contrapposizione con Dion. Hal. 4,25,2, come affermato da F. SERRAO, *Diritto privato*, cit., 428 ss., in quanto non si parla di alcuna bipartizione processuale. Una tale discrasia nel racconto, tuttavia, viene giustificata poiché Dionigi nei due passi riportati aveva due differenti scopi: nel primo (4,25,2) prende in considerazione le riforme di Servio Tullio e quindi descrive le innovazioni introdotte dal sovrano; nel secondo (10,1,2-3), invece, lo storico sta descrivendo il passaggio costituzionale e quindi non si interessa dei risvolti più pratici. Sul punto si sono espressi F. SERRAO, *Diritto privato*, cit., 429, il quale ritiene giustificata la contrapposizione per il contesto narrativo di Dionigi caratterizzato da: «a) acritico uso di fonti diverse per la ricostruzione degli avvenimenti del 461 e per quella del regno di Servio; b) disattenzione dello storico alicarnassense sulla bipartizione serviana, già indicata nel libro IV cap. 25, nel momento di narrare con un certo fervore, gli importanti avvenimenti del 461, quasi considerandola un elemento (quale effettivamente era) ai fini della lotta per le riforme costituzionali e per l'ingresso nell'ordinamento di fondamentali aspirazioni plebee». Nonché R. ORTU, *Alle origini del iudicium privatum*, in L. GAGLIARDI (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, Milano, 2012, 150 «Lo storico, nel primo dei passi riportati, tratta genericamente del *ridere ius* da parte del rex, il quale risolveva le controversie emanando sentenze che avevano valore di legge, ed aggiunge che tale competenza venne trasferita ai consoli alla caduta della monarchia. Altrove riferisce dell'attività di innovazione operata da Servio Tullio, che si distacca dalla modalità del rendere giustizia da parte dei re che lo avevano preceduto, i quali conducevano e giudicavano le liti sia di carattere privato, sia di carattere pubblico».

⁵¹ Per una disamina completa sui compiti del re vedi AA. VV., *Lineamenti di storia*, cit., 23-26.

La questione, infatti, non è di poco conto poiché il potere giudiziario inizialmente era tutto in capo al *rex* e si deve certamente porre in evidenza che il sistema giudiziario era appannaggio di personalità, che potevano ricoprire un ruolo dominante nella neonata Urbe, e che tale retaggio culturale si trascinò nei secoli.

Ancora prima della nascita della *civitas* il ruolo centrale della giustizia era noto già ai Greci: si pensi ad Aristotele⁵² o a Tucidide⁵³. Quest'ultimo, nel suo «Elogio ad Atene», ha esaltato la particolare dote del mondo ellenico a raggiungere la Δίκη, cioè la Giustizia che è sempre posta come fondamento di tutta la civiltà, valore

⁵² In particolare, si veda *Etica Nicomachea*, 1130b 5 – 1132b 20. In questo passo il filosofo indaga che cosa sia la giustizia, indicando la distinzione tra giustizia distributiva e quella retributiva. La prima fa riferimento alla situazione per cui vi è una redistribuzione delle risorse in modo equo tra gli uomini a seconda delle loro qualità; la seconda invece si riferisce alla necessaria esigenza di dover riparare ad una situazione squilibrata, come ad esempio un danno che è stato subito, e questo è propriamente quello che Aristotele chiama *συνάλλαγμα* il quale può essere giusto, riferendosi a situazioni giuridiche patrimoniali, ed ingiusto, cioè in riferimento ad un illecito subito. Cfr., Trad. a cura di M. ZANATTA, *Etica Nicomachea*, Milano, 2002, 331-345.

⁵³ In particolare, Tucidide in 2, 35-46 riporta l'epitaffio di Pericle per i caduti del primo anno di guerra del Peloponneso di cui riporta il contenuto elogiando Atene e il suo incredibile senso di giustizia derivante dalla democrazia stessa su cui si regge la *polis*. Poco oltre si ritrova in 2,37 una sua esaltazione della giustizia ad Atene nei seguenti termini: Χρώμεθα γὰρ πολιτεία οὐ ζηλούση τοὺς τῶν πέλας νόμους, παράδειγμα δὲ μᾶλλον αὐτοὶ ὄντες τισὶν ἢ μιμούμενοι ἑτέρους. Καὶ ὄνομα μὲν διὰ τὸ μὴ εἰς ὀλίγους ἀλλ' εἰς πλείονας οἰκεῖν δημοκρατία κέκληται, μέτεστι δὲ κατὰ μὲν τοὺς νόμους πρὸς τὰ ἴδια διάφορα πᾶσι τὸ ἴσον, κατὰ δὲ τὴν ἀξίωσιν, ὡς ἕκαστος ἔν τῳ εὐδοκίμει, οὐκ ἀπὸ μέρους τὸ πλεον εἰς τὰ κοινὰ ἢ ἀπ' ἀρετῆς προτιμᾶται, οὐδ' αὖ κατὰ πενίαν, ἔχων δὲ τι ἀγαθὸν δρᾶσαι τὴν πόλιν, ἀξιώματος ἀφανεία κεκόλυται. 2 Ελευθέρως δὲ τὰ τε πρὸς τὸ κοινὸν πολιτεύομεν καὶ εἰς τὴν πρὸς ἀλλήλους τῶν καθ' ἡμέραν ἐπιτηδευμάτων ὑποψίαν, οὐ δι' ὀργῆς τὸν πέλας, εἰ καθ' ἡδονὴν τι δρᾶ, ἔχοντες, οὐδὲ ἀζημίους μὲν, λυπηρὰς δὲ τῇ ὄψει ἀχθηδόνας προστιθέμενοι. 3 Ἄν επαχθῶς δὲ τὰ ἴδια προσομιλοῦντες τὰ δημόσια διὰ δέος μάλιστα οὐ παρανομοῦμεν, τῶν τε αἰεὶ ἐν ἀρχῇ ὄντων ἀκροάσει καὶ τῶν νόμων, καὶ μάλιστα αὐτῶν ὅσοι τε ἐπ' ὠφελίᾳ τῶν ἀδικουμένων κείνται καὶ ὅσοι ἄγραφοι ὄντες αἰσχύνην ὁμολογουμένην φέρουσιν. «Abbiamo una costituzione che non emula le leggi dei vicini, in quanto noi siamo più d'esempio ad altri che imitatori. E poiché essa è retta in modo che i diritti civili spettano non a poche persone, ma alla maggioranza, essa è chiamata democrazia: di fronte alle leggi, per quanto riguarda gli interessi privati, a tutti spetta un piano di parità, mentre per quanto riguarda la considerazione pubblica nell'amministrazione dello stato, ciascuno è preferito a seconda del suo emergere in un determinato campo, non per la provenienza da una classe sociale ma più che per quello che vale. E per quanto riguarda la povertà, se uno può fare qualcosa di buono alla città, non ne è impedito dall'oscurità del suo rango sociale. Liberamente noi viviamo nei rapporti con la comunità, e in tutto quanto riguarda il sospetto che sorge dai rapporti reciproci nelle abitudini giornaliere, senza adirarci col vicino se fa qualcosa secondo il suo piacere e senza infliggerci a vicenda molestie che, sì, non sono dannose, ma pure sono spiacevoli ai nostri occhi. Senza danneggiarci esercitiamo reciprocamente i rapporti privati e nella vita pubblica la reverenza soprattutto ci impedisce di violare le leggi, in obbedienza a coloro che sono nei posti di comando, e alle istituzioni, in particolare a quelle poste a tutela di chi subisce ingiustizia o che, pur essendo non scritte, portano a chi le infrange una vergogna da tutti riconosciuta». Trad. a cura di F. FERRARI, *La guerra del Peloponneso*, Milano, 1985, 324-327.

imprescindibile del vivere comune. L'ordinamento ateniese si basava, infatti, sull'idea che qualunque cittadino, compiuti i trent'anni, avesse la facoltà di essere giudice. Tale compito, inoltre, veniva lautamente retribuito⁵⁴.

Il giudice non era un magistrato istituzionalizzato, ma un privato cittadino che, in virtù di un giuramento, prestava la sua opera alla comunità. Il centro del mondo per un ateniese era Atene e il porsi al servizio di essa era prima di un dovere, un vero onore.

Questa visione idilliaca però deve essere riportata alla realtà dei fatti. Certamente ogni cittadino poteva ricoprire il ruolo di giudice, ma la *politeia* ateniese era elargita con così tanta parsimonia (solo i figli di ateniesi erano cittadini ateniesi a tutti gli effetti) da essere riservata solo a pochi eletti⁵⁵, a cui erano attribuiti dei privilegi (ad

⁵⁴ Arist. *Const. Ath.* 62,2 μισθοφοροῦσι δὲ πρῶτον ὁ δῆμος ταῖς μὲν ἄλλαις ἐκκλησίαις δραχμὴν, τῇ δὲ κυρία ἑννέα ὀβολούς· ἔπειτα τὰ δικαστήρια τρεῖς ὀβολούς· εἴθ' ἡ βουλὴ πέντε ὀβολούς· τοῖς δὲ πρυτανεύουσιν εἰς σίτησιν ὀβολὸς προστίθεται δέκα προστίθενται. ἔπειτ' εἰς σίτησιν λαμβάνουσιν ἑννέα ἄρχοντες τέτταρας ὀβολούς ἕκαστος, καὶ παρατρέφουσι κήρυκα καὶ αὐλητὴν· ἔπειτ' ἄρχων εἰς Σαλαμίνα δραχμὴν τῆς ἡμέρας. ἀθλοθέται δ' ἐν πρυτανείῳ δειπνοῦσι τὸν Ἑκατομβαιῶνα μῆνα, ὅταν ἦ τὰ Παναθήναια, ἀρξάμενοι ἀπὸ τῆς τετράδος ἰσταμένου. ἀμφικτύονες εἰς Δῆλον δραχμὴν τῆς ἡμέρας ἑκάστης ἐκ Δήλου λαμβάνουσι. λαμβάνουσι δὲ καὶ ὅσαι ἀποστέλλονται ἀρχαὶ εἰς Σάμον ἢ Σκυῖρον ἢ Λῆμον ἢ Ἴμβρον εἰς σίτησιν ἄργυριον. «Per la partecipazione alle sedute ordinarie dell'assemblea popolare pagano una dracma, per quella principale nove [oboli]. La partecipazione ai tribunali viene pagata tre oboli. Quella del consiglio cinque oboli. I pritani ricevono un obolo supplementare per il vitto. I nove arconti ricevono quattro oboli a testa per il vitto e si incaricano del mantenimento dell'araldo e del flautista; l'arconte di Salamina riceve una dracma al giorno. Gli organizzatori dei giochi pranzano nel Pritaneo durante il mese di Ecatombeone, quando ci sono le Panatenee, a cominciare dal quarto giorno del mese. Gli amfizioni per Delo [ricevono] una dracma al giorno dal fondo di Delo. Tutti i magistrati invitati a Samo o a Sciro o a Lemno o a Imbro ricevono un'indennità in denaro per il vitto». Trad. a cura di G. LOZZA, *Aristotele, la costituzione degli ateniesi*, 1991, Milano, 144. In questo passo è chiaro che il *dicrimen* tra ricchi e poveri è stato notevolmente diminuito grazie alla presenza di un riconoscimento in denaro del servizio prestato dalla *ἡλιαία* che era il tribunale popolare istituito grazie alle leggi di Solone.

⁵⁵ Arist. *Pol.* [1275a] ὥστε τίνα χρῆ καλεῖν πολίτην καὶ τίς ὁ πολίτης ἐστὶ σκεπτέον. καὶ γὰρ ὁ πολίτης ἀμφισβητεῖται πολλάκις· οὐ γὰρ τὸν αὐτὸν ὁμολογοῦσι πάντες εἶναι πολίτην· ἐστὶ γὰρ ὅστις ἐν δημοκρατία πολίτης ὢν ἐν ὀλιγαρχίᾳ πολλάκις οὐκ ἐστὶ πολίτης. τοὺς μὲν οὖν ἄλλως πως τυγχάνοντας ταύτης τῆς προσηγορίας, οἷον τοὺς ποιητοὺς πολίτας, ἀφετέον· ὁ δὲ πολίτης οὐ τῷ οἰκεῖν που πολίτης ἐστίν (καὶ γὰρ μέτοικοι καὶ δοῦλοι κοινωνοῦσι τῆς οἰκήσεως) , οὐδ' οἱ τῶν δικαίων μετέχοντες οὕτως ὥστε καὶ δίκην ὑπέχειν καὶ δικάζεσθαι (τοῦτο γὰρ ὑπάρχει καὶ τοῖς ἀπὸ συμβόλων κοινωνοῦσιν καὶ γὰρ ταῦτα τούτοις ὑπάρχει· πολλαχοῦ μὲν οὖν οὐδὲ τούτων τελέως οἱ μέτοικοι μετέχουσιν, ἀλλὰ νέμειν ἀνάγκη προστάτην, ὥστε ἀτελῶς πως μετέχουσι τῆς τοιαύτης κοινωνίας) , ἀλλὰ καθάπερ καὶ παῖδας τοὺς μῆπω δι' ἡλικίαν ἐγγεγραμμένους καὶ τοὺς γέροντας τοὺς ἀφειμένους φατέον εἶναι μὲν πως πολίτας, οὐχ ἀπλῶς δὲ λίαν ἀλλὰ προστιθέντας τοὺς μὲν ἀτελεῖς τοὺς δὲ παρηκμακότας ἢ τι τοιοῦτον ἕτερον (οὐδὲν γὰρ διαφέρει· δῆλον γὰρ τὸ λεγόμενον). ζητοῦμεν γὰρ

esempio: partecipare alla vita politica della città, poter ricoprire la carica di giudice e quella di poter sedere nei banchi della *boulè*).

Come ad Atene, anche a Roma, accordata dal sovrano la possibilità di affidare la decisione di una causa ad altro soggetto, il giudice era un cittadino con una certa

τὸν ἀπλῶς πολίτην καὶ μηδὲν ἔχοντα τοιοῦτον ἔγκλημα διορθώσεως δεόμενον, ἐπεὶ καὶ περὶ τῶν ἀτίμων καὶ φυγάδων ἔστι τὰ τοιαῦτα καὶ διαπορεῖν καὶ λυεῖν. πολίτης δ' ἀπλῶς οὐδενὶ τῶν ἄλλων ὀρίζεται μᾶλλον ἢ τῷ μετέχειν κρίσεως καὶ ἀρχῆς. τῶν δ' ἀρχῶν αἱ μὲν εἰσι διηρημένα κατὰ χρόνον, ὥστ' ἐνίας μὲν ὅλως δις τὸν αὐτὸν οὐκ ἔξεστιν ἀρχειν, ἢ διὰ τινῶν ὀρισμένων χρόνων: ὁ δ' ἀόριστος, οἷον ὁ δικαστὴς καὶ ὁ ἐκκλησιαστής. τάχα μὲν οὖν ἂν φαίη τις οὐδ' ἄρχοντας εἶναι τοιούτους, οὐδὲ μετέχειν διὰ ταῦτ' ἀρχῆς: καίτοι γελοῖον τοὺς κυριωτάτους ἀποστερεῖν ἀρχῆς. ἀλλὰ διαφερέτω μηδέν: περὶ ὀνόματος γὰρ ὁ λόγος: ἀνώνυμον γὰρ τὸ κοινὸν ἐπὶ δικαστοῦ καὶ ἐκκλησιαστοῦ, τί δεῖ ταῦτ' ἄμφω καλεῖν. ἔστω δὴ διορισμοῦ χάριν ἀόριστος ἀρχή. τίθεμεν δὴ πολίτας τοὺς οὕτω μετέχοντας [...]. «Infatti, la città è costituita da una moltitudine di cittadini, sicché sorge il problema di determinare a chi spetti questa qualifica e che cosa essa significhi. E anche nella soluzione di questo problema si è spesso in dubbio, perché non tutti si accordano nel riconoscere le stesse persone come cittadini: infatti chi lo è in una democrazia spesso non lo è in un'oligarchia. Prescindendo da coloro che hanno acquistato la cittadinanza in una qualche maniera straordinaria, come quelli che sono stati fatti cittadini, non si è cittadini perché si abita un certo luogo (ché anche i meteci e gli schiavi condividono con i cittadini il luogo di residenza), né perché si abbia accesso alle istituzioni giudiziarie, sì da poter comparire in un tribunale o da potervi citare qualcun altro (ché questo diritto deriva anche dai trattati che lo concedono a chi li ha stipulati; e spesso i meteci non ne godono che parzialmente, in quanto devono ricorrere a un patrono, il che impedisce loro di far parte in senso pieno di una comunità). Tutti costoro sono nella condizione dei fanciulli che non hanno ancora raggiunto l'età necessaria per essere iscritti nella cittadinanza e dei vecchi che sono esonerati dai loro uffici, ma che pure bisogna chiamare in qualche modo cittadini, sebbene non in senso assoluto, in quanto si deve specificare per gli uni che sono cittadini imperfetti e per gli altri che sono cittadini scaduti o con altre qualificazioni del genere (né sono necessarie ulteriori specificazioni, perché è chiaro ciò che voglio dire). Del resto, noi cerchiamo la definizione del cittadino in senso assoluto, senza limitazioni che poi richiedono chiarimenti; perché che a proposito dei cittadini disonorati e traditori ci si può domandare se siano cittadini, e si può rispondere. Ma il miglior criterio per definire il cittadino in assoluto è la partecipazione ai tribunali e alle magistrature. Delle magistrature alcune sono sottoposte a vincoli di tempo, sicché nessuno potrebbe occuparle due volte, oppure potrebbe, ma solo a intervalli determinati di tempo; altre non hanno limiti, quale quella di giudice o membro dell'assemblea popolare. Forse qualcuno potrebbe sostenere che costoro non comandano né, per il loro ufficio, partecipano alla magistratura, sebbene sia ridicolo negare la partecipazione alla magistratura proprio a quelli che hanno in mano la potenza maggiore. Ma trascuriamo questa differenza, dal momento che si tratta di una questione meramente verbale, in quanto non esiste un nome con cui designare ciò che è comune al giudice e al membro dell'assemblea. Per risolvere il problema, potremo escogitare il termine «carica a tempo indeterminato» e stabilire poi che cittadini siano quelli che possono adire a queste magistrature». Trad. a cura di C. A. VIANO, *Politica*, 2002, 226-231. In queste parole ritroviamo i privilegi che avevano i cittadini rispetto agli altri abitanti della *polis*: infatti partecipano ai tribunali e alle magistrature e questo è «il miglior criterio per definire il cittadino in assoluto». Sempre parlando della cittadinanza, poco dopo, Aristotele al 1275b, 22-26 scrisse ὀρίζονται δὲ πρὸς τὴν χρῆσιν πολίτην τὸν ἐξ ἀμφοτέρων πολιτῶν καὶ μὴ θατέρου μόνον, οἷον πατὴρ ἢ μητρός, οἱ δὲ καὶ τοῦτ' ἐπὶ πλείον ζητοῦσιν, οἷον ἐπὶ πάππους δύο ἢ τρεῖς ἢ πλείους. οὕτω δὲ ὀριζομένων πολιτικῶς καὶ ταχέως, ἀποροῦσιν τινες τὸν τρίτον ἐκεῖνον ἢ τέταρτον, πῶς ἔσται πολίτης dimostrando quanto fosse difficile diventare un cittadino poiché era considerato «cittadino colui che è nato da genitori entrambi cittadini, non essendo sufficiente che uno solo lo fosse». Per la traduzione cfr. ancora C. A. VIANO, *Politica*, cit., 231 ss.

influenza politico-sociale ed era membro di una delle famiglie nobili della città, privo di caratteristiche e capacità tecniche. Infatti, nel momento in cui il *rex* si accorse di non poter più amministrare la giustizia da solo in un territorio tanto vasto come quello di Roma⁵⁶ in continua espansione, decise di farsi coadiuvare dai cittadini. Il concetto di cittadinanza non era così ristretto come nell'Ellade, ma a potersi avvicinare a certi incarichi pubblici come quello del giudice erano solo i *patres*⁵⁷:

Dion. Hal. 2,9,1

Ὁ δὲ Ῥωμύλος ἐπειδὴ διέκρινε τοὺς κρείττους ἀπὸ τῶν ἡττόνων, ἐνομοθέτει μετὰ τοῦτο καὶ διέταττεν, ἃ χρὴ πράττειν ἑκατέρους: τοὺς μὲν εὐπατρίδας ἱεῖρασθαί τε καὶ ἄρχειν καὶ δικάζειν καὶ μεθ' ἑαυτοῦ τὰ κοινὰ πράττειν ἐπὶ τῶν κατὰ τὴν πόλιν ἔργων μένοντας, τοὺς δὲ δημοτικούς τούτων μὲν ἀπολελύσθαι τῶν πραγματειῶν ἀπείρους τε αὐτῶν ὄντας καὶ δι' ἀπορίαν χρημάτων ἀσχόλους, γεωργεῖν δὲ καὶ κτηνοτροφεῖν καὶ τὰς χρηματοποιούς ἐργάζεσθαι τέχνας, ἵνα μὴ

⁵⁶ Inevitabilmente la *civitas* era destinata ad espandersi senza alcuna possibilità di tornare indietro: dai problemi fin dall'origine, che ben sono delineati da G. GROSSO, *Storia*, cit. 11, è bene vedere *in nuce* già l'insita grandezza che Roma avrebbe raggiunto. Il rapporto dialettico e conflittuale tra la *civitas* e le *gentes* fu uno dei sintomi che avrebbe dovuto spingere per questa grande espansione. Ma non solo. Anche le crescenti guerre per il controllo del territorio, nonché l'incredibile organizzazione che si era data la città, tanto da non avere rivali né dal punto di vista politico che militare. Allo stato dei fatti è facile pensare che i Romani non fossero così sprovvisti da non apprestare un adeguato apparato amministrativo e giuridico. Lo stesso passaggio si ebbe anche durante l'epoca repubblicana in cui sorsero le figure dei pretori come sostituti e aiutanti de consoli impegnati in battaglia e che necessitavano che qualcuno assumesse su di sé il potere di amministrare la giustizia. Cfr. anche A. CALORE, *Cittadinanze*, cit., 27 ss.

⁵⁷ Sull'origine del nome dei *patres* deve essere consultato Liv., 1,8,7 «*Cum iam virium haud paeniteret consilium deinde viribus parat. Centum creat senatores, sive quia is numerus satis erat, sive quia soli centum erant qui creari patres possent. Patres certe ab honore patriciique progenies eorum appellati*». «Ritenendo di avere ormai forze sufficienti, Romolo procurò a queste forze un consiglio direttivo. Nominò cento senatori, sia che quel numero gli sembrasse bastare, sia che vi fossero cento soli uomini in grado di essere scelti come senatori. Ad ogni modo furono chiamati Padri per il rispetto dovuto alla carica, e patrizi la loro discendenza». Trad. a cura di L. PERELLI, *Storie*, cit., 137. L'origine dei patrizi è indicata da Livio come derivante dalla «turba di ogni genere» che chiedeva asilo in Roma. La plebe invece è descritta in modo diverso: 1,8,5 «*obscuram atque humilem conciendo ad se multitudinem natam e terra sibi prolem ementiebantur*» «vi attiravano una plebe umile e oscura e fingevano poi che la loro discendenza fosse nata dalla terra» ecco che quindi anche in ragione dell'origine dei due ordini si spiega la differenza che c'è tra di essi. Anche Dionigi di Alicarnasso – coetaneo di Livio e anche lui con l'intenzione di raccontare la storia di Roma – indaga il fenomeno della nascita dei due ordini, ma compie una distinzione per qualità parlando di migliori e peggiori (Dion. Hal. 2,7,9).

στασιάζωσιν, ὥσπερ ἐν ταῖς ἄλλαις πόλεσιν, ἢ τῶν ἐν τέλει προπηλακίζόντων τοὺς ταπεινοὺς ἢ τῶν φαύλων καὶ ἀπόρων τοῖς ἐν ταῖς ὑπεροχαῖς φθονούντων⁵⁸.

Dionigi di Alicarnasso, in questo passo tratto dalla sua Storia arcaica di Roma, racconta dell'ordinamento romuleo e della struttura amministrativa degli inizi. Lo storico innanzitutto riporta la divisione voluta dal primo sovrano in tribù e in curie e, a seguire, descrive la nascita della divisione (nonché contrapposizione) tra i patrizi e i plebei. Viene indicato che fu lo stesso Romolo ad assegnare ai *pateres* alcuni dei compiti più importanti in città: governare, amministrare i riti sacri conferendo loro la qualità di sacerdoti, ricoprire il ruolo di magistrati e quello dei giudici.

Anche il potere giudiziario, pertanto, fin dai tempi antichi è stato riposto nelle mani di personalità di un certo rilievo sociale e politico. Tale prerogativa era riservata ai *cives* Romani – in numero esorbitante rispetto all'elargizione centellinata nelle *poleis* greche⁵⁹ - tra i quali sono stati individuati uomini, la cui posizione ricoperta all'interno dell'Urbe giustificava il *munus*⁶⁰. Questi giudici nominati dal re erano scelti tra i membri del Senato, almeno inizialmente. Il *munus iudicandi*, infatti, era riservato ai senatori-patrizi e solo successivamente fu aperto anche alla classe degli *equites*⁶¹.

Il *Senatus Romanus* era un'istituzione che non fu espressione della sola componente patrizia della società poiché furono ammessi i plebei a seguito della parificazione dei

⁵⁸ Dion. Hal. 2,9,1 «Dopo aver distinto i migliori dai peggiori, Romolo definì per legge e prescrisse i doveri di entrambe le classi sociali. Ai patrizi furono affidate le funzioni religiose, le magistrature, l'amministrazione della giustizia, la cura degli affari pubblici condivisa con il re e l'obbligo di rimanere a disposizione per le opere riguardanti la città. I plebei invece furono esentati da questi doveri per la loro mancanza di esperienza e per la carenza di beni e, di conseguenza, di tempo libero; ebbero pertanto l'obbligo di coltivare la terra, allevare il bestiame e dedicarsi a lavori produttori di ricchezze, perché non si dessero a far rivolte, come nelle altre città, quando chi è al comando oltraggia con disprezzo gli umili oppure quando gli indigenti e poveri di mezzi si lasciano sopraffare dall'invidia verso i potenti». Trad. a cura di E. GUZZI, *Le antichità romane*, cit., 87.

⁵⁹ Sulla questione della cittadinanza in Roma arcaica cfr. per tutti A. CALORE, «Cittadinanze», cit., 1-69.

⁶⁰ È da segnalare che il quinto libro del Digesto è rubricato *de iudiciis: ubi quisque agere vel conveniri debeat*.

⁶¹ F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 21.

due ordini, anche se in posizione subordinata⁶². Non è un caso ovviamente che questa sia stata la via scelta considerando il conflitto tra patrizi e plebei che animava la *civitas*⁶³.

Anche la dottrina sul punto sembra unanime⁶⁴. Tra i giudici, infatti, soprattutto in un'epoca successiva, compaiono personalità molto colte, esperte di diritto, fini giuristi e uomini molto famosi al loro tempo. Tra questi vengono annoverati, ad

⁶² Per tutti cfr. A. BISCARDI, *Auctoritas Patrum*, in *BIDR*, 48, 1941, 404-406 per una distinzione tra i *patres conscripti* e i senatori patrizi (o semplicemente *patres*). Il Biscardi prima fa una panoramica delle fonti ritenendo che nemmeno i Latini conoscessero effettivamente il momento in cui la commistione delle fazioni avvenne pure in senato, conclude dicendo che non poteva risalire ad un momento anteriore al VI sec. a.C. L'Autore poi prosegue con la differenza dei due ordini in base al nome assegnato: *patres* è l'antico nome dei senatori che ha origini addirittura nel periodo monarchico e fa riferimento al sistema gentilizio; *conscripti* invece fa riferimento a coloro che erano scelti dal magistrato liberamente e venivano iscritti in apposito albo quando ve ne era necessità. Quindi una volta che i plebei entrarono a far parte del senato, ecco che furono chiamati *conscripti* perchè venivano scelti dal magistrato e non potevano essere appellati *patres* per tradizione. Il Senato aveva un potere politico sconfinato per le competenze che ad esso erano state attribuite. Dapprima alcune competenze erano riservate solo ai *patres* come, ad esempio, l'*interregnum*, ma tali facoltà furono poi completamente svuotate di una concreta efficacia e funzionalità. Tra le competenze da ricordare vi è: a) sicuramente una funzione consiliare che serviva da vera e propria spinta nel campo aperto della politica; b) l'esistenza di un senato-consulto preventivo vincolante che doveva essere richiesto al senato per la proposta che voleva essere presentata al comizio; c) la necessità che il senato accordasse il proprio assenso anche per dare efficacia ai *plebiscita*, e non solo alle *leges*; d) sottoposizione al Senato tanto dei disegni legislativi quanto delle candidature alle magistrature; e) il fatto che il Senato interveniva anche nei casi in cui la creazione di magistrature e il sorteggio di queste non riusciva a reggere il passo con l'esigenza e l'urgenza del momento – specialmente in tempo di guerra – ed era a lui demandato il compito di scegliere le personalità necessarie; f) la cura della politica estera da parte dei *patres*, nonché g) dell'ambito finanziario poiché le loro decisioni vincolavano le scelte del magistrato; h) un'altra funzione era quella in materia di culto, e i) il Senato interveniva anche in casi di pericolo ed urgenza con provvedimenti legislativi volti alla salvezza dello Stato (*senatus consultum ultimum*). Cfr. G. GROSSO, *Storia*, cit., 199 ss.

⁶³ Quello descritto è un momento antecedente dalla rivendicazione del potere da parte della plebe. Il periodo arcaico, infatti, non fu caratterizzato dalla contrapposizione patrizio-plebea, perchè il potere era saldo nelle mani dei patrizi che non avevano intenzione di rendere consapevoli i plebei della loro forte influenza sulle decisioni politiche. Cfr. per tutti F. SERRAO, *Classi, partiti e legge*, cit., 165-169, in cui l'Autore ben indica come la plebe fosse divisa al suo interno tra *nobilitas*, ceti rurale, *equites* e proletariato, di cui il primo gruppo si identificava anche con il patriziato e, consapevole del suo ruolo di guida, partecipava alla vita politica e al governo della città accanto ai patrizi. Fu solo con la presa di coscienza delle altre partizioni che iniziò la lotta per l'ascesa al potere.

⁶⁴ «Mais, qu'il soit choisi au grè des parties ou qu'il soit pris sur l'album iudicum, le iudex unus normalment ne sera pas un homme quelconque. Au premier cas les parties ne s'en remettraient pas à un homme sans connaissance juridique ou au moins sans l'expérience des affaires ou sans culture, pas plus quel es plaideurs d'aujourd'hui ne prendraient pour arbitre le premier venu. Au second cas, les jurés de l'album sont pas leur titres meme des personnages qualifiés et ayant, comme les Romains bien nés, étudié le droit où au moins la rhétorique». P. COLLINET, *Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique*, in *Recueil Gény*, I, Paris, 1934, 25; F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 21; A. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., 185.

esempio, Publio Mucio Scevola, Caio Mario, Caio Aquilio Gallo e Aulo Gellio⁶⁵, a riprova del fatto che non tutti potevano ricoprire la carica di giudice e, a maggior ragione, in un'epoca così risalente come quella arcaica e preclassica, solo uomini di rango senatorio potevano aspirare al *munus*.

Tuttavia, nel corso del periodo repubblicano la *civitas* fu interessata da lotte di classe e rivendicazioni. La plebe, infatti, memore del periodo regio caratterizzato da un monopolio patrizio, desiderava ottenere l'accesso alle cariche pubbliche della *civitas*⁶⁶, pretendendo, tra le altre cose, la nomina a giudici.

⁶⁵ L. GAGLIARDI, *La figura del giudice privato del processo civile romano. Per un'analisi storico-sociologica sulla base delle fonti letterarie (da Plauto a Macrobio)*, in E. CANTARELLA e L. GAGLIARDI (a cura di), *Diritto e Teatro in Grecia e a Roma*, Milano, 2007, 201.

⁶⁶ Brevemente, il quadro della lunga ascesa dei plebei ad una posizione parificata a quella dei patrizi è, a mio parere, esemplificata egregiamente da G. GROSSO, *Storia*, 79. L'Autore delinea in modo magistrale tutte le tappe fondamentali che hanno scalfito la chiusura del sistema patrizio-romano, fino alla completa uguaglianza, o almeno presunta, degli uni agli altri. Il pareggiamento inizia con il 494 a.C. anno della secessione della plebe sul Monte Sacro, secessione che si concluse solo con il memorabile discorso di Menenio Agrippa. Le disposizioni che hanno permesso questo pareggiamento furono: prima la *lex Icilia de Aventino publicando* grazie alla quale la plebe ottenne delle terre sull'Aventino. Altro passaggio fondamentale furono le XII Tavole che divennero per tutti *fons omnis publici privatique iuris*. Quindi le *Leges Valeriae-Horatiae* nel 449 a.C. grazie alle quali i tribuni diventarono magistrati del popolo, quindi tutto il popolo risente della validità della *sacertas*. Vennero poi istituiti anche i *tribuni militum consulari potestate* e fu permesso di produrre una propria legislazione tramite i *plebiscita*. La scalfitura decisiva si ebbe nel 367 a.C. con le *leges Liciniae Sextiae* grazie alle quali: a) i plebei hanno potuto beneficiare di *tabulae novae* per i propri debiti, cioè la possibilità di scomputare gli interessi pagati dal capitale e poter rateizzare il debito in tre rate (*de aere alieno*); b) uno dei due consoli doveva essere plebeo (*de consule plebeio*); c) la plebe ha ottenuto un limite di occupabilità dell'*ager publicus* per promuovere una diversa distribuzione della terra. Così racconta Livio di tale legge in 6,35,4-5: *Creatique tribuni C. Licinius et L. Sextius promulgavere leges omnes adversus opes patriciorum et pro commodis plebis: unam de aere alieno, ut deducto eo de capite quod usuris pernumeratum esset id quod superesset triennio aequis portionibus persolveretur; alteram de modo agrorum, ne quis plus quingenta iugera agri possideret; tertiam, ne tribunorum militum comitia fierent consulumque utique alter ex plebe crearetur; cuncta ingentia et quae sine certamine maximo obtineri non possent.* « Gaio Licinio e Lucio Sestio eletti tribuni presentarono tre leggi tutte contrarie alla potenza dei patrizi e favorevoli agli interessi della plebe: una sui debiti, la quale prescriveva che, detratti dal capitale gli interessi che erano stati pagati, il rimanente si dovesse pagare in tre rate annuali; la seconda sulla limitazione della proprietà terriera, per cui nessuno poteva possedere più di cinquecento iugeri di terreno; la terza che non si eleggessero più tribuni militari, e che uno dei due consoli eletti dovesse sempre essere plebeo: tutte leggi di grande importanza, e tali che non avrebbero potuto esser approvate senza durissima lotta» Trad. a cura di L. PERELLI, *Storie*, II, cit.,137. Nel 339 a.C., con la legge *Publilia Philonis* i *plebiscita* vennero equiparati alle *leges* di Roma, quindi, divennero vevoli ed efficaci per tutti, ma tale legge sembra un'anticipazione della vera legge che introdusse questa uguaglianza che fu la *Lex Hortensia* nel 286 a.C. Per una disamina completa cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957, 43 ss.; F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società*, cit., 122 ss.

Con i Gracchi⁶⁷ si verificò una svolta significativa su pressione popolare: gli *equites*⁶⁸ entrarono a far parte delle liste dei giudici. In particolare, fu Caio Gracco a portare a termine questa conquista, completando l'opera del fratello che, fin dal 133 a.C., cercava di riunire e ricostruire il ceto dei piccoli proprietari terrieri. Questo ceto era stato, sin dagli inizi della *civitas*, la base su cui si era consolidata la grandezza di Roma. L'obiettivo era ottenere il favore dei cavalieri nella lotta contro la nobiltà attraverso varie leggi e concessioni⁶⁹. Tra queste ricordiamo la *lex Sempronia iudiciaria*, che statuiva l'ingresso dei cavalieri fra la lista dei giudici⁷⁰, momento

⁶⁷ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*, cit., 189 ss.; G. GROSSO, *Storia*, cit., 325; A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., 72 ss.

⁶⁸ Per *equites* si vuole intendere l'*ordo equester* che era già noto a Roma con la riforma serviana che vedeva una classe di cavalieri, che erano quei cittadini con un censo tale da poter sostenere le spese di possedere un cavallo e procurarsi un'armatura (Liv. 1,43,8: *equitum ex primoribus civitatis duodecim scripsit centurias*. «Formò dodici centurie di cavalieri, tratti dalle principali famiglie della città»). Trad. a cura di L. PERELLI, *Storie*, I, cit., 227. Dion. Hal. 4,18.1, invece, indica che i cavalieri sono coloro tra quelli dotati di reddito più alto e sono anche i più illustri per stirpe). Oltre a questo, il termine *equites* stava anche a significare una c.d. nobiltà commerciale, propria dei plebei. oltre ad una differenziazione sostanziale, ve ne è una anche formale che si riscontra in segni esteriori evidenti: l'*angustus clavus*, posti diversi e distinti in teatro, ecc. Cfr. G. GROSSO, *Storia*, cit., 321 ss.

⁶⁹ È stato proprio con le leggi Sempronie del 122 e 123 a.C. che Caio iniziò questa parificazione a favore degli *equites*.

⁷⁰ Non è certo un regime politico assimilabile e sovrapponibile alla democrazia odierna, ma è da riconoscere il merito di questo cambiamento. È sempre da tenere presente che la democrazia di cui si parla, in Roma antica era certamente molto più legata al censo di quanto non lo fosse ad Atene, poiché a dimostrazione di questo vi è il *cursus honorum* a spese dell'interessato. 'Democrazia', quindi, non è da leggere come equivalente di uguaglianza di classi sociali e, puntualizzo, di diritti. I plebei, infatti, hanno lottato aspramente per ottenere una posizione di rispetto a Roma, non solo nel periodo repubblicano, poiché è possibile immaginare che scontri e rivendicazioni ci siano stati fin dai tempi più antichi. Gli stessi re etruschi, infatti, hanno ottenuto il potere grazie al favore di questa massa disomogenea che ha creduto di poter ottenere favori da questi nuovi sovrani. Ancora, si pensi alle prime «rotture» del sistema arcaico d'interpretazione del diritto saldamente ancorato al monopolio pontificale che ha portato alla conoscenza delle leggi, fino ad arrivare alla totale apertura del Collegio alla *civitas* e della massima carica religiosa permettendo ai plebei di diventare *Pontifex maximus* (ciò avvenne nel 254 a.C.). Quelli descritti, però, sono solo alcuni dei momenti fondamentali che hanno reso possibile ai plebei di inserirsi come parte attiva nella *civitas* – quelli più abbienti e potenti, s'intende – ma il momento che ci interessa maggiormente è proprio avvenuto nella repubblica, quando i giudici furono scelti anche tra liste in cui compaiono gli *equites*. Gli *equites* formavano quella classe sociale di plebei altolocata ed essendo costoro riusciti a ottenere fortuna, conseguentemente, avevano raggiunto anche il successo politico. In età repubblicana, infatti, lo scontro tra gli *optimates* e i *populares* è davvero aspro e caratteristico dalla situazione che si era consolidata: emergeva dalla massa informe e disomogenea della plebe dall'oscura origine il c.d. *ordo equestris*. La rivalità tra gli *equites* e i senatori quindi era comprensibile. Si riproponeva lo scontro infinito tra patrizi e plebei ma su territorio diverso: quello del processo. La successiva apertura del magistero del giudice anche ai cavalieri era imminente e i senatori nulla avrebbero potuto fare per impedirlo. Appiano (*Bella Civilia*,

fondamentale per raggiungere l'uguaglianza delle due fazioni. Di contro, è noto che Silla, una volta preso il potere, ripristinò l'ordine *quo ante* conferendo ai soli senatori l'appannaggio dell'amministrazione della giustizia⁷¹, in risposta a quegli anni turbolenti e di affermazione della plebe.

È stata fondamentale anche la *lex Aurelia* del 70 a.C.⁷² che istituì l'*album iudicum* formato da liste miste: le parti processuali potevano estrarre a sorte il nome del proprio giudice tra senatori, *equites* e addirittura *tribuni aerarii*⁷³. Questi ultimi, però, furono esclusi dalle liste da Cesare al fine di trovare un equilibrio tra le altre due classi.

Nel periodo arcaico⁷⁴ il giudice era indicato dalle parti del processo, scelta che poi doveva essere avallata dal magistrato che presiedeva la lite⁷⁵. Risulta anomalo che le parti potessero, in un periodo così risalente, avere una tale prerogativa, o per lo meno che avessero una tale consapevolezza del loro potere e del ruolo importante che ricoprivano. È più facile pensare, invece, che inizialmente, almeno nel processo per

1,22,92-97), ad esempio, racconta che Caio Gracco avrebbe con tale disposizione attribuito la funzione di giudici ai soli cavalieri.

⁷¹ Silla, esponente invece della fazione degli *optimates*, una volta preso il potere, potè mai visto a Roma, fece emanare una *lex de magistratibus* con cui, da un lato, indicava l'intervallo decennale per ricoprire nuovamente la stessa carica, dall'altro, precisava anche i limiti di età del *cursus honorum*. Collegata a questa legge vi era anche la *lex iudiciaria* grazie alla quale restituiva l'*officium* di *iudicare* ai soli senatori. Cfr. per le riforme sillane cfr. G. GROSSO, *Storia*, 336 ss. e atri?

⁷² A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, XLIII, 1968, s.v. *Lex Aurelia iudiciaria* (70 b.C.) *Broadened the hitherto exclusive privilege of the senators to be judges in judicial trials by admitting persons of equestrian rank (equites) and tribuni aerarii*.

⁷³ A. BERGER, *Enc. Dict.* cit. s.v. *Tribuni aerarii*: «Originally, they were officials of the *tribus* charged with the payment of stipend to soldiers, collection of the necessary means for this purpose (*tribunum*) imposed on the members of the *tribus*, and the management of contributions and booty taken from the enemy. Since these functions were assigned to financially reliable persons the term *tribuni aerarii* was later applied to persons classified in higher classes of the census. A *lex Aurelia* (70 b.C.) ordered that one-third (300) of the jurors in criminal courts (*quaestiones*) be selected among the *tribuni aerarii*, but a statute issued under the dictator Cesar abolished that privilege. Although the census of *tribuni aerarii* was lower than that of persons of equestrian rank (*equites*), they belonged to the well-to-do group of the society».

⁷⁴ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 329.

⁷⁵ R. CARDILLI, *Designazione e scelta del iudex unus alla luce della Lex Irnitana*, in *Rend. Mor. Acc. Lincei* s.9, v.3: 37-73 (1992), 43 ss. consultabile anche online al link: <https://core.ac.uk/download/pdf/53832863.pdf>.

legis actiones più risalente, il giudice fosse in realtà *datum* dallo stesso magistrato caso per caso⁷⁶, e non selezionato dai cittadini⁷⁷.

La modalità di scelta cambia con l'avvento del processo formulare nel quale sembra che si fosse invece affermato, oltre alla possibilità di scelta e selezione delle parti dall'*album iudicum*⁷⁸, il criterio della *sortitio* che andava a supplire il caso in cui le stesse non fossero riuscite ad accordarsi sul nome del giudice⁷⁹.

Con tale meccanismo, però, il convenuto ha un margine limitato per la ricusazione e il giudice così selezionato non poteva essere rifiutato dalle parti: l'attore, infatti, non avrebbe potuto proseguire il processo per mancanza di un soggetto fondamentale della triade processuale; per il convenuto, invece, non ci sarebbe stata alcuna possibilità di difendersi per mancanza del soggetto deputato alla decisione della condanna o dell'assoluzione.

Chiarite sommariamente le modalità di nomina, è opportuno, sempre al fine di dare una panoramica preliminare al lettore prima di approcciarsi al tema principale della presente tesi, precisare quale sia il momento di tale scelta e nomina del giudice. La

⁷⁶ In tal senso vedi G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 65.

⁷⁷ Ciò è vero se si ritiene di credere che il sistema giudiziario romano fosse esente da qualunque manifestazione di coercizione esterna del giudice. Quanto appena scritto, però, non è verificabile: infatti, le XII Tavole introducono una forma di responsabilità del giudice corrotto (XII Tab. 9.3). Il testo legislativo è una ricognizione – o *re-statement*, per usare un termine all'avanguardia – delle consuetudini, degli usi e dei *mores* che si erano consolidati e delle problematiche riscontrate nell'allora giovane *Civitas*.

⁷⁸ L'*album iudicum selectorum* è stato istituzionalizzato a Roma dalla fine del II sec. a.C. e consisteva in una lista di giudici che era stata utilizzata per formare i collegi delle *quaestiones*, cioè i tribunali criminali che grazie a Silla divennero veri e proprie corti ordinaria in materia penale. Questa lista fu necessaria per sapere chi tra i cittadini aveva le caratteristiche per essere nominato giudice. Come già detto in precedenza, in questo *album* furono iscritti prima solo senatori, poi l'accesso fu consentito anche agli *equites*. Per un maggior approfondimento vedi uno per tutto M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 330.

⁷⁹ La scelta del giudice era appannaggio delle parti che, avendo già una lista di soggetti aventi le caratteristiche richieste e selezionate già dal sistema giuridico nel suo complesso, potevano accordarsi sul nome da indicare nella formula. Spesso però le parti in lite non riuscivano ad arrivare ad una decisione nell'immediato e ciò è abbastanza comprensibile. I Romani, lungimiranti come sempre, avevano quindi ad una modalità alternativa di selezione del giudice: la *sortitio*. La possibilità quindi di sorteggiare il nome del giudice che avrebbe presidiato la causa. Quest'*escamotage* però aveva un prezzo: da un lato, il convenuto avrebbe avuto limiti consistenti nel potere di ricusare il giudice così indicato; dall'altro, invece l'attore, qualora non lo avesse accettato, non avrebbe avuto la possibilità di proseguire il processo. Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. 330.

dottrina si è affaticata nell'analizzare se tale momento fosse prima o dopo la *litis contestatio*⁸⁰. Gli studiosi più attenti sostengono che, probabilmente, la nomina avveniva dopo, come si può dedurre dalle Istituzioni di Gaio⁸¹; altri, invece, sono di diverso avviso e ritengono che la nomina sarebbe intervenuta in un momento precedente.

Cicerone, ad esempio, afferma che avveniva prima in ragione del fatto che la *formula* contiene effettivamente il nome del giudice⁸² (ad esempio, *Cic. Verr. 2,2,31: [...] L. Octavius iudex esto*). Con la perifrasi «AA *iudex esto*» viene nominato il giudice. L'azione, pertanto, è quella propria del magistrato che *iudicem dat*⁸³.

Ulpiano, inoltre, indica i casi in cui il pretore è tenuto ad esonerare dall'incarico il giudice che si trovi in una situazione descritta nel passo che segue:

D. 50,5,13 pr. (*Ulp. XXIII ad ed.*)

Praetor eos, quoscumque intellegit operam dare non posse ad iudicandum, pollicetur se excusaturum: forte quod in perpetuum quis operam dare non potest, quod in eam valetudinem incidit, ut certum sit eum civilia officia subire non posse: aut si alio morbo laboret, ut suis rebus superesse non

⁸⁰ La *litis contestatio* è il momento in cui convergono atti che sono stati svolti dai protagonisti del processo: il *dare iudicium* del magistrato, il *dictare iudicium* da parte dell'attore ed infine *l'accipere iudicium* del convenuto. In questo momento viene cristallizzata una situazione nel tempo e ha formalmente inizio il processo davanti al giudice. La cristallizzazione durante la vigenza delle *legis actiones* avveniva con la pronuncia di *certa verba* o con un giuramento o con l'accordo dei testimoni; nel processo formulare invece avviene con la fotografia della situazione in un documento scritto, cioè con la *formula*. Da questo momento vi sono degli effetti sia esclusori che conservativi: dei primi ricordiamo il *ne bis in idem*; dei secondi invece il riferire la pretesa attorea al momento in cui la *litis contestatio* si è perfezionata. Cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto privato romano*, 2006, 61-62.

⁸¹ Per il Pugliese ciò si desume dagli schemi di formule che Gaio indica nelle sue *Institutiones*. Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 315.

⁸² Dall'attenta disamina delle orazioni ciceroniane, infatti, non compare altro riferimento alla nomina del giudice. Il fatto che vi sia il nome specifico del giudice potrebbe far pensare a questa soluzione, ritenendo che, almeno inizialmente, il giudice fosse deciso dal magistrato.

⁸³ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. 351 ss.

*possit: vel si quid sacerdotium nancti sint, ut discedere ab eo sine religione non possint. nam et hi in perpetuum excusantur*⁸⁴.

Il frammento racconta che il pretore, accortosi di un impedimento permanente, oppure di una malattia grave, poteva esonerare il giudice che non fosse in grado di adempiere al suo compito. Da ciò, si potrebbe evincere che la scelta del giudice non fosse delle parti del processo, le quali nulla potevano fare in caso di impossibilità del giudice a compiere il suo *officium*, ma del magistrato che poteva sostituirlo all'occorrenza.

A sostegno di tale tesi è richiamato anche D. 5,1,12,1 in cui Paolo minuziosamente descrive a chi compete la nomina del giudice e in forza di quale prerogativa e/o legittimazione.

D. 5,1,12,1 (*Paul. XVII ad ed.*)

*Iudicem dare possunt, quibus hoc lege vel constitutione vel senatus consulto conceditur. lege, sicut proconsuli. is quoque cui mandata est iurisdictio iudicem dare potest: ut sunt legati proconsulum. item hi quibus id more concessum est propter vim imperii, sicut praefectus urbi ceterique Romae magistratus*⁸⁵.

⁸⁴ D. 50,5,13 pr. (*Ulp. XXIII ad ed.*) «Il pretore è tenuto a esonerare dai carichi chiunque egli sa che non può presentarsi a giudicare, o perché non può farlo mai più, o perché cadde in tale malattia per cui sia certo che non può sostenere gli affari civili, o perché è oppresso da malattia tale per cui non possa amministrare le cose sue, o perché entrò in un ufficio dal quale non possa sciogliersi senza offendere la religione; invero tutti questi sono esentati per sempre». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4758. Quindi, nel momento in cui il pretore valuta come esistente una di queste cause che comportano la decadenza dall'*officium* di giudicare, deve forzatamente procedere all'esonero dalla funzione di giudice. Ecco che è palese quando un individuo può o meno essere giudice in astratto; passata la selezione di Ulpiano, poi dovrà comunque rispondere alle qualità richieste da Paolo in D. 5,1,12,1, riportato alla nota successiva.

⁸⁵D. 5,1,12,1 (*Paul. XVII ad ed.*) «Possono nominare giudice coloro ai quali ciò è concesso da una legge, da una costituzione o da un senatoconsulto. Così, per legge, il proconsole. Può nominare un giudice anche colui al quale è stata delegata la giurisdizione, come sono i legati dei proconsoli. Del pari coloro ai quali fu concesso in base al costume per la forza del loro imperio, come il prefetto della città e gli altri magistrati di Roma». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesto*, II, cit., 8.

Il frammento prende in considerazione la legittimazione in forza della quale alcuni soggetti possono nominare i giudici. Infatti, questo potere discende direttamente da una legge, da una costituzione o da un senatoconsulto, oppure da una delega di giurisdizione in forza dell'*imperium* di un magistrato.

Il giudice veniva nominato dal magistrato, ma l'investitura poteva anche essere quella delle parti che si sottomettevano alla sua pronuncia proponendo, e conseguentemente accettando, la formula così come la predisponeva il pretore.

Il Wlassak⁸⁶ non è di questo stesso avviso. Lo studioso propone una lettura differente del momento e delle modalità di nomina del giudice: questa attività del magistrato non è altro che il riconoscimento 'statale' della scelta del giudice, quale arbitro privato, operata dalle parti.

Tale tesi, per quanto avvincente sia, trova giustificazione solo nel processo formulare, momento storico in cui la scelta del giudice veniva devoluta alle parti⁸⁷. Ciò sembra avvalorato soprattutto da fonti letterarie, primo fra tutti Cicerone:

Cic. *Cluent.* 43,120

Nunc si quem Cn. Lentuli aut L. Gelli libertus furti condemnarit, is omnibus ornamentis amissis numquam ullam honestatis suae partem recuperabit; quos autem ipse L. Gellius et Cn. Lentulus, duo censores, clarissimi viri sapientissimique homines, furti et captarum pecuniarum nomine notaverunt, ii non modo in senatum redierunt, sed etiam illarum ipsarum rerum iudiciis absoluti sunt. Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset; quapropter in omnibus legibus quibus

⁸⁶ M. WLASSAK, *Die klassische Prozessformel*, Wien, 1924, 147 ss.

⁸⁷ G. BROGGINI, *Iudex arbitrive*, cit., 425-430.

*exceptum est de quibus causis aut magistratum capere non liceat aut iudicem legi aut alterum accusare, haec ignominiae causa praetermissa est; timoris enim causam, non vitae poenam in illa potestate esse voluerunt*⁸⁸.

L'oratore prende in considerazione una lite per accertare un illecito (un furto). In caso di condanna, il convenuto avrebbe perso l'onorabilità senza possibilità alcuna di recuperarla. Lo stesso, invece, non si può dire se qualcuno venisse colpito da nota censoria: in tal caso il condannato, se fosse stato senatore, avrebbe potuto tornare in Senato e sarebbe stato assolto in tribunale. L'Arpinate spiega che ciò è possibile perché nessuno può ergersi a giudice della reputazione di un altro senza che venga scelto appositamente dalle parti contendenti.

A tali evidenze testuali si contrappone la formula della *iudicis arbitrive postulatio* da cui emerge che il magistrato ha l'ultima parola sulla scelta del giudice e che un'eventuale contestazione del convenuto su tale nomina non sortisce alcun effetto.

A completamento della disciplina, il giurista Paolo in D. 5,1,12,2 (XVII *ad ed.*), già riportato in precedenza⁸⁹, segnala i casi in cui un soggetto non poteva essere nominato giudice. Dal testo latino, inoltre, è possibile evincere, *a contrario*, quali fossero i soggetti a cui era permesso di ricoprire il ruolo di giudice: potranno essere *iudices* coloro che avevano intatte tutte le funzioni sensoriali, coloro che psicologicamente erano equilibrati e non avevano mai presentato segni di pazzia o di

⁸⁸ Cic. *Cluen.* 43,120: «Orbene, se qualcuno sarà condannato per furto da un liberto di Gn. Lentulo o di L. Gellio, egli non solo perderà tutti gli onori di cui gode, ma non riacquisterà mai più nemmeno una parte della sua onorabilità; coloro invece che riceveranno, per il reato di furto e di appropriazione indebita, la nota di biasimo dei due censori L. Gellio e Gn. Lentulo, assai grandi sia per fama che per saggezza, non solo sono tornati a sedere in senato, ma sono stati pure assolti in tribunale proprio da queste imputazioni. Era volontà dei nostri antenati che, in qualunque vertenza nella quale fosse in gioco non dico l'onorabilità di qualcuno, ma anche solamente il più piccolo interesse finanziario, nessuno assumesse le funzioni di giudice senza il gradimento di entrambe le parti. Ne deriva la conseguenza che in tutte le leggi che contemplano i casi di esclusione dalla nomina a una magistratura o dalla scelta alle mansioni di giudice o dall'incarico di accusatore, questo motivo di indegnità è omissis; era, cioè, loro volontà che il potere dei censori si traducesse in un motivo di timore, non già in una pena che condizionasse tutta una vita». Trad. a cura di G. BELLARDI, *Le orazioni di M. Tullio Cicerone*, II, Torino, 1981 rist. 1996, 441.

⁸⁹ Si veda p. 8.

altro disturbo comportamentale e chi era pubere, cioè colui che aveva raggiunto la maggiore età e che quindi ha la piena capacità di agire.

Il giurista fa riferimento ai soli senatori, ma le fonti parlano anche di *equites*, come soggetti che possono diventare giudici e la rimozione da tale carica preclude anche l'*officium iudicis*. In base ai costumi solo gli uomini potevano essere nominati giudici poiché così era stato consolidato dagli usi; infatti, Paolo precisa che non potevano accedere all'ufficio donne e schiavi *non quia non habent iudicium, sed quia receptum est* perché la tradizione così imponeva.

2. LA DUODECIM TABULARUM LEX

È un problema noto che le conoscenze della dottrina sul diritto più arcaico sono scarse e di difficile interpretazione. Le fonti a noi pervenute, quasi tutte di tradizione indiretta, non permettono agli studiosi, se non in minima parte, di ricostruire l'ordinamento giuridico e la normativa applicabile nel passato più remoto della *civitas*. Tale dato ha reso difficile riuscire a delineare una linea temporale priva di cesure che rendesse conto del percorso storico subito dall'istituto della responsabilità del giudice⁹⁰.

Il testo legislativo esaltato da Pomponio⁹¹ e Cicerone⁹² non è mai pervenuto fino a noi⁹³: secondo la leggenda, infatti, le XII Tavole furono distrutte nell'incendio

⁹⁰ La prima fonte sul tema sono le XII Tavole. L'analisi delle *leges regiae*, infatti, non ha condotto ad alcun risultato. In particolare, secondo la ricostruzione del Riccobono nei FIRA, non c'è una legge dei re che solleva il problema della responsabilità dei giudici o del tema processuale. L'unica norma che fa riferimento ai giudizi è decontestualizzata rispetto al tema in esame e prende in considerazione solo la distinzione tra giudizi privati e pubblici. Così, FIRA², I, Firenze, 1968, 4. Sull'importanza di tenere presenti le leggi regie nello studio delle XII Tavole si veda M. H., CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, London, 1996, 561-563.

⁹¹ Pomponio parla delle XII Tavole come di una parte imprescindibile dello *ius civile* D. 1,2,2,5 (*Pomp. lib. sing. enchir.*) *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi*

gallico del 390 a. C.⁹⁴. Sebbene sia molto irrazionale il fatto che un testo del genere sia stato redatto in unica copia ed esposto nel foro, di esso non è mai stata trovata traccia. Per questa ragione autorevoli studiosi⁹⁵ hanno avanzato ricostruzioni basandosi su fonti più recenti.

Tale legge, caposaldo di tutta l'impalcatura del diritto repubblicano, deve essere esaminata e studiata per riuscire ad individuare le prime attestazioni di responsabilità dell'organo giudicante⁹⁶.

nomine appellatur ius civile. «Approvate tali leggi (così come suole naturalmente avvenire che l'interpretazione richieda l'autorità dei giuristi), cominciò ad essere necessaria la discussione del foro. Questa discussione e questo diritto, che, senza essere fonte scritta, venne messo insieme dai giuristi, non è chiamato con una denominazione propria, così come invece le altre parti del diritto vengono designate con nomi propri che sono stati ad esse attribuiti, ma viene chiamato con il nome comune di <diritto civile>». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., I, 81.

⁹² Sempre Cic. *leg.*, 2,23,59 [...] *Discebamur enim pueri XII ut carmen necessarium, quas iam nemo discit.*[...]. «[...] ché da fanciulli imparavamo a memoria le dodici tavole come un carme in programma, ma ormai più nessuno lo studia [...]». Trad. a cura di L. FERRERO-N. ZORZETTO, *Opere politiche e filosofiche*, cit.,

⁹³ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., 6 «Come è noto, il testo integrale delle XII Tavole non ci è stato tramandato, ma da tempo gli studiosi (fin dall'epoca del Gotofredo) hanno cercato di operarne la palingenesi, cioè di ricostruirne il contenuto nella maniera più completa (o meno incompleta) possibile, in base agli sparsi riferimenti (talora testuali, talora no) forniti dalle fonti».

⁹⁴ Questa è solo una delle tante congetture che sono state avanzate da giuristi e storici per giustificare la scomparsa del testo legislativo. Per un'apprezzabile disamina sulla *ruina gallica*, si veda AA. VV., *Lineamenti di storia*, cit., 1989, 99 s.

⁹⁵ Il testo delle Dodici Tavole è stato ricostruito da H. E. DIRKSEN (*Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwoelf-Tafel-Fragmente*, Leipzig, 1824), da R. SCHÖLL (*Legis duodecim tabularum reliquiae*, Leipzig, 1866), da K. G. BRUNS, T. MOMMSEN e O. GRADENVITZCHE (*FIRA*, Tubinga, 1909), da S. RICCOBONO (Firenze, 1941) il cui testo è stato utilizzato per la redazione di questo capitolo: *FIRA*², I, cit., 23 ss. In tema di sforzi ricostruttivi, è opportuno rimandare ad una serie di contributi conservati nella rivista *Index*. In particolare, gli scritti di L. AMIRANTE, *Per la palingenesi delle XII Tavole*, in *Index*, 18, 1990, 391-399; O. DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in *Index*, 18, 1990, 404-434; F. D'IPPOLITO, *XII Tab. 2.2*, in *Index*, 18, 1990, 435-449. Ancora, L. AMIRANTE, *Un'ipotesi di lavoro: le sequenze e l'ordine delle norme decemvirali*, in *Index*, 20, 1992, 205-210; F. BONA, *Il de verborum significatu di Festo e le XII Tavole. I. Gli auctores di Valerio Flacco*, in *Index*, 20, 1992, 211-228; O. DILIBERTO, *Contributo alla palingenesi delle XII tavole. Le sequenze nei testi gelliani*, in *Index*, 20, 1992, 229-278; F. D'IPPOLITO, *Gaio e le XII tavole*, in *Index*, 20, 1992, 279-289. Cfr. O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, *passim*; M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, cit., 555-721.

⁹⁶ La legge delle XII Tavole è alla base di tutti gli istituti giuridici dell'antica Roma e non deve sorprendere che, accanto a formule particolarmente arcaiche, vi siano anche dei riscontri giuridici moderni ed importanti per la trattazione di situazioni quale quella della responsabilità del giudice. Cfr. M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, cit., 561-563.

Bisogna premettere che l'analisi condotta sull'antico testo del V sec. a.C. si basa necessariamente sulle qualificazioni giuridiche odierne secondo una prospettiva moderna⁹⁷.

La lettura, pertanto, data a tali disposizioni potrebbe non combaciare con la visione e l'intenzione che avevano gli antichi. Lo studio delle fonti *a posteriori*, infatti, è inevitabilmente infettato dalle qualificazioni moderne che rischiano di falsare l'idea degli antichi giuristi. Una tale lettura dei testi condizionata da strutture concettuali radicate nel proprio sapere dogmatico è inevitabile, al fine di poter veicolare concetti e ragionamenti che, ad oggi, hanno già contorni definiti e significati consolidati.

Le avvertenze indicate al lettore sono poste a monito dell'utilizzo di termini e concetti oramai universali per gli operatori giuridici.

Nel periodo monarchico⁹⁸, come rilevato in precedenza, era il re ad avere il monopolio della *iurisdictio*, potere che era nella sua forma più completa e piena poiché al sovrano competeva non solo di pronunciare diritto, ma anche di giudicare la causa dopo averla giuridicamente qualificata.

La divisione tradizionale del processo romano tra le fasi *in iure* e *in iudicio* non esisteva in questo periodo. Sarebbe meglio avvertire che esisteva nella prassi, ma era nelle mani della stessa persona e si esauriva in un unico momento.

La divisione delle due fasi, così come la conosciamo, vede la sua origine con l'attribuzione ad un altro soggetto (*iudex privatus*) del compito di giudicare la causa giuridicamente qualificata da altri: il re o i magistrati repubblicani. Il completamento della struttura processuale bifasica, infatti, sembra poi ricollegarsi al passaggio della

⁹⁷ «Ma come le categorie dogmatiche nostre sono strumenti della nostra conoscenza dai quali non possiamo prescindere, pur dovendo sforzarci di adeguarli all'oggetto dello studio, anche questa esigenza ora richiamata, questo atteggiamento metodologico, nella misura in cui è categoria del nostro modo di conoscere il diritto, va utilizzato, ma anche adeguato alla realtà che studiamo». Faccio mie le parole di S. SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia»: criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1969, 25.

⁹⁸ Sui problemi dello studio della Roma delle origini si vedano, tra gli altri, N. D., FUSTEL DE COULANGE, *La cité antique*, Paris, 1864; C. AMPOLO, *Le origini di Roma e la «Cité antique»*, in *Mélanges de l'École française de Rome*, 92-2, 1980, 567-576.

iurisdictio che dal re viene posta nelle mani dei magistrati ed «è da interpretare come introduzione di una limitazione al potere politico»⁹⁹.

In particolare, sulle fonti più arcaiche sono fioriti interessanti studi a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, quando la dottrina si è interessata in modo sistematico ad una ricostruzione originale¹⁰⁰ del contenuto delle XII Tavole.

Infatti, se la tradizionale idea di ricostruzione del testo si basava su autorevoli opinioni di illustri studiosi e sulla convinzione che l'editto del pretore seguisse l'ordine di argomenti così come proposto nella codificazione della metà del V secolo a. C., il nuovo approccio prende le mosse dai dati testuali e, sempre sotto forma di ipotesi, tenta di sistematizzare i frammenti secondo l'ordine che i giuristi classici vi avevano presumibilmente dato¹⁰¹.

Nonostante i dibattiti e le perplessità sulla ricostruzione della fonte, pare opportuno concentrare l'attenzione sulle disposizioni concernenti la responsabilità del giudice.

Lo studio delle Tavole di bronzo è doveroso poiché, per quanto arrivato fino a noi, è possibile ricostruirne una palingenesi¹⁰², che mostra proprio come le prime tre tavole siano dedicate al processo. In particolare, secondo più di una ricostruzione, la prima tavola è dedicata alla *in ius vocatio* con i primi tre versetti; al *vindex* nel quarto, il

⁹⁹ Cfr. G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., cit., I, 43.

¹⁰⁰ Rispetto alla dottrina tradizionale che dal Gotofredo ha sempre ritenuto cristallizzata e sistematizzata per materia il testo delle XII Tavole, la più recente dottrina ha proposto ricostruzioni differenti: per tutti si vedano Cfr. O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., *passim*; M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, cit., 555-721.

¹⁰¹ Rendo conto della nuova palingenesi proposta dal Crawford e da Diliberto per dimostrare di abbracciare tali nuove prospettive, ma tuttavia, nonostante la mia perplessità sulla collocazione soprattutto di XII Tab. 9.3, mi affido alla tradizionale ricostruzione presente in *FIRA*², I, cit., 64.

¹⁰² G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., II, 6-7 «Nelle moderne edizioni palingenetiche delle XII Tavole tutto il materiale utilizzabile, costruito dai vari riferimenti reperibili presso gli scrittori romani [...], è distribuito nelle varie tavole, e all'interno di ciascuna tavola è ordinato secondo il seguente criterio. In ogni tavola sono collocate e numerate progressivamente le singole norme [...]. Quando invece non si dispone della citazione testuale, ma soltanto di un riferimento indiretto, più o meno circostanziato o generico, in quanto lo scrittore che ce lo fornisce riferisce con parole sue [...] quale fosse il contenuto della norma [...], gli editori si limitano a riferire sotto il corrispondente numero, per altro in caratteri tipografici diversi, il riferimento indiretto, dal quale non è certo possibile desumere la formulazione letterale della norma, ma al massimo, in maniera più o meno approssimativa, quale fosse il suo tenore».

funzionamento e l'andamento del processo è descritto nei versetti dal sesto al nono; il decimo invece sembra menzionare i *vades*¹⁰³. La seconda tavola è dedicata in apertura all'*agere sacramento* e alla *iudicis arbitrive postulatio*¹⁰⁴; i versetti successivi riportano le *excusationes* invocabili dal giudice o dalle parti (XII Tab. 2.2) e il caso in cui sia mancata la testimonianza di qualcuno¹⁰⁵. La terza tavola – l'ultima che tratta esclusivamente al processo – è quasi interamente dedicata all'esecuzione delle sentenze; infatti, vi sono disposizioni sulla *manus iniectio*¹⁰⁶.

2.1. XII TAB. 2.2.

Al termine di questa breve disamina, credo opportuno rilevare, al fine di procedere nell'indagine sulla responsabilità del giudice, l'utilità dell'analisi di XII Tab. 2.2 ai fini della presente ricerca:

XII Tab. 2.2

*MORBUS SONTICUS . . . AUT STATUS DIES CUM HOSTE . . . QUID
HORUM FUIT [VITIUM] IUDICI ARBITROVE REOVE, EO DIES
DIFFISSUS ESTO*¹⁰⁷.

¹⁰³ Su tale prima *tabula* concordano tutti gli editori. Per avere subito chiare le distinzioni e le similitudini ricostruttive delle varie ipotesi avanzate, si veda M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, cit., 576-577.

¹⁰⁴ Rispetto a questi versetti non c'è armonia di visioni. Crawford sostiene di inserirli nella prima tavola, secondo quanto delineato, descritto e provato nel suo volume. Della stessa idea è anche Diliberto.

¹⁰⁵ XII Tab.2.2 è una disposizione ritenuta da tutti gli editori collocabile in tale tavola.

¹⁰⁶ Sulla terza tavola ci sono poche differenze tra i vari autori che, tendenzialmente, si uniformano. Cfr. anche G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., 8-9.

¹⁰⁷ XII Tab. 2.2: «Una malattia grave... o è fissato un termine con uno straniero... qualora uno di questi impedimenti <vi sia> per il giudice, l'arbitro e il convenuto, questo termine venga differito». La traduzione è mia. Tutti i testi e le ricostruzioni delle XII Tavole utilizzati nella presente tesi di ricerca sono presi da S. RICCOBONO, *FIRA*², I, cit., 26 ss.

Questa prima fonte ci testimonia della necessità di differire il termine qualora il giudice, l'arbitro o il reo fossero stati impediti da una malattia grave o se il termine fosse stato fissato per una causa con uno straniero.

La fonte, a noi pervenuta mutila, è stata utilizzata da tutti gli autori che hanno trattato il tema della responsabilità del giudice. In effetti, oltre all'*arbiter*¹⁰⁸ e al reo, i decemviri hanno preso in considerazione il *iudex* quando è affetto da *morbis soticus* oppure quando la causa fosse contro uno straniero. In tali casi veniva differito il termine sancito per la decisione.

Sembra possibile evincere da tale disposizione la possibilità di posticipare automaticamente il giorno dell'udienza (*diei diffissio*) a causa di un impedimento dell'organo giudicante, qualora si fosse in presenza di specifiche cause di giustificazione (*excusationes*).

2.1.1. PRIMO SIGNIFICATO DI *DIEI DIFFISSIO*.

La *diei diffissio* è istituto processuale di antichissima memoria, la cui prima testimonianza è conservata nelle XII Tavole. Tale istituto porta con sé numerosi interrogativi che la dottrina ha cercato di risolvere nel corso del tempo. Sono due le questioni interessanti da dover definire prima di potersi approcciare allo studio delle *excusationes* contenute nella norma: la prima riguarda il termine a cui si riferisce *dies*; la seconda, invece, si sostanzia nel funzionamento stesso di tale differimento.

¹⁰⁸ Sulla figura dell'*arbiter* e sulle differenze con il *iudex*, si veda Gai. 4,17a. *Idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur*. Il giurista rende edotti i lettori della sua opera che è nominato arbitro, secondo una Legge Licinnia (ca. III sec. a.C.), l'organo giudicante cui è devoluta una causa sulla divisione della cosa comune, necessitando per tale compito tecnica e conoscenza scientifica. Al *iudex*, invece, non erano richieste queste competenze specifiche. Per tutti si veda M. VARVARO, *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli, 2023, 25 s.

Su quale fosse il termine di riferimento, la norma tace. Sul punto, però, non solo da una lettura sistematica è possibile giungere a delle conclusioni, ma è anche stato avanzato un certo orientamento dottrinale che conduce abbastanza pacificamente a indentificare il *dies* con i termini indicati direttamente dalle Tavole. Il termine a cui fa riferimento XII Tab. 2.2 potrebbe essere quello indicato precedentemente in XII Tab. 1.8¹⁰⁹ ai sensi del quale è posto un limite temporale alla lite, che viene aggiudicata alla parte presente dopo mezzogiorno nel caso in cui l'altra non si fosse presentata in giudizio.

Inoltre, la disposizione di XII Tab. 1,8 letta insieme alle due norme precedenti (XII Tab. 1.6: *REM UBI PACUNT, ORATO*; XII Tab. 1.7: *NI PACUNT, IN COMITIO AUT IN FORO ANTE MERIDIEM CAUSSAM COICIUNTO. COM PERORANTO AMBO PRAESENTES*) chiarisce che l'unica fase processuale interessata dalla responsabilità del giudice fosse quella *apud iudicem*¹¹⁰. L'impedimento della parte avvenuto in un momento successivo all'instaurazione del processo determinava la soccombenza della stessa¹¹¹.

Con XII Tab. 1.9¹¹² si chiarisce che, nel caso in cui entrambe le parti si fossero regolarmente presentate, il giudice avesse il dovere¹¹³ di decidere entro il crepuscolo.

¹⁰⁹ XII Tab. 1.8. *POST MERIDIEM PRAESENTI LITEM ADDICITO*. «Dopo mezzogiorno, si aggiudichi la lite alla parte presente». La traduzione è mia. Cfr. per un'analisi meticolosa C. PELLOSO, 'Giudicare' e 'decidere' in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di tab. 1.8, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, Padova, 2012, 59-128.

¹¹⁰ «Non si capisce allora perché il legislatore – anche ammesso che talune espressioni delle norme siano state aggiunte posteriormente – abbia parlato di *ante meridiem*, *post meridiem* e *solis occasus*, soltanto nella ipotesi in cui il luogo del giudizio, mancando l'accordo, deve essere il Comitio o il Foro. Quei termini orari, come è evidente, hanno il loro scopo in ogni caso perché stanno a garanzia di un regolare svolgimento del giudizio, nel senso che esso deve svolgersi nelle ore diurne (perciò: *solis occasus suprema tempestas esto*), e deve iniziare in tempo utile perché possibilmente si concluda nella stessa giornata (perciò: *ante meridiem caussam coiciunto*)». C. GIOFFREDI, *Rem ubi pactum orato: XII Tab. 1, 6-9 (per la critica del testo decemvirale)*, in *BIDR*, 76 (1973), 276.

¹¹¹ Cfr. A. CORBINO, XII Tab. 2.2 e la presenza del magistrato nel processo privato romano dell'epoca decemvirale, in *Estudios J. Iglesias*, III, Madrid, 1988, cit., 1183.

¹¹² XII Tab. 1.9. *SI AMBO PRAESENTES, SOLIS OCCASUS SUPREMA TEMPESTAS ESTO*. «Se entrambe le parti sono presenti, il tramonto del sole sia il termine ultimo». La traduzione è mia.

¹¹³ In merito al dovere del giudice di decidere si veda l'interessante lavoro di A. Palma, il quale si cimenta nello studio del *non liquet*, ritenendo possibile per il giudice rifiutare di decidere. Solo

Traslando tale termine in XII Tab. 2.2, si troverebbe una certa coerenza sistematica del codice decemvirale. Sembra, infatti, che i decemviri dessero per scontato un termine preciso che, in mancanza di ulteriori fonti, è possibile credere fosse quello contenuto nella prima Tavola. Si potrebbe, pertanto, interpretare nel seguente modo: se ci fosse stato un impedimento del giudice o delle parti (*morbis soticus* o *status dies cum hoste*), il consueto termine del crepuscolo sarebbe stato posticipato (verosimilmente al giorno dopo).

Proposta una tale congettura, è possibile volgere lo sguardo a un secondo quesito che pone la fonte: qual è il meccanismo con il quale poteva essere attuata la *diffissio*? È, importante rilevare che la *diffissio* che ritroviamo in XII Tab. 2.2 non è la medesima che riscontriamo in fonti successive¹¹⁴.

In effetti, la disposizione decemvirale sembra riferirsi ad una *diffissio* automatica: nel momento in cui insorge una malattia grave (*morbis soticus*) o vi è una causa con uno straniero (*statum dies cum hoste*) si verifica immediatamente il differimento del giudizio, senza necessità di opporre una specifica eccezione. Ciò pare essere confermato da un frammento di Paolo (D. 5,1,46) che riporta l'irrelevanza della volontà delle parti e del giudice di differire l'udienza, poiché ciò avviene *etiam invitis litigatoribus ac iudice*:

D. 5,1,46 (*Paul. II quaest.*)

*Iudex datus in eodem officio permanet, licet furere coeperit, quia recte ab initio iudex addictus est: sed iudicandi necessitatem morbus soticus remittit. ergo mutari debet*¹¹⁵.

laddove la mancata pronuncia sia avvenuta per *imprudencia*, allora il giudice peccherà di *litem suam facere* e dovrà sottostare alle sanzioni previste. Si veda A. PALMA, *Il luogo delle regole*, Torino, 2016, *passim*.

¹¹⁴In particolare, il riferimento specifico è al *P.Ant.* 1,22 e alla *lex Irnitana*, di cui al cap. 2 della presente tesi, in part. p. 118 ss.

¹¹⁵D. 5,1,46 (*Paul. II quaest.*) «Un giudice, una volta nominato, permane nel suo ufficio anche se abbia cominciato ad impazzire, perché all'inizio fu correttamente nominato giudice, ma una grave

Nel frammento, che più volte sarà ripreso, Paolo rende noto che il giudice, una volta nominato, permane nel suo ufficio anche nel caso cominci ad impazzire. Le formalità per la sua nomina sono state adempiute e, pertanto, non vi sono validi impedimenti per un *diffissus dies*. Solo una grave malattia avrebbe scusato il giudice e avrebbe reso possibile un differimento automatico.

Pertanto, la *diffissio* presente nelle XII Tavole, ripresa in alcuni casi dai giuristi successivi, è un differimento legale e automatico, che interviene poiché il giudice è impedito o da un *morbus soticus* oppure vi è una causa contro uno straniero.

Differente da questa tipologia di differimento è quella testimoniata dalle fonti papiracee ed epigrafiche che ritengono il *litem suam facere* prospettabile qualora il giudice non avesse differito l'udienza o emesso una sentenza¹¹⁶. La giurisprudenza ha elaborato dei differimenti giudiziali in mancanza dei quali il *iudex* sarebbe stato responsabile.

Si può dedurre che, secondo una lettura combinata delle fonti, il *iudex* sarebbe stato responsabile se non avesse deciso entro i termini indicati in queste norme, oppure se non avesse opposto una causa di giustificazione, come indicato dalla XII Tab. 2.2, che avrebbe comportato la *diei diffissio* automatica.

malattia fa venire meno la necessità di giudicare. Di conseguenza deve essere cambiato». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., II, 17.

¹¹⁶ Sul punto si veda *infra*, p. 118 ss.

2.2. LE EXCUSATIONES.

A questo punto è opportuno porre l'attenzione sulle due *excusationes*¹¹⁷ presenti nella Tavola e la relativa conseguenza¹¹⁸.

I punti di partenza per l'analisi del versetto sono, da un lato, la possibilità di utilizzare come giustificazione una malattia che la *tabula* stessa definisce grave (*sonticus*); dall'altro lato, invece, la presenza nella causa di uno straniero, implicando necessariamente la possibilità di posticipare la data della sentenza, prendendo atto della difficoltà di poter arrivare a giudizio velocemente. La conseguenza di tali giustificazioni è il differimento dell'udienza a cui il giudice sembra non potersi sottrarre¹¹⁹.

2.2.1. MORBUS SONTICUS

La prima delle due cause di giustificazione presenti nel testo è il *morbus sonticus*.

Lo studio di questa prima *excusatio* potrebbe iniziare dall'attestazione di Festo (*De verborum significatu* L. 372¹²⁰) e della XII *Tab.* 1,3:

¹¹⁷ In dottrina non è pacifico che le giustificazioni presenti in XII *Tab.* 2.2 fossero soltanto due. È noto, infatti, che il testo della legge è mutilo e la ricostruzione non soddisfacente. È altrettanto vero che il novero delle *excusationes* sia andato ampliandosi nel corso del tempo, come dimostrato anche in alcune fonti che *infra* analizzerò, pp. 44 ss. Sul tema delle giustificazioni che potevano essere utilizzate fin dal V sec. a. C. rimando al contributo di F. D'IPPOLITO, XII *Tab.* 2.2, cit., 435-449 dove è compiuto uno studio approfondito del *morbus sonticus* e dello *status dies cum hoste* e per l'avvincente teoria (ampiamente sostenuta dalle fonti) del possibile ampliamento delle giustificazioni esperibili in un periodo tanto risalente.

¹¹⁸ La letteratura di riferimento per tale norma: B. ALBANESE, *Sulle cause di 'diffisio diei' in XII Tab.* 2.2, in *AUPA*, XLIII, 1995, 176 ss.; A. CORBINO, XII *Tab.* 2.2, cit., 1179 ss.; D. MANTOVANI, *La 'diei diffisio' nella 'lex Irmitana', in 'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, V, Napoli, 2001, 73.

¹¹⁹ Queste *excusationes* sono state tramandate dai giuristi classici: D. 2,11,2,3 (*Ulp. LXXIV ad ed.*); D. 5,1,46 (*Paul. II quaest.*); D. 42,1,60 (*Iul. V dig.*); D. 50,16,113 (*Iav. XIV ex Cass.*).

¹²⁰ Fest. L. 372 s.v. *sonticum morbum: Sonticum morbus in XII (2,2) significare ait Aelius Stilo certum cum iusta causa; quem nonnulli putant esse, qui noceat, quod sonte <s> significat nocentes. Naevius ait (com. 128): «Sonticam esse oportet causam, quam ob rem perdas mulierem». «Elio Stilone afferma che la malattia grave in XII *Tab.* 2.2 è certo che significhi una causa giusta; alcuni credono*

XII Tab. 1,3

*SI MORBUS AEVITASVE VITIUM ESCIT, [QUI IN IUS VOCABIT]
IUMENTUM DATO. SI NOLET, ARCERAMNE STERNITO*¹²¹.

La prima Tavola è dedicata alla *in ius vocatio* e questo versetto, nello specifico, veniva utilizzato, qualora ci fossero state delle condizioni invalidanti: il convenuto affetto da un *morbus* o dall'*aevitas* (la tarda età) sarebbe stato trasportato in udienza a spese dell'attore. In tale circostanza, sarebbe stato possibile per l'attore *iumentum dato*, cioè predisporre un veicolo per riuscire a trasportare il soggetto in udienza.

Quello appena descritto è un chiaro impedimento superabile con l'utilizzo di strumenti adeguati, quali, ad esempio, un mezzo di trasporto per la traduzione della parte davanti al magistrato¹²².

Il legislatore decemvirale aveva previsto soluzioni anche nel caso di assenza o fuga del convenuto:

XII Tab. 1,1

*SI IN IUS VOCAT, [ITO.] NI IT, ANTESTAMINO: IGITUR EM CAPITO*¹²³.

XII Tab. 1,2

*SI CALVITUR PEDEMVE STRUIT, MANUM ENDO IACITO*¹²⁴.

che sia colui che nuoce, perché *sontes* significa colpevoli. Nevio afferma (com. 128): 'Ci deve essere un grave motivo per il quale perdere una donna'. La traduzione è mia.

¹²¹ XII Tab. 1,3 «Se la malattia o la vecchiezza sono causa della mancata comparizione <in giudizio> (colui che chiama in giudizio) dia un veicolo. Se non vuole, non è tenuto a dargli un carro coperto». La traduzione è mia.

¹²² Cfr. C. LANZA, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di «diritto classico»*, in *BIDR*, 90, 1987, 469 s. e ancora A. CORBINO, XII Tab. 2.2, cit. 1184.

¹²³ XII Tab. 1,1 «Se uno è chiamato in giudizio, vada. Se non va, si prendano i testimoni: poi lo si catturi». La traduzione è mia.

Nelle norme riportate, fondamentali al fine di comprendere il sistema processuale delle origini, sono stabilite le modalità di convocazione in giudizio. La prima descrive sia il fisiologico andamento del processo (*si in ius vocat, ito*), sia il caso patologico di assenza del convenuto che non compare in udienza (*ni it, antestamino*). In questo caso l'attore può usare la forza fisica per condurlo davanti al magistrato dopo aver fatto constatare l'assenza da testimoni.

La seconda disposizione statuisce che l'attore possa mettere 'le mani addosso' al convenuto nel caso indugiasse o fuggisse (*manum endo iacito*).

Da queste prime notazioni sembra potersi affermare che, nel caso vi fosse un *morbus*, l'impedimento sarebbe stato superabile e non ci sarebbe stato automatico differimento.

Il testo, però, non essendo di tradizione diretta, deve essere indagato alla luce delle fonti da cui gli studiosi lo hanno ricostruito. Tra questi è da ricordare Gellio che nelle sue *Noctes Atticae* lo ha preso in considerazione. Nella disputa tra il giurista Sesto Cecilio Africano e il filosofo Favorino, si parla in modo specifico di *morbus sonticus*. In particolare, il loro dibattito inizia con le argomentazioni di Sesto Cecilio:

Gell. *Noct. Att.* 20,1,11

Sicut illud quoque non humaniter scriptum improbavit, quod, si homo in ius vocatus morbo aut aetate aeger ad ingrediendum invalidus est, arcera non sternitur, sed ipse aufertur et iumento imponitur atque ex domo sua ad praetorem in comitium nova funeris facie effertur. Quam enim ob causam

¹²⁴ XII Tab. 1,2 «Se <il convenuto> indugia o vuole fuggire, gli si mettano le mani addosso». La traduzione è mia.

*morbo adfectus et ad respondendum pro sese non idoneus iumento adhaerens in ius adversario deportatur?*¹²⁵

In prima battuta, Sesto Cecilio provocatoriamente chiede al suo interlocutore un parere sulla pratica – a detta sua, inumana – di trasportare con la forza il convenuto in giudizio anche se afflitto da una malattia o avanti con gli anni. Infatti, ritiene essere una pratica barbara condurre qualcuno in tali condizioni su un animale da soma.

Proseguendo viene ripreso il testo di XII Tab. 1,3:

Gell. Noct. Att. 20,1,25

*Verba sunt haed de lege 'si in ius vocat': 'Si morbus aevitasve vitium escit, qui in ius vocabit, iumentum dato; si nolet, arceram ne sternito'*¹²⁶.

In caso di malattia o di vecchiaia, è possibile fornire alla parte un *iumentum* per recarsi in giudizio. Qualora invece non lo desiderasse, non gli sarebbe fornita la lettiga necessaria per il trasporto.

È opportuno notare come l'autore abbia concluso affermando che: «*iumentum dato; si nolet, arceram ne sternito*»; l'erudito sembra qui voler far dire a Sesto Cecilio Africano qualcosa di molto preciso: ribadire il fatto che nel caso di semplice malattia non veniva riconosciuto il differimento della causa. Infatti, se ci fosse un

¹²⁵Gell. Noct. Att. 20,1,11 «Per esempio ha disapprovato quella norma inumana per cui se uno, citato in giudizio, è impedito a camminare per malattia o per gli acciacchi dell'età, non può essere adagiato su un'arcera ma viene portato via di peso, messo in groppa a un giumento e condotto da casa sua davanti al pretore del comizio: un funerale di nuovo genere. Ma per quale motivo una persona colpita da malattia e inabilitata a comparire con le sue forze dev'essere trascinata in tribunale dall'avversario, aggrappata a un giumento?». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., II, 1387.

¹²⁶Gell. Noct. Att. 20,1,25 «La legge sulle citazioni in giudizio recita espressamente così: 'Se il morbo o l'età costituiscono impedimento, chi cita in giudizio è tenuto a fornire un giuramento; se la controparte non vuole, egli non è tenuto ad allestire un'arcera'. Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., II, 1391 s.

impedimento naturale, causato dalla vecchiaia o dall'impossibilità di recarsi a piedi nel foro, e la persona coinvolta non volesse essere tradotta in giudizio, dovrebbe affrontare delle conseguenze. Nel caso in cui acconsentisse, invece, sarebbe responsabilità del *vocans* condurre l'altra parte in udienza tramite un cavallo o un mezzo di trasporto usuale.

Questa norma è animata da uno spirito di equità ed è la traduzione di una regola di comportamento particolarmente concreta¹²⁷.

La risposta di Favorino non si fa attendere e nei paragrafi successivi esaudisce le richieste dell'interlocutore. Infatti, afferma che *morbis* non è solo una malattia, ma è anche un generico motivo di salute non troppo serio, che però impedisce di svolgere le normali attività quotidiane:

Gell. *Noct. Att.* 20,1,27

Hoc, mi Favorine, nequaquam ita est. Nam «morbis» in lege ista non febriculosus neque nimium gravis, sed vitium aliquod inbecillitatis atque invalentiae demonstratur, non periculum vitae ostenditur. Ceteroqui morbum vehementiorem vim graviter nocendi habentem legum istarum scriptores alio in loco non per se «morbis», sed «morbis sonticum» appellant¹²⁸.

¹²⁷ È chiaro che il compito o, meglio, l'onere di dover apprestare gli strumenti necessari per permettere la presenza del convenuto in udienza sia tutta del *vocans*, ma che nel caso in cui l'individuo impedito si rifiuti di utilizzare tali mezzi, allora sarà possibile proseguire con gli atti successivi. Tra l'altro, leggendo anche *Noct. Att.* 20,1,28-29, sembra che il mezzo di trasporto che si prevedeva non fosse solo un animale, ma anche un vero e proprio veicolo per trasportare gli individui coricati a causa della malattia o di vecchiaia. Per una disamina completa, cfr. G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, cit., 43-46.

¹²⁸ Gell. *Noct. Att.* 20,1,27: «Ma, caro Favorino, le cose non stanno affatto così; in questa legge si allude a un morbo senza febbre, non troppo grave, a un qualche impedimento provocato da debolezza o cagionevolezza; non c'è riferimento a pericolo di vita; del resto, i redattori di queste leggi altrove indicano la malattia seria, che comporta un altro grado di nocimento, non col semplice nome di 'morbo' ma con il termine di 'morbo nocivo'». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., II, 1393.

Nei passi precedenti, l'autore delle Notti Attiche descrive che cosa sia un *morbis*, identificandolo non solo con la malattia, ma anche con una semplice carenza di salute che, spesso, viene accostata alla vecchiaia. I decemviri, invece, parlano di *morbis* aggettivato con *sonticus*, proprio per mettere in luce la gravità della situazione che viene presa in considerazione.

In effetti, anche l'erudito dimostra di conoscere la differenza: quando il *morbis* è *sonticus*, il significato cambia, poiché indica una malattia che reca grave pericolo alla salute e una generica inabilità nella vita quotidiana.

La differenza così delineata tra *morbis aevitasve* e *morbis sonticus* è la linea di demarcazione tra ciò che è *excusatio* e ciò che non lo è. Nel primo caso è *vitium solo aliquod inbecillitatis atque invalentiae*, cioè «una qualche malformazione o menomazione permanente del corpo, che nulla aveva a che fare con lo stato di salute»¹²⁹. Infatti, quando il convenuto non presentava tali sintomi aveva l'obbligo di comparire in udienza e l'attore non poteva provvedere predisponendo un mezzo di trasporto.

Per *morbis sonticus*, invece, ci si riferiva ad uno stato soggettivo dovuto a una *vis graviter nocendi habens* tale da rimandare a una malattia fisica¹³⁰. Solo con questa seconda malattia si configura una valida *excusatio* che conduce alla *diffissio diei* automatica.

Tracce di questo significato sono conservate anche in altre fonti:

D. 42,1,60 (*Iul. V dig.*)

Quaesitum est, cum alter ex litigatoribus febricitans discessisset et iudex absente eo pronuntiasset, an iure videretur pronuntiasse. respondit: morbis sonticus etiam invitis litigatoribus ac iudice diem differt. sonticus autem

¹²⁹ F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, 12.

¹³⁰ C. LANZA, *Impedimenti del giudice*, cit., 476.

existimandus est, qui cuiusque rei agenda impedimento est. litiganti porro quid magis impedimento est, quam motus corporis contra naturam, quem febrem appellant? igitur si rei iudicandae tempore alter ex litigatoribus febrem habuit, res non videtur iudicata. potest tamen dici esse aliquam et febrium differentiam: nam si quis sanus alias ac robustus tempore iudicandi levissima febre correptus fuerit, aut si quis tam veterem quartanam habeat, ut in ea omnibus negotiis superesse soleat, poterit dici morbum sonticum non habere¹³¹.

Il frammento giuliano, ad esempio, contribuisce a tracciare la distinzione tra assenza giustificata e assenza ingiustificata nel processo, una distinzione del tutto estranea al dettato delle XII Tavole¹³². Il giurista descrive il *morbus sonticus* come un impedimento che colpisce non solo l'attività di giudicare o essere giudicato, ma ogni genere di affare. Inoltre, questa malattia deve essere comprovata da elementi che ne garantiscano l'impedimento assoluto.

Giuliano, nel libro quinto *digestorum*, dimostra che quanto detto fino ad ora era considerato tale anche ai suoi tempi: non basta un semplice *morbus* per giustificare l'assenza del giudice, ma è necessario che questo sia grave per assurgere a vera *excusatio*. Il giurista, inoltre, puntualizza che non interessa l'attimo in cui sia sorta la malattia, ma il momento concreto in cui si richiede al giudice di esplicitare le sue

¹³¹ D. 42,1,60 (*Iul. V dig.*) «Fu domandato se sia valida la sentenza pronunciata dal giudice in assenza di uno dei litiganti affetto da febbre. Rispose che pel morbo sontico la causa deve essere differita anche a malgrado dei litigatori e del giudice. Si reputa poi morbo sontico quello che impedisce ogni sorte di affari; e di vero che quale impedimento maggiore al litigante vi può essere di quello straordinario commovimento del corpo che si dice febbre? Quindi se nel giorno stabilito per giudicare l'affare uno dei litiganti ebbe la febbre, il giudizio si stima non avvenuto. Si può però dire che vi è qualche differenza tra febbre e febbre: invero se taluno che sia sano e robusto, prova un leggero senso di febbre nel giorno del giudizio del suo affare, ovvero se taluno ha una febbre quartana tanto inveterata che a malgrado di essa suole attendere ai suoi affari, non si può dire che questo sia affetto da morbo sontico». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 3044.

¹³² Da questa notazione è facile intuire le problematiche che sorgevano in questo periodo: da un lato, infatti c'era l'assenza del giudice, dall'altro lato, invece, si poteva procedere tramite le impugnazioni.

funzioni e, nel caso non fosse stato in grado di esprimere un giudizio perché affetto da una malattia grave, l'udienza sarebbe stata differita automaticamente.

Il giurista, inoltre, anche senza menzionare esplicitamente le XII Tavole, attesta che alla sua epoca non si potesse parlare di *morbus santicus* nel caso di una *levissima febris* o di una *vetus quartana*. Infatti, la febbre è considerata una malattia grave solo quando costituisce un impedimento per gli affari privati del malato.

È necessario, affinché la malattia sia *impedimentum*, che questa incida sul *corpus*: solo quando il *morbus* affetta la capacità del malato di attendere i suoi affari e la sua attività pubblica può essere una giustificazione. Con Giuliano si arriva ad una elaborazione giurisprudenziale che descrive la nozione di *impedimentum*, al di là della distinzione tra *morbus* e *morbus santicus*. Questa interpretazione, però, pare allargare il campo d'azione che probabilmente aveva in origine XII Tab. 2.2, che resta pur sempre operante nel II sec. d.C. In particolare, ricollega al *morbus santicus* la malattia che *cuiusque rei agenda impedimento est*.

Diversamente, invece, ci dimostra un testo di Ulpiano. Pur richiamando le XII Tavole, egli descrive la nuova tutela pretoria. In particolare, testimonia le conseguenze dell'assenza del *reus* e del *iudex*:

D. 2,11,2,3 (Ulp. LXXIV ad ed.)

Si quis iudicio se sisti promiserit et valetudine vel tempestate vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit, exceptione adiuvatur, nec immerito. cum enim in tali promissione praesentia opus sit, quemadmodum potuit se sistere qui adversa valetudine impeditus est? et ideo etiam lex duodecim tabularum, si iudex vel alteruter ex litigatoribus morbo santonico impediatur, iubet diem iudicii esse diffisum¹³³.

¹³³ D. 2,11,2,3 (Ulp. LXXIV ad ed.) «Se qualcuno abbia promesso di comparire in giudizio e, impedito dalle condizioni di salute, o dalla tempesta o dalla violenza del fiume, non è potuto comparire, è soccorso dall'eccezione, e non a torto. Poiché infatti, secondo tale promessa, è necessaria la presenza,

Il frammento in esame è tratto dal settantaquattresimo libro *ad edictum* di Ulpiano, in cui il giurista si occupa di commentare il titolo dell'editto dedicato all'eccezione esperibile per non aver il convenuto ottemperato al *vadimonium*¹³⁴. Ulpiano si dedica alle varie cause di legittimo impedimento delle parti di recarsi in giudizio e nel paragrafo sostiene la legittimità dell'eccezione proposta da chi, avendo promesso di partecipare al giudizio, è impedito da condizioni di salute avverse o da forza maggiore, come una tempesta o la forza del fiume che non consente di comparire davanti al giudice nel giorno stabilito. Sia il convenuto che l'attore possono, a loro discolpa, provare la forza maggiore ed essere esenti da responsabilità.

In particolare, in epoca classica inizia a delinearsi il concetto di *culpa*¹³⁵, cioè di un comportamento connesso ad un atto ingiusto, il cui autore è responsabile. Per

in che modo avrebbe potuto presentarsi colui che è stato impedito da avverse condizioni di salute? E perciò anche la Legge delle Dodici Tavole stabilisce che, se il giudice o uno dei litiganti sia impedito da grave malattia, la data del giudizio sia differita». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, II, cit., 169-170.

¹³⁴ In punto di *vadimonium* si veda l'analisi di T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Notas en torno al vadimonium*, in *SDHI*, 48, 1982, 126 ss. Parlare di *vadimonium* rimanda la mente all'Editto del pretore e al processo formulare.

¹³⁵ Il concetto di colpa, nel diritto romano, è uno dei più complessi ed oscuri, tanto che autorevole parte della dottrina ritiene che i giuristi classici non conoscessero tale criterio di imputazione, ascrivibile solo al periodo postclassico. Si veda *ex multis* M. TALAMANCA, s.v. *Colpa*, in *EdD*, VII, 1960, 517 ss. che prende in considerazione le contrapposizioni dottrinali. Contrariamente è sostenuto dallo Jhering. Così F. PEZZELLA, *Il fondamento della responsabilità colposa nella dottrina tedesca e nella tradizione giuridica*, in *Riv. Dir. civ.*, 1932, 531 ss. Tuttavia, grazie a Giustiniano ci sono state tramandate diverse accezioni del termine *culpa*: tra le quali ricordiamo il significato stesso di illecito, l'identificazione con il concetto di imputabilità o quale criterio di responsabilità. In merito al significato di illecito si vedano i seguenti frammenti: D. 47,9,7 (*Call. II quaest.*) *Ne quid ex naufragiis diripiatur vel quis extraneus interveniat colligendis eis, multifariam prospectum est. Nam et divus Hadrianus edicto praecepit, ut hi, qui iuxta litora maris possident, scirent, si quando navis vel inficta vel fracta intra fines agri cuiusque fuerit, ne naufragia diripiant, in ipsos iudicia praesides his, qui res suas direptas queruntur, reddituros, ut quidquid probaverint ademptum sibi naufragio, id a possessoribus recipiant. De his autem, quos diripuisse probatum sit, praesidem ut de latronibus gravem sententiam dicere. Ut facilius sit probatio huiusmodi admissi, permisit his et quidquid passos se huiusmodi queruntur, adire praefectos et ad eum testari reosque petere, ut pro modo culpa vel vincti vel sub fideiussoribus ad praesidem remittantur. A domino quoque possessionis, in qua id admissum dicatur, satis accipi, ne cognitioni desit, praecipitur. Sed nec intervenire naufragiis colligendis aut militem aut privatum aut libertum servumve principis placere sibi ait senatus.* «Si è provveduto in varie guise a fine che in occasione di naufragio non nascano rapine, e verun estraneo non intervenga a raccogliere le cose. E di vero, anche l'imperatore Adriano con un editto comando che contro coloro i quali hanno possessioni lungo i lidi del mare, quando sanno che una nave è o arenata o

rotta nei limiti dei loro campi, se vengono portate via le cose naufragate, il preside concederà l'azione a quelli che le domandano come sue, a fine che tutto ciò che eglino proveranno essere loro stato portato via dal naufragio lo ricevano dai possessori. Riguardo poi a coloro i quali è provato che hanno portato via, il preside pronuncerà contro di loro grave sentenza come contro i ladroni. Onde più facile riesca la prova di questo misfatto a coloro che si lagnassero di avere sofferto qualche cosa di tal fatta, permise di adire il prefetto, a lui protestare e chiedere i rei, a fine che, a misura della colpa, vengano o arrestati, o sotto fideiussione rimessi al preside. Permise ai medesimi altresì di esigere soddisfazione, che non manchi alla disamina, anche dal proprietario della possessione ove fu commesso il misfatto. Ma il senato decise che niun milite o privato o liberto o servo del principe potesse intervenire a raccogliere i naufraghi». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4439. In questo frammento il giurista utilizza il termine *culpa* per riferirsi ad un *crimen*. Significati diversi sono dati in D. 38,2,24 (*Iul. LXV dig.*) *Communi liberto si ex duobus patronis alter iusiurandum exegerit ne uxorem ducat, vel vivo liberto decesserit: is qui extra hanc culpam fuerit vel supervixerit partis utriusque debitorum possessionem solus habebit*. «Se da un liberto comune uno dei due patroni abbia voluto il giuramento di non prender moglie e colui che non prese parte a questa colpa o sia morto mentre era in vita in liberto, o sia sopravvissuto, egli solo avrà il possesso dei beni della parte dovuta ad ambedue». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 2628. Giuliano nel paragrafo analizzato prende in considerazione la *culpa-delictum*. Qui Giuliano si riferisce ad un illecito privato. Lo stesso significato viene attribuito anche da Paolo: D. 23,4,20,2 (*Paul. XXXV ad ed.*) *Si convenerit, ne a muliere neve a patre dos petatur, heres non habebit exceptionem. Sed si convenerit, ne manente matrimonio vivo patre petatur, mortuo patre statim exigitur, et, si non petierit maritus, tenebitur huius culpa nomine, si dos exigi potuerit: nisi forte ante diremptum sit matrimonium, quam facultatem petendi haberet*. «Se si sia convenuto che la dote non venisse richiesta né alla donna né al padre, l'erede <degli stessi> non avrà l'eccezione <di patto>. Qualora si sia invece convenuto che non venisse richiesta in costanza di matrimonio finché il padre fosse in vita, una volta morto il padre si può subito esigere, e, se il marito non l'abbia chiesta giudizialmente, sarà tenuto a titolo di questa colpa, qualora la dote avesse potuto esigersi; a meno che, per caso, il matrimonio sia stato rotto prima che avesse la facoltà di richiederla». Trad. a cura di S. SCHIPANI, Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. *Testo e traduzione*, IV, Milano, 2011, 221. Sul significato di imputabilità, invece, si veda D. 50,17,203 (*Pomp. VIII ad Quint. Muc.*) *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*. «Non si ritiene che risenta danno quegli che lo risente per colpa propria». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4884. In questo frammento Pomponio riferisce che è imputabile colui che cagiona il danno per colpa. In tal senso, il termine *culpa* è utilizzato con il significato di imputabilità, cioè di un rimprovero soggettivo mosso all'agente che risponde. Infine, sull'ultimo significato di responsabilità, che è quello rilevante ai fini della ricerca, si vedano i seguenti frammenti: D. 17,1,26,7 (*Paul. XXXII ad ed.*) *Sed cum servus, quem mandatu meo emerat, furtum tibi fecisset, Neratius ait mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit: quod si ego scissem talem esse servum nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet*. «Ma, se il servo, che avevi comprato in base a mio mandato, avesse commesso un furto nei tuoi confronti, Nerazio afferma che tu otterresti, con l'azione di mandato, che il servo ti sia dato a noxa, sempre che ciò sia accaduto senza tua colpa; perché, se io avessi saputo che il servo era di tal fatta e non ti avessi avvertito, così che tu potessi cautelarti, allora devo darti tanto quanto corrisponde alla misura del tuo interesse». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, III, cit., 280. Qui viene riportato un responso di Nerazio che afferma che il mandatario potrebbe richiedere a noxa il servo che, acquistato su mandato, lo avesse derubato, purché il delitto non sia avvenuto per colpa del mandante. In tal caso, infatti, ciò non sarebbe stato possibile. D. 17,2,52,2-4 (*Ulp. XXXI ad ed.*) *Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. Et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet. Si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. Quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire. Damna quae imprudentibus*

accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. Haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata. Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit. Dicit Iulianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscerere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. Sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscerere debere rectissime Iulianus probat. Proinde et si naufragio quid periit, cum non alias merces quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient: nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit. «Si pone, perciò, la questione, se il socio debba rispondere soltanto per dolo o anche per colpa. E Celso, nel settimo libro dei Digesti, scrisse che i soci debbono prestare fra di loro il dolo e la colpa. Se, nel costituire una società - egli dice - uno ha promesso la sua attività lavorativa e la sua perizia, come quando diamo il bestiame perché lo conduca al pascolo per un utile comune o quando diamo ad un agricoltore esperto un fondo per avere in comune i frutti, certamente in questo caso si deve rispondere anche per colpa: infatti, il valore dell'attività lavorativa e della perizia comprende <il conferimento della quota>. Ma, se un socio ha recato danno alla cosa comune, ancor più <Celso> ammette che viene in considerazione anche la colpa. Per i danni che accadono a chi viene colto di sorpresa, cioè per i danni che accadono per fatalità, i soci non saranno costretti a rispondere; perciò, se sia stato dato del bestiame, il cui valore era stato fatto oggetto di stima, ed esso sia perito per un attacco di banditi o per un incendio, il danno è comune, se non sia accaduto nulla per dolo o colpa di colui che abbia ricevuto il bestiame il cui valore era stato fatto oggetto di stima. Se invece sia stato sottratto da ladri, il danno è proprio di colui che l'ha ricevuto stimato, poiché avrebbe dovuto garantirne la custodia. Ciò è vero, e vi sarà l'azione in favore del socio, purché <il bestiame>, anche se stimato, sia stato dato da pascolare al fine di contrarre una società. <Due> tali costituiscono una società per il commercio di mantelli; uno dei due, partito per acquistare delle merci, incorse nei banditi, perse il suo denaro, i suoi servi furono feriti e perse <anche> le sue cose. Giuliano dice che il danno deve essere comune e che quindi <l'altro> socio deve, in base all'azione a favore del socio, assumere metà del danno, sia per il denaro sia per le altre cose che il socio non avrebbe condotto con sé, se non fosse partito per comperare in nome comune delle merci. Inoltre, Giuliano, assai correttamente, approva che, anche se qualcosa è stato speso per i medici, il socio deve farsi carico della propria parte. Quindi, anche se qualcosa va perduto in un naufragio, quando si trasportavano merci non diverse da quelle che si è soliti portare per nave, entrambi i soci sopporteranno il danno: infatti, come il lucro così anche il danno, che non è accaduto per colpa di un socio, deve essere comune» Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, III, cit., 310 s. Anche in questi paragrafi, con riferimento alla società emerge il concetto di colpa quale criterio di imputazione. Sul frammento si rimanda all'analisi di G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova, 1997, 105 ss. D. 48,18,1,22 (*Ulp. VIII de off. proc.*) *Divus Hadrianus Calpurnio Celeriano in haec verba rescripsit: «Agricola Pompei valentis servus de se potest interrogari. Si, dum quaestio habetur, amplius dixerit, rei fuerit indicium, non interrogationis culpa».* «Il divo imperatore Adriano rescrisse a Calpurnio Celeriano in questi termini: Agricola servo di Pompeo Valente può essere interrogato a di lui proprio riguardo, e se mentre è assoggettato alla tortura, non solamente di sé medesimo, ma disse qualche cosa anche del padrone, ciò non renderà viziosa l'interrogazione, ma sarà indizio che il padrone è colpevole». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4588. Il riferimento all'indizio di colpa riguarda la colpevolezza, cioè la rimproverabilità anche del padrone di Agricola. Con il termine *culpa* si intende uno dei criteri subiettivi di imputazione del danno contrattuale ed extracontrattuale. Tuttavia, l'ambito di studio che ha permesso di apprezzare tale elaborazione giuridica è la responsabilità extracontrattuale. Sembra che storicamente il criterio della *culpa* abbia trovato una prima elaborazione nello studio della *lex Aquilia de damno* che prevedeva una pena pecuniaria in caso di *damnum iniuria datum*. Sul punto, cfr. S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit., 63 ss.; C.A. CANNATA, *Per lo*

quest'ultimo deve esserci stata la possibilità di comportarsi diversamente e non devono aver influito fattori interni ed esterni (tra i quali il *casus fortuitus* e la *vis maior*)¹³⁶.

Ulpiano, infatti, si riferisce alle XII Tavole e al giudice per avere un argomento a favore della sua tesi, al fine di rafforzare la legittimità della giustificazione per malattia. Pare, infatti, che tale norma sia evocata solo per giustificare la disciplina pretoria ormai sostitutiva del testo decemvirale. Anche la terminologia legislativa, infatti, è mutata. Si usa il termine *valetudo* in luogo di *morbis soticus*¹³⁷.

Pare che Ulpiano stia ampliando i casi di giustificazione che potevano essere utilizzati nel processo. Il giudice poteva giustificarsi non solo quando fosse stato colpito da una malattia grave (o la causa richiedesse la chiamata in causa di uno straniero), ma anche se vi fosse stato altro grave impedimento.

Un punto da chiarire potrebbe essere anche il seguente. Nella XII Tab. 2.2 non c'è alcun riferimento alla forza maggiore o al caso fortuito poiché il legislatore decemvirale, con molta probabilità, stava cristallizzando le *excusationes* in comune tra le parti, il giudice e l'*arbiter* (nei rari casi in cui era prevista la sua nomina) senza prendere in considerazione la categoria della *culpa* sviluppata successivamente.

Nel II sec. d.C., Ulpiano riporta esattamente questa indicazione: da un lato, individua una nuova giustificazione per le parti quando è loro impedito per forza maggiore o caso fortuito di presentarsi in udienza; dall'altro lato, ricorda l'*excusatio* esperibile in

studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico, Milano, 1969, 307 ss.; ID., *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, in *Labeo*, XVII, 1971, *passim*; J. PLESCIA, *The development of «iniuria»*, in *Labeo*, 23, 1977, 271 s.; C.A. CANNATA, *Delitto e obbligazione*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di Copanello 4-7 giugno 1990*, Napoli, 1992, 23 ss.; S. SCHIPANI, *Lex Aquilia culpa responsabilità*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana*, Napoli, 1992, 140 ss.; M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002, 147 ss.; G. VALDITARA, *Dalla iniuria alla culpa. Su una dibattuta questione*, in *SDHI*, 2009, 131 ss.; S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di damnum. I Il danno nel diritto romano fra semantica e interpretazione*, Napoli, 2015, 50 ss. in cui riprende le varie ipotesi circa la datazione del testo legislativo; ancora G. SANTUCCI, *La colpa nel diritto romano. Minime note Introductive*, in *Studi Urbinati*, 71, 2020, 719 ss.

¹³⁶ In proposito, si veda S. SCHIPANI, *Lex Aquilia, culpa responsabilità*, cit., 141.

¹³⁷ C. LANZA, *Impedimenti del giudice*, cit., 491.

caso di malattia, in quanto anche all'epoca delle XII Tavole ne era prevista una specifica per *morbis soticus*.

Ritengo, pertanto, che non debba essere travisato il frammento ulpiano nel senso di ammettere una giustificazione per *vis maior* e *casus fortuitus* per il giudice che non si presenta in udienza ma, piuttosto, quali impedimenti esterni all'imputazione del fatto materiale. A mio avviso, Ulpiano, ampliando i casi di *excusationes*, non aveva ancora completato l'elenco delle giustificazioni e si assiste a quella che è l'evoluzione giuridica che ha portato alla concezione della *culpa*.

Al fine di identificare il significato che la locuzione *morbis soticus* ha acquisito nel periodo successivo, è necessario proseguire con l'analisi di altre fonti.

Nel Digesto sono conservati diversi frammenti¹³⁸ che chiariscono se la malattia a cui fa riferimento XII Tab. 2.2 sia permanente, ovvero sia sorta in un momento successivo alla nascita e sia destinata ad esaurirsi rapidamente.

In particolare, nel corso del tempo ci sono state delle variazioni nell'interpretazione della locuzione. Il punto è stato specificato da Venuleio:

D. 21,1,65 pr-2 (Ven. V act.)

Animi potius quam corporis vitium est, veluti si ludos adsidue velit spectare aut tabulas pictas studiose intueatur, sive etiam mendax aut similibus vitiis teneatur. Quotiens morbus soticus nominatur, eum significari Cassius ait, qui noceat: nocere autem intellegi, qui perpetuus est, non qui tempore finiatur: sed morbum soticum eum videri, qui inciderit in hominem postquam is natus sit: sontes enim nocentes dici. Servus tam veterator quam novicius dici potest. sed veteratorem non spatio serviendi, sed genere et causa aestimandum Caelius ait: nam quicumque ex venalicio noviciorum

¹³⁸ D. 21,1,65 pr-2 (Ven. V act.); D. 50,16,113 (Iav. XIV ex Cass.); D. 42,1,60 (Iul. V dig.); D. 2,11,2,3 (Ulp. LXXIV ad ed.); D.5,1,46 (Paul. II quaest.); D. 21,1,4,5 (Ulp. I ed. aed. cur.).

*emptus alicui ministerio praepositus sit, statim eum veteratorum numero esse: novicium autem non tirocinio animi, sed condicione servitutis intellegi. nec ad rem pertinere, latine sciat nec ne: nam ob id veteratorem esse, si liberalibus studiis eruditus sit*¹³⁹.

Il giurista, nel passo riportato, descrive le specifiche situazione degli schiavi malati al fine di valutare se domandare un'azione a tutela del compratore ingannato. Venuleio riporta varie spiegazioni in merito alle azioni edilizie: Celio Sabino, ad esempio, si riferisce alla qualificazione di un servo, cioè quando esso può essere definito novizio e quando esperto nel servizio. Ma il punto di nostro interesse si concentra sulla definizione di 'malattia grave invalidante' che, riportando fedelmente le parole di Cassio, il giurista definisce 'impedimento permanente'¹⁴⁰.

Tuttavia, tale etimologia non è prospettabile per le XII Tavole. Nel dettato decemvirale, infatti, il *morbus sonticus* è per sua natura temporaneo, in quanto viene previsto a suo rimedio un rinvio del giudizio.

¹³⁹ D. 21,1,65 pr-2 (*Ven. V act.*) «È vizio piuttosto dell'animo che del corpo, se, ad esempio, <un servo> voglia assistere assiduamente ai giochi o stia a contemplare ininterrottamente le pitture, o anche sia mendace o sia preda di vizi simili. Tutte le volte che si nomina <quella che viene chiamata> «la malattia grave invalidante», Cassio afferma che si intende quella che lede; che, poi, si intende che «lede» quella perpetua e non quella limitata nel tempo; ma che è considerata la malattia grave invalidante quella che abbia colpito l'uomo dopo la nascita: invalidi, poi, si considerano i «lesi» <in modo permanente>. Può venire detto <in una compravendita> che un servo ha molta esperienza di servizio o che è novizio. Ma Celio <Sabino> afferma che non si deve valutarlo come uno che ha molta esperienza di servizio in base alla durata del tempo da cui serve, ma al genere e alle condizioni <in cui serve>: chiunque, infatti, acquistato in una vendita di novizi, sia stato preposto a un determinato ministero, rientra subito nel computo di coloro che hanno molta esperienza di servizio: si considera, poi, uno come novizio non in base alla formazione, ma in considerazione del tipo di servitù. E non è pertinente alla questione che egli conosca o no il latino; neppure viene considerato avente molta esperienza di servizio, se sia stato istruito con studi liberali». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, IV, cit., 86-87.

¹⁴⁰ M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, 464. Una tale accezione trova conferma nei Basilici che, in riferimento al frammento in esame, descrivono come *sonticus* un *perpetuus morbuus*: *Bas.* 19, 10, 59, 1 (*Heim.* II, 314; nessun riferimento nell'edizione Scheltema) Και ὅτι ὀλέθριος ἐστὶν ἢ ἐπιγενομένη μετὰ τὸ τεχθῆναι διηνεκῆς τινὶ νόσος.

Inoltre, il frammento in esame rende noto che *morbum soticum eum videri, qui inciderit in hominem postquam is natus sit*, cioè che il vizio è sorto con la malattia e non per natura¹⁴¹.

Una diversa etimologia espressa da Cassio ci è stata tramandata da Giavoleno:

D. 50,16,113,1 (*Iav. XIV ex Cass.*)

«*Morbus soticus*» est, qui cuique rei nocet¹⁴².

Dal frammento si può affermare che la malattia «nuoce non alla persona, ma al procedimento che coinvolge la persona malata»¹⁴³. La definizione di Cassio (*qui cuique rei nocet*) si discosta dalle formulazioni di Venuleio e di Giuliano, evidenziando l'aspetto oggettivo del pregiudizio¹⁴⁴. Il riferimento generale di questo frammento tiene conto di qualsiasi situazione in cui la malattia possa avere un impatto.

Il testo delle XII Tavole, invece, è ripreso da D. 42,1,60. Nel frammento di Giuliano esaminato in precedenza¹⁴⁵ il *morbus soticus* è un impedimento generale ad ogni attività della parte. In tal caso, inoltre, non vi è alcun rinvio, ma è sancita la nullità della sentenza poiché il procedimento si è svolto in modo irregolare¹⁴⁶. Sembra che Giuliano stia descrivendo le giustificazioni possibili all'assenza della parte che può sempre appellare la sentenza pronunciata.

¹⁴¹ C. LANZA, *Impedimenti del giudice*, cit., 478 ss.

¹⁴² D. 50,16,113 (*Iav. XIV ex Cass.*) «*Morbus soticus* è quello che nuoce ad ogni cosa». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4815.

¹⁴³ Cfr., R. FIORI, *Il processo privato*, in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, I, Napoli, 2018, 50 ss. in part. 83.

¹⁴⁴ M. BRUTTI, *La problematica del dolo*, cit., 464.

¹⁴⁵ Vd. pp. 50-51.

¹⁴⁶ M. BRUTTI, *La problematica del dolo*, cit., 465.

Inoltre, in un frammento di Ulpiano già considerato (D. 50,5,13 pr. *Ulp. XXIII ad ed.*)¹⁴⁷, il giurista ci tramanda che è compito del magistrato valutare se il giudice sia - a causa di una malattia, o a causa di altri impedimenti - impossibilitato a adempiere al proprio *officium*.

Da questa indicazione, sembra che l'editto del pretore si sia sostituito come regola processuale alle XII Tavole. In particolare, qui non si utilizza più il termine *morbis soticus* e non si richiama più il testo decemvirale.

2.2.2. RIFLESSIONI CONCLUSIVE IN MERITO AL *MORBIS SOTICUS*. IPOTESI PER UNA RICOSTRUZIONE.

Alla luce di quanto riferito dalle fonti, pare potersi affermare la seguente proposta ricostruttiva in merito al *morbis soticus*: nelle XII Tavole con tale locuzione si identifica una malattia abbastanza grave da assurgere a impedimento temporaneo per il giudice e per le parti tale da rendere necessario un differimento automatico del giudizio.

Il significato di 'malattia grave', come delineato nel testo decemvirale, subisce successivamente un'elaborazione giurisprudenziale che inevitabilmente porta a un cambio di direzione. I giuristi classici conservati nel Digesto ci trasmettono, infatti, l'idea di un impedimento oggettivo che richiede la sostituzione del giudice.

In tal senso, ad esempio, Paolo (D. 5,1,46) parla chiaramente della sostituzione del giudice quando vi è una malattia permanente che inficia la capacità del giudice di decidere la causa. Tale rimedio pretorio si sostituisce alla regola decemvirale che nelle testimonianze a noi pervenute via via scompare.

¹⁴⁷ Vd. p. 31.

L'ago della bilancia, pertanto, si sposta sul reputare l'impedimento permanente o temporaneo così da poter sostituire il giudice nel primo caso e scusarlo nel secondo. Il *morbus* grave diventa causa di giustificazione, che dovrà essere dichiarata dal *iudex* per sottrarsi al compito di giudicare. La *diffissio diei* diventerà, come visto in precedenza, l'unica opzione percorribile per evitare di emanare la sentenza e non incorrere in responsabilità.

2.3. STATUS DIES CUM HOSTE.

La seconda circostanza idonea per procedere con la *diei diffissio* inserita nella XII Tab. 2.2. è lo *status dies cum hoste*.

Negli studi di ricostruzione della norma racchiusa nel versetto sono state considerate alcune fonti che riporto di seguito. La prima fonte, imprescindibile per gli editori delle varie ricostruzioni, è Festo. Nel suo *De verborum significatu*, egli menziona un riferimento al Curculione di Plauto, dimostrando così la sua conoscenza del testo della tavola:

Fest. s. v. *Status dies <cum hoste>* (L. 414-416)

Status dies <cum hoste> vocatur qui iudici causa est constitutus cum peregrino; eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare. Plautus in Curculione: «Si status conductus cum hoste intercedit dies, tamen est eundum, quo imperant, ingratis»¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Fest. s. v. *Status dies <cum hoste>* (L. 414-416): «Lo *status dies cum hoste* è chiamato quando uno è costituito in giudizio insieme a uno straniero; infatti, fin dai tempi antichi, <i peregrini> erano chiamati *hostes* perché erano <considerati> su un piano di parità con il popolo romano, e il ricambiare veniva considerato come il mettersi sullo stesso livello. Plauto, nella sua opera *Curculione* <afferma>: 'Se il termine convenuto con uno straniero trascorre, tuttavia, anche contro voglia, bisogna presentarsi in giudizio in cui è comandato». La traduzione è mia.

In particolare, il tema del *status dies cum hoste* attiene alla sfera processuale, in quanto ha come definizione quella di consistere in una chiamata davanti al giudice di una causa con uno straniero (*peregrinus*). Anche Plauto, come indicato da Festo, riprendendo il significato, riporta la questione in ambito processuale e fa riferimento ad un termine (*dies*).

La fonte testimonia che i Romani ben conoscevano il testo decenvirale e lo padroneggiavano.

Anche Cicerone utilizza la locuzione *status dies cum hoste*:

Cic. *off.* 1,37,12

Equidem etiam illud animadverto, quod, qui proprio nomine perduellis esset, is hostis vocaretur, lenitate verbi rei tristitiam mitigatam. Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant duodecim tabulae: aut status dies cum hoste, itemque adversus hostem aeterna auctoritas. Quid ad hanc mansuetudinem addi potest, eum, quicum bellum geras, tam molli nomine appellare? Quamquam id nomen durius effecit iam vetustas; a peregrino enim recessit et proprie in eo, qui arma contra ferret, remansit¹⁴⁹.

L'oratore sta descrivendo etimologicamente il termine *peregrinus* e il termine *hostis*. In particolare, spiega che l'utilizzo del termine *hostis* assumeva in un periodo lontano

¹⁴⁹ Cic. *off.* 1,37,12 «Osserverei anche questo, che col chiamare <forestiero> colui che propriamente si denominerebbe <nemico di guerra>, si intende mitigare con un eufemismo il tristo significato del termine. Dai nostri antenati dicevasi infatti <forestiero> colui appunto che chiamiamo adesso straniero. Ne fanno testimonianza le XII tavole: <o il giorno della comparsa con un forestiero>, e così pure: <nei confronti di un forestiero perpetuo diritto di azione>. Qual maggiore moderazione di potrebbe pretendere di questa, di chiamare, cioè, con un termine così attenuato colui con cui sei stato in guerra? Certamente il tempo ha reso ormai più aspra tale denominazione; receduta infatti dal significato di <forestiero> si cristallizzò appropriatamente a proposito di colui che prenda le armi contro di noi». Trad. a cura di L. FERRERO e N. ZORZETTI, *Opere politiche e filosofiche*, cit., 601-602.

nel tempo, cioè quello sotto la vigenza delle XII Tavole, il significato di forestiero. Ciò lo si ritrova nelle locuzioni *status dies cum hoste* e *adversus hostem aeterna auctoritas*, regole di giudizio secondo le quali è possibile fissare un termine per iniziare una causa contro lo straniero¹⁵⁰.

Le informazioni che emergono dal passo possono portare ad una duplice indicazione: da un lato, infatti, sembra possibile ritenere che lo *status dies cum hoste* fosse circostanza comune per l'espansione che ebbe Roma fin dai primi secoli; dall'altra, che il differimento dovesse avvenire per permettere allo straniero di presenziare in giudizio. Anche Aulo Gellio riporta le *excusationes* che incontriamo nella tradizionale ricostruzione delle XII Tavole:

Gell. *Noct. Att.* 16,4,3-4

Militibus autem scriptis dies praefiniebatur, quo die adessent et citanti consuli responderent; deinde concipiebatur iusiurandum, ut adessent, his additis exceptionibus: "nisi harunce quae causa erit: funus familiare feriaeve denicales, quae non eius rei causa in eum diem conlatae sunt, quo is eo dic minus ibi esset, morbus sonticus auspiciumve, quod sine piaculo praeterire non liceat, sacrificiumve anniversarium, quod recte fieri non possit, nisi ipse eo die ibi sit, vis hostesve, status conductusve dies cum hoste; si cui eorum harunce quae causa erit, tum se postridie, quam per eas causas licebit, eo die venturum aditurumque eum, qui eum pagum, vicum, oppidumve delegerit"¹⁵¹.

¹⁵⁰ Cfr. F. SERRAO, *Diritto romano*, cit., 345 ss. Lo studioso delinea la differenza tra l'uso del termine *hostis*, che nell'epoca antica indicava lo straniero, e il termine *perduellis*, che identificava il nemico. Solo in un secondo momento *hostis* diventa appellativo con accezione negativa, cioè di individuo appartenente a un popolo in guerra con Roma.

¹⁵¹ Gell. *Noct. Att.* 16,4,3-4 «A chi si arruolava soldato, veniva prescritto il giorno in cui presentarsi a rispondere all'appello del console; veniva quindi pronunciato il giuramento che lo impegnava a presentarsi, con queste eccezioni in aggiunta: 'A meno che si verifichi una di queste cause: lutto in famiglia o le purificazioni funerarie, purché non siano state espressamente rimandate fino a quel giorno al fine di non farlo presentare alla data in questione; malattia grave o auspicio da cui non sia dato assentarsi senza espiazione, o sacrificio annuale che non si possa compiere ritualmente senza la presenza dell'interessato in quella data; violenza o nemici; appuntamento fissato o pattuito con un forestiero. Se per qualcuno di loro si verificherà una di queste cause, allora il giorno successivo a

Gellio, infatti, nel passo in esame dimostra di conoscere le giustificazioni di XII Tab. 2.2, nonostante faccia riferimento a un contesto estraneo al processo privato (si tratta dell'opera *De re militari* di L. Cincio). Ad ogni modo, utilizza anche per i soldati le scuse della malattia grave (*morbus soticus*) e dello *status dies cum hoste*.

Infatti, in questa ultima testimonianza compaiono le due cause di giustificazione di antica memoria e che valevano anche in quel momento.

La *ratio* di questa ultima giustificazione sembra coincidere con quella del *morbus soticus*: nel caso in cui una parte straniera fosse coinvolta nel processo, non sarebbe stato appropriato non ritardare la data prestabilita per la trattazione della causa, considerando l'elevato rischio che tale parte non si presentasse in udienza. Anche in questo contesto, il differimento avveniva automaticamente, al fine di agevolare la corretta costituzione delle parti, circostanza possibile solo qualora l'ostacolo fosse di natura temporanea.

2.4. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: XII TAB. 2.2. E LA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE PER VIOLAZIONE DELLE FORMALITÀ PROCESSUALI.

Dall'analisi di XII Tab. 2.2. sembra potersi affermare che la disposizione, in tutte le sue ipotesi, configuri una responsabilità del giudice, o per lo meno sia la regola iniziale da cui poi si è sviluppata l'idea di responsabilità dell'organo giudicante.

Dalla lettera della normativa emerge chiaramente che era consentito posticipare l'udienza e rinviare la causa solo in circostanze particolari, ovvero nei casi di *morbus soticus* e *status dies cum hoste*. Un giudice, che non potesse addurre una di queste

quello dell'esenzione così motivata egli andrà a presentarsi all'incaricato della leva per quel villaggio, paese o città'». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., II, 1151 s.

due giustificazioni, non avrebbe avuto alcun margine per sottrarsi all'*iussum* del magistrato.

Non solo, ma tali giustificazioni operavano automaticamente, senza richiedere l'intervento diretto del giudice per il differimento. Solo attraverso una successiva elaborazione giurisprudenziale prenderà forma un sistema di *diffissio* giudiziale giustificato esclusivamente dalla presenza delle varie *excusationes* sviluppate nel tempo dalla giurisprudenza. Inoltre, in caso di assenza di tali giustificazioni, il giudice sarebbe stato considerato responsabile per la violazione del termine stabilito dal magistrato per la trattazione della causa, nonché per la trasgressione del dovere di giudicare imposto anch'esso dall'*imperium* del magistrato.

Il testo pervenutoci mutilo, impedisce di avanzare ulteriori ipotesi. Tuttavia, l'analisi della normativa, in combinazione con le altre fonti esaminate, sembra focalizzarsi sulla natura della responsabilità del giudice che costituirà il filo conduttore degli sviluppi successivi.

Con questo disposto, i decemviri hanno stabilito una responsabilità del giudice priva di qualsiasi elemento soggettivo. La questione dell'oggettività o meno della responsabilità del giudice deve essere affrontata nel contesto del concetto giuridico, interpretato in un senso moderno. I Romani, infatti, non conoscevano la categoria e non parlavano esplicitamente di responsabilità, ma esprimevano il concetto giuridico attraverso il metodo casistico, evidente soprattutto nella redazione del Digesto.

Per l'interprete questa operazione si rivelerà complessa: la sola lettura delle fonti non è sufficiente, poiché richiede una conoscenza sistematica, sia sincronica che diacronica, della categoria della responsabilità¹⁵².

In particolare, secondo le categorie giuridiche moderne, si potrebbe avanzare l'ipotesi che la XII *Tab.* 2.2 tratti di una forma di responsabilità oggettiva. Sembrerebbe

¹⁵² Cfr. G. F. ROSSO ELORRIAGA, *Los límites de la responsabilidad objetiva. Análisis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual desde el derecho romano hasta el derecho civil latinoamericano moderno*, Ciudad de México, 2016, 11-14. Si veda anche I. FARGNOLI, rec. a G.F. ROSSO ELORRIAGA, in *Roma e America*, 37/2016, 281.

infatti che non sia richiesta alcuna partecipazione psicologica da parte del giudice per violare le formalità del processo (o meglio, tale violazione potrebbe avvenire con o senza la sua consapevolezza)¹⁵³. In termini moderni, come ha rilevato una certa corrente della dottrina civilistica, è possibile considerare la colpa anche nei casi di responsabilità oggettiva, quali ad esempio disattenzione o leggerezza¹⁵⁴.

Al di là di queste considerazioni e trasposizioni nel remoto passato delle categorie giuridiche odierne, è dato di fatto (e scritto in XII Tab. 2.2) che il solo modo per il giudice di non incorrere in responsabilità fosse il produrre una valida *excusatio*.

I decemviri anticipano le possibili obiezioni e indicano direttamente nella *tabula* quali potevano essere: *morbus soticus* e *status dies cum hoste*¹⁵⁵.

In XII Tab. 2.2, il *iudex*, investito dell'*officium* dal magistrato, è incaricato di decidere la causa. Tale compito doveva essere necessariamente assolto, a meno che non fosse impedito da una malattia grave o nel caso in cui il giudizio dovesse riguardare uno straniero: in tali circostanze, era possibile posticipare il giorno dell'udienza. La norma non stabilisce alcuna disposizione riguardo alle eventuali conseguenze a cui il giudice potrebbe andare incontro nel caso in cui non adempisse al precetto ivi contenuto.

A tale conclusione, però, potrebbe ben opporsi un famoso testo di Gellio¹⁵⁶ in cui l'autore, rivestito il ruolo di giudice, decide di non pronunciarsi sulla causa. In questo

¹⁵³ Si veda G. F. ROSSO ELORRIAGA, *Los límites de la responsabilidad objectiva*, cit., 412 ss. in cui l'autore riesce a identificare la responsabilità oggettiva come responsabilità senza colpa pur prevedendo limiti dovuti all'equità del caso concreto.

¹⁵⁴ Faccio riferimento, in particolare, alle categorie di *culpa in vigilando* e *culpa in eligendo* di stampo dottrinale. Ad esempio, si veda R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867, 47 ss.; S. SCHIPANI, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2009, 52 ss.; M. F. Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, 2010, 239 ss. e 318 ss.

¹⁵⁵ La ricostruzione di tale versetto è stata possibile grazie a diverse fonti utilizzate dai giuristi che si sono approcciati allo studio delle Tavole. In particolare, per XII Tab. 2.2. sono stati utilizzati passi festini (Fest. 336 L; Fest. 372 L; Fest. 464 L), frammenti del digesto (D. 2,11,2,3; D. 50,16,234 pr.) e opere letterarie (Cic. *off.*, 1,37; Gell. *Noct. Att.* 20,1,27).

¹⁵⁶ Gell. *Noct. Att.* 14,2,25 *Sed maius ego altiusque id esse existimavi quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer, ut absolverem tamen, inducere in animum non quivi eet propterea iuravi mihi non liquere*

caso, non solo l'udienza non viene differita, ma il giudice si rifiuta di assolvere al suo compito. Non c'è giuramento che tenga e Gellio non ci parla nemmeno di una sanzione.

Essendo, inoltre, una fonte a noi pervenuta direttamente, sembra difficile confutare quanto riferito dal letterato.

A questa probabile e lecita critica (e non solo questo testo può suffragare il legittimo dubbio sul *non liquet*) è necessario contrapporre alcune considerazioni. La prima riguarda, come è ovvio, la diacronicità delle fonti. È da ricordare che Gellio, così come i compilatori del Digesto e gli autorevoli giuristi della legge delle citazioni, vissero in un periodo storico ben lontano dalle Dodici Tavole; ciò a giustificare che la possibilità di *non liquet* fosse stata sì accordata, ma in un'epoca in cui il giudice godeva di una certa discrezionalità – *in species*, nel processo formulare.

La seconda, strettamente legata alla prima, prende in considerazione il diverso modello processuale cui si fa riferimento. Nel V sec. a.C., infatti, con tutta probabilità era in vigore un processo arcaico *per legis actiones* – anche se ancora in formazione –, mentre dal II sec. d.C. il processo largamente più utilizzato e incentivato dall'Impero era quello della *cognitio extra ordinem*.

Ultima considerazione riguarda il cambiamento della figura del giudice che, in un periodo così arcaico, non godeva certamente di una propria autonomia o competenza specifica tale da permettergli di scegliere se decidere o meno in contrasto con il *dictum* del magistrato.

Inoltre, data la scarsità delle fonti relative al periodo arcaico, non è legittimo fare congetture né cercare risposte nelle fonti successive. Gli istituti potrebbero essere il

atque ita iudicatu illo solutus sum. «Io però ritenni troppo impegnativo e ambizioso, per uno della mia età e della mia modesta levatura, farmi vedere a giudicare e su basi morali anziché su prove di fatto; e d'altra parte non mi sapevo risolvere per l'assoluzione, sicché dichiarai sotto giuramento che la causa non mi era decifrabile, e così mi tirai fuori da quell'impegno giudiziale». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., II, 1047.

risultato di un processo di elaborazione giuridica che si è discostato dal periodo più antico.

3. LA CORRUZIONE GIUDIZIARIA DI XII TAB. 9.3.

Nella legge delle XII Tavole c'è anche un'altra disposizione interessante ai fini della presente ricerca: mi riferisco alla XII Tab. 9.3 dedicata alla descrizione della pena da infliggere all'organo giudicante nel caso in cui avesse ricevuto del denaro per decidere – in un senso, o nell'altro – la causa.

Il testo così recita, nella ricostruzione riassunta da Aulo Gellio, sulla quale torneremo tra breve:

XII Tab. 9.3

*DURAM ESSE LEGEM PUTAS, QUAE IUDICEM ARBITRUMVE IURE
DATUM, QUI OB REM DICENDAM/IUDICATAM PECUNIAM
ACCEPISSE CONVICTUS EST, CAPITE POENITUR?*¹⁵⁷.

Al di là della forma della domanda retorica, il legislatore aveva scelto una particolare severità della punizione inflitta al giudice (o all'arbitro) che si fosse lasciato corrompere.

È legittimo chiedersi quale tipo di illecito configurasse il fatto di accettare denaro in relazione al giudizio della causa.

¹⁵⁷ XII Tab. 9.3 «Credi tu che sia dura la legge che punisce con la pena di morte il giudice e l'arbitro assegnato dal pretore, che è riconosciuto colpevole di aver ricevuto denaro per la questione da giudicare?». La traduzione è mia.

Quello che emerge inequivocabilmente dalla fonte è la compartecipazione soggettiva del giudice¹⁵⁸, che accetta denaro da una delle parti coinvolte nel processo per influenzare la sua decisione.

Il tema della responsabilità del giudice si intreccia inevitabilmente con quello della corruzione dell'organo giudicante che, di per sé, potrebbe anche restare un autonomo campo di indagine¹⁵⁹.

La ricostruzione del contenuto normativo di XII Tab. 9.3 è dovuta, come si diceva, a un passo di Aulo Gellio nelle Notti Attiche¹⁶⁰, il quale costituisce non solo la fonte più antica sul tema della condotta illecita del giudice, ma anche la più nota:

Gell. Noct. Att. 20,1,7-8

*Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutum tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit. Dic enim, quaeso, dic, vir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura divina atque humana iusiurandum suum pecunia vendentis aut furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam violentiam non dignam esse capitis poena existumes?*¹⁶¹

¹⁵⁸ F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit. 221-222.

¹⁵⁹ Il tema della corruzione del giudice suscita molto interesse e viene analizzato nelle trattazioni che riguardano la responsabilità civile del giudice. Sul punto, si veda C. VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell'età classica*, cit., 455 ss.

¹⁶⁰ «È ben nota agli studiosi la grande mole di notizie concernenti le XII Tavole contenuta nella *Notti Attiche* di Aulo Gellio. Si tratta, è appena il caso di ricordarlo, di un numero elevato di citazioni testuali di intere norme o di singoli lemmi, nonché di importantissime digressioni sulla storia e sul contenuto complessivo del codice decemvirale: si può, anzi, affermare che l'opera gelliana è senz'altro tra quelle che conservano il maggior numero di riferimenti alle XII Tavole». O. DILIBERTO, *Materiali per una palinogenesi delle XII Tavole*, cit., 122.

¹⁶¹ Gell. Noct. Att. 20,1,7-8 «7. E dove sono poi in queste leggi le norme che si possano tacciare di crudeltà? A meno che tu ritenga crudele la legge che punisce con la morte chi, ufficialmente designato molto giudice o arbitro, è riconosciuto colpevole d'aver incassato denaro per lo svolgimento della

Il frammento si colloca nel ventesimo libro delle *Notti Attiche*, in cui Gellio racconta la discussione tra il giurista Sesto Cecilio Africano e il filosofo Favorino sulle leggi delle Dodici Tavole.

Il filosofo, in occasione dei festeggiamenti in onore dell'Imperatore, aveva avvicinato Sesto Cecilio per confrontarsi con lui sul tema della legislazione decemvirale, sostenendo la durezza e l'asprezza di alcune sue norme e la scarsa incisività di altre. Il giurista, però, essendo fine conoscitore del testo legislativo¹⁶², sosteneva che era a causa dell'interpretazione data dai contemporanei e dalle modifiche intervenute nel tempo che tali leggi non sembravano più coerenti con l'ordinamento giuridico¹⁶³.

Infatti, prosegue il giurista, non si potrebbe ritenere troppo severo punire con la pena di morte il giudice che si fa corrompere o con la schiavitù il ladro reo confessso, o con la legittima morte il ladro notturno, calando tali situazioni nel periodo storico in cui sono state disciplinate. La discussione poi prosegue con Favorino, che afferma di voler analizzare il tema piuttosto che giudicare la fattispecie concreta, e continua a chiedere chiarimenti a Sesto Cecilio.

causa; con la legge che consegna in schiavitù alla vittima del furto il ladro colto in flagranza e dà diritto di uccidere il ladro notturno. 8. Tu conosci a fondo la filosofia: dimmi dunque, per favore, se non ritieni meritevole della pena capitale la slealtà del giudice che, contravvenendo a ogni diritto divino e umano, tradisce per denaro il suo giuramento, o l'intollerabile sfrontatezza del ladro colto in flagranza o l'insidiosa violenza del grassatore notturno». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, II, cit., 1387. Sul punto si vedano anche le considerazioni di F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 220 s. L'Autrice mette autorevolmente in dubbio che si stia trattando di un processo privato e, pertanto, di un giudice privato. Il tema, alquanto affascinante, non viene specificamente preso in considerazione nella presente tesi. Infatti, mi pongo nel solco della tradizione che afferma che il riferimento di Gellio sia al giudice privato, nonostante la lettura proposta dalla Lamberti sia estremamente affascinante e avvalorata in modo convincente dalle fonti.

¹⁶² Così come tutto il mondo romano dell'epoca. Si pensi a Cicerone, cfr. DILIBERTO, O., *Ut carmen necessarium* (Cic. *leg.* 2,23,59). *Apprendimento e conoscenza della legge delle XII Tavole nel I sec. a. C.* in *Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all'Impero. In ricordo di E. Narducci*, a cura di M. CITRONI, Pisa, 2012, *passim*.

¹⁶³ La discussione si estende per l'intero ventesimo libro. In particolare, tale problematica viene esplicitata da Sesto Cecilio in Gell. *Noct. Att.* 20.1-6.

Il passo¹⁶⁴ pone sullo stesso piano situazioni molto diverse tra loro: Aulo Gellio, infatti, riferisce della corruzione del giudice, del *furtum manifestum* e del ladro notturno¹⁶⁵. Le tre fattispecie vengono quindi accomunate tra di loro dal punto di vista meramente formale. Infatti, sono tre esempi per i quali la Legge delle XII Tavole prevedeva sanzioni adeguate e commisurate alla gravità dell'illecito¹⁶⁶.

Emblematico appare che la condanna a morte del giudice corrotto sia equiparata alla condotta del ladro notturno, odiatissimo dai Romani. La gravità del fatto commesso dal *iudex* si riflette proprio nella conseguenza attribuita dalla legge: la pena di morte è sintomo dell'avversione che la *civitas* nutiva per questi comportamenti ignobili¹⁶⁷.

Dal punto di vista sostanziale, però, le pene previste per gli illeciti si differenziano sotto un duplice profilo: da un lato, per il trattamento sanzionatorio (il furto è punito

¹⁶⁴ Analizzato da diversi studiosi tra cui F. DE MARTINO, *Item suam facere*, cit., 3; O. DILIBERTO, *Materiali per una palinogenesi delle XII Tavole*, cit., 370; F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 218.

¹⁶⁵ Viene osservato infatti che «la testimonianza, peraltro famosa, costituisce parte del dibattito (*disceptatio*) riportato, e, secondo lo Scrittore antico, instaurato con ogni probabilità dal giurista Africano con il filosofo Favorino circa la pretesa eccessiva severità delle XII tavole da quest'ultimo denunciata a cui, per contro, viene opposta la coerenza (e la proporzionalità) delle conseguenze collegate a tre fattispecie in virtù della loro particolare gravità. Si tratta, appunto, della corruzione del giudice (sia criminale, sia civile), che sola ci riguarda direttamente, del *furtum manifestum* e di quello notturno, i quali ultimi avrebbero dato luogo, rispettivamente, alla riduzione in schiavitù (o alla disponibilità diretta, ossia all'*addictio*) del *fur* a favore del derubato, ovvero alla possibilità di sopprimere legittimamente il responsabile della sottrazione fraudolenta che avesse agito approfittando delle tenebre». Cfr. M. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, in M. F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae*, cit., 506.

¹⁶⁶ In riferimento alla pena da comminare al giudice corrotto, così prosegue Miglietta: «Sembra, invece, certo il fatto che *<the acceptance of bribes by a judge>* [...] comportasse l'assoggettamento del colpevole alla pena di morte - <dipendendo probabilmente anche da motivi di ordine sacrale> in virtù della violazione del giuramento emesso dallo stesso giudicante - di cui resta incerta, in ogni caso, la precisa modalità di esecuzione». Cfr. M. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, cit., 506.

¹⁶⁷ Le testimonianze che ci pervengono sul furto sono le seguenti. Sul furto *manifestum* le XII Tavole comminavano una pena molto severa che era quella della fustigazione e dell'*addictio* al derubato di cui abbiamo testimonianza da Gaio (Gai. 3.189). Le conseguenze cui va incontro il ladro notturno sono consacrate in D. 9,2,4,1 (*Gai. VII ad ed. prov.*) che indica la possibilità per il derubato che abbia sorpreso il ladro di poterlo uccidere impunemente. Sia per il *furtum manifestum*, sia per quello *nec manifestum*, già le XII Tavole attenuavano le conseguenze stabilendo la possibilità di corrispondere una pena pecuniaria pari al doppio del valore della *res furtiva*. Poi fu introdotta l'*actio furti (manifesti e nec manifesti)*, azione penale, infamante, nossale, del quadruplo del valore della cosa rubata. A questa tutela si dava in concorso la *condictio ex causa furtiva*, azione reipersecutoria, con la quale l'attore poteva domandare la restituzione della *res*. Si veda sul punto B. ALBANESE, s.v. *Furto, introduzione storica*, in *EdD*, 18, 1969, 313 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 499 ss.

con la riduzione in servitù o l'*addictio* del ladro; il *fur* che avesse agito «approfittando delle tenebre» con la morte legittimamente arrecata; il giudice che fosse stato corrotto con la condanna a morte); dall'altro lato, divergono per le modalità procedurali.

Per quel che concerne il punto di vista sanzionatorio, in *XII Tab.* 9.3 si indica un chiaro profilo di responsabilità del *iudex* e dell'*arbiter* che sono puniti con la pena di morte nel caso in cui avessero ricevuto del denaro per giudicare la causa.

Sembra essere una pena severissima quella per la corruzione, ma non deve sorprendere: l'organo giudicante era tenuto a prestare un giuramento prima di assumere il *munus* e la violazione di questo ne avrebbe comportato la morte, alla luce, soprattutto, dello stretto legame che intercorreva nel periodo arcaico tra religione e diritto¹⁶⁸.

Burdese, infatti, lo giustifica perché «La corruzione (era) [...] fondata sulla *perfidia* insita nello spergiuro da lui commesso *contra omnia iura divina atque umana*¹⁶⁹».

È opportuno porre l'attenzione sulle parole utilizzate da Gellio: *perfidia*, *audacia* e *violentia*¹⁷⁰. Se le ultime due non pongono particolari problemi – come messo in luce

¹⁶⁸ Sul punto si veda G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 123-128; cfr. anche R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 99 ss. L'importanza del giuramento per il giudice è nota. Infatti, storicamente tutto il processo era imperniato sul giuramento e la veridicità del solenne *sacramentum*. In particolare, sembra che il giudice nel periodo decemvirale fosse obbligato a prestare un giuramento di dare soluzione al caso sottoposto alla sua cognizione. In tal senso si veda J. PARICIO, *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, Madrid, 1987, *passim*.

¹⁶⁹ A. BURDESE, *In margine alla responsabilità*, cit., 59. Sul punto, inoltre, pare apprezzabile lo sforzo di R. SCEVOLA (*Responsabilità*, cit., 99 ss.) di rinvenire le fonti in cui ci si riferisce al giuramento dei giudici (C. 3,1,14; Cic. *Cluent.* 43,121; Quint. *Inst. Or.* 5,6,4), tuttavia non ritengo possibile appellarsi a tali fonti nemmeno in via presuntiva, essendo testi successivi e poco legati al testo decemvirale, la cui vera portata rimane tutt'ora oscura.

¹⁷⁰ «L'intensità della partecipazione psicologica richiesta ai fini dell'integrazione dell'illecito non poteva che essere massima, sicché la *lex* decemvirale (mediata attraverso la citazione di Gellio) non lascia dubbi circa la connotazione in termini dolosi dell'elemento soggettivo. Tuttavia, nessun dato ulteriore può essere ricavato dalla menzione gelliana del tipo di atteggiamento che accompagnava la coscienza e volontà di realizzare la condotta vietata: *perfidia*, *audacia* e *violentia* appaiono, infatti, come il prodotto di un gioco retorico, caratterizzato dalla trasformazione di aggettivi in altrettanti sostantivi e preordinato a rafforzare l'efficacia espressiva della riprovazione esternata da Africano a Favorino rispetto alle specifiche condotte sanzionate, in modo tale da vincere le perplessità del filosofo circa la severità del trattamento punitivo inflitto a coloro che le avrebbero tenute». Cfr. R.

da Scevola¹⁷¹ –, la prima – riproposta in precedenza dal Burdese – deve essere letta con cognizione di causa.

Su questo termine si sono soffermati diversi giuristi, tra cui Ulpiano che, in un frammento ritenuto classico e non toccato dalla critica interpolazionistica, riporta un significato preciso del termine:

D. 3,2,6,7 (*Ulp. VI ad ed.*)

*Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito. Nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi*¹⁷².

Con il termine *perfidia* il giurista indica la «slealtà». Egli, tuttavia, nel frammento in esame, chiarisce che non si contenderà sulla slealtà o meno dei litiganti qualora fosse esperita un'azione contraria che è volta a incidere sul conteggio dell'importo da pagare e non sulla bontà d'animo del contendente contro cui viene esperita.

La dottrina, partendo da questo frammento, ha elaborato una definizione interessante qualificandola come «violazione specifica della *fides*»¹⁷³.

SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 48-50. L'autore in queste parole riportate è estremamente chiaro e sostiene l'impossibilità di ricavare dal testo gelliano il contenuto specifico della condotta riprovevole del giudice, non indicando nulla di più se non la sanzione a cui sarebbe stato sottoposto in caso di corruzione.

¹⁷¹ Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 48 ss.

¹⁷² D. 3,2,6,7 (*Ulp. VI ad ed.*) «Non diverrà infame il condannato in base ad un'azione contraria. Non senza giustificazione: infatti, nelle azioni contrarie non si contende sulla slealtà, ma solo sul conteggio <dell'importo da pagare>, che comunemente suole essere definito giudizialmente». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., I, 226.

¹⁷³ Parlando di D. 3,2,6,7, Bernardo Albanese sostiene che: «Naturalmente, gli assertori della genuinità di D. 3,2,6,5 [...] sostengono che D. 3,2,6,7 è un testo interamente compilatorio, facendo leva anche su indizi formali (la mancanza del sostantivo dopo l'aggettivo *contrariis*; l'innegabile goffaggine della frase *qui fere iudicio solet dirimi*). Né io negherò che il testo ha un po' l'aria d'un riassunto compilatorio. Va osservato, però, che un riassunto del genere non stupirebbe – senza che ciò importi di necessità alterazioni sostanziali – nel quadro di una generale valutazione dell'abbondante lavoro di potatura che i compilatori spiegarono a proposito del commentario ulpiano all'editto *Qui nisi pro certis personis ne postulent*, da essi mutato, del resto, nello specifico elenco di *infames* ignoto all'editto pretorio (ma non alla giurisprudenza: e valga per tutti Gai. 4,182: *Quibusdam iudicium damnati ignominiosi fiunt...*). Quello che si deve negare, a mio avviso, è che, nel presunto riassunto

Infatti, la pena particolarmente severa è collegata proprio alla violazione dell'affidamento (*fides*). Il riferimento a quest'ultimo termine è anche etimologico, dato che *perfidia* lo contiene (*per – fidia*)¹⁷⁴.

Il secondo punto di vista su cui divergono le varie figure delittuose descritte da Gellio riguarda le modalità procedurali. Il ladro veniva sottoposto a un processo privato, avviato su iniziativa della parte lesa dall'illecito; tuttavia, per quanto riguarda il *iudex*, era prevista una procedura indipendente rispetto a quella di natura privatistica. Tale procedura afferiva ad un *iudicium publicum*, istituito con l'obiettivo di esaminare e far luce sulla delicata situazione concernente una figura di rilievo della *civitas*¹⁷⁵.

giustiniano, sia stata mutata la sostanza del pensiero ulpiano originario. Intanto, negato ogni valore probatorio a D. 3,2,6,5, la genuinità sostanziale di D. 3,2,6,7 (e le parole *non contrario iudicio* in D. 3,2,1) non trova alcun serio ostacolo, salvo che non si provi, con argomenti relativi alla natura di *iudicia contraria*, l'incompatibilità tra il *iudicium contrarium* e l'assenza di conseguenze infamanti. Ma è proprio il contrario che emerge da una lettura senza pregiudizi di D. 3,2,6,7. In verità, la distinzione tra *agere de perfidia* e *agere de calculo* è perfettamente adeguata alla normalità dei casi di applicabilità di una «azione diretta» e di un *iudicium contrarium*. Infatti, normalmente – nella tutela, nella fiducia, nel deposito – il pupillo, il fiduciante e il deponente sono interamente nelle mani, per così dire, del tutore, del fiduciario, del depositario, alla lealtà (*fides*) dei quali è rimesso l'esercizio della tutela, o della conservazione e la restituzione corretta della cosa alienata o affidata. Talché, tutore, fiduciario e depositario, ove manchino di lealtà, si macchiano d'una violazione specifica della *fides* e quindi *perfidia*. Le contro pretese del tutore, del fiduciante, del deponente attengono alle diminuzioni patrimoniali subite: un'eventuale loro condanna (nel relativo *iudicium contrarium*) non presuppone una *perfidia* in senso stretto, bensì solo una mancanza di correttezza pecuniaria, che è questione di «*calculus*». B. ALBANESE, *Iudicium contrarium e ignominia nel mandato*, in *IURA*, 21, 1970, 36-37, raccolto in B. ALBANESE, *Scritti giuridici*, I, a cura di M. MARRONE, Palermo, 1991, 956-957.

¹⁷⁴ Il legame del giuramento all'affidamento (*fides*) è chiarito da queste parole: «[...] la forza vincolante non stava più nel timore della punizione di Giove quanto piuttosto nel rispetto della *iustitia* e della *fides*. [...] la sacralità del vincolo non aveva più fondamento nei valori del sistema religioso arcaico, ma in quelli, divinizzati anch'essi, dell'ordinamento cittadino». A. CALORE, *Per Iovem lapidem, alle origini del giuramento*, Milano, 2000, 157. L'autore si riferisce proprio a Gellio (*Noct. Att.* 6,18,1) come esempio di «forza cogente del vincolo giurato», ma comunque con la lettura di quest'ultimo ci si convince che invece in Cicerone (*De off.* 3,29,104) la natura del giuramento era già cambiata. Se è presumibile pensare ad una valenza del giuramento arcaica nella *XII Tab.* 9.3, non si può comunque dimenticare il veicolo attraverso il quale ci è giunto tale versetto e le implicazioni in relazione al sacro.

¹⁷⁵ «[...] Il sintagma *convictus est* e l'indicazione che, laddove riconosciuto colpevole, il giudice medesimo sarebbe stato punito con la pena capitale (*capite poenitur*) costituiscono indizi verso tale direzione: il giudice sarebbe stato sottoposto ad un *iudicium publicum* istruito per indagare sul suo comportamento all'esito del quale, quantunque le fonti non consentano di chiarire esattamente il funzionamento, sarebbe stata dichiarata la sua colpevolezza o la sua estraneità ai fatti, nel caso di

La competenza a decidere pare fosse dei comizi centuriati che, sulla base degli elementi di prova e degli indizi raccolti, decidevano se dichiarare il giudice colpevole, ovvero assolverlo.

Tale *iter* pubblicistico è previsto dalle stesse XII Tavole:

XII Tab. 9.1

«*Privilegia ne inroganto; de capite civis nisi per maximum comitiatum ... Ne ferunt*»¹⁷⁶.

La disposizione è stata più volte¹⁷⁷ confermato dall'Arpinate, in particolare nel *De legibus*:

Cic. leg. 3,4,11

*Privilegia ne inroganto. De capite civis nisi per maximum comitiatum ollosque quos censores in partibus populi locassint ne ferunto*¹⁷⁸.

specie sottratti all'arbitrio del soggetto leso e deferiti alla competenza dei Comizi Centuriati». R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 68-69.

¹⁷⁶ XII Tab. 9.1 «Non si devono stabilire privilegi; non si può condannare alla pena di morte se non mediante il massimo comizio». La traduzione è mia.

¹⁷⁷ Anche Cic. leg. 3,19,44 *Tum leges praeclarissimae de duodecim tabulis tralatae duae, quarum altera privilegia tollit, altera de capite civis rogari nisi maximo comitiatu vetat*. «Ed ecco due magnifiche leggi dedotte dalle dodici tavole, delle quali la prima sopprime i privilegi, e l'altra fa divieto che si decida della vita di un cittadino al di fuori dei comizi centuriati». Trad. a cura di L. FERRERO e N. ZORZETTI, *Opere filosofiche e politiche*, cit., 567. Vedi anche F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana I*, Napoli, 1972, 191 e 460 ss. in cui lo studioso, prima, colloca la nascita del *comitatus maximus* anteriormente alle XII Tavole; poi, ne indica i limiti e le funzioni. Nessun dubbio, comunque, sul ruolo di questa assemblea anche alla luce di tutte le fonti sulla attribuzione ai Comizi Centuriati di questa competenza a decidere sulle vicende capitali. Cfr. a riguardo anche R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 69.

¹⁷⁸ Cic. leg. 3,4,11 «[...] Non si facciano leggi per i privati; non decidano della vita di un cittadino se non attraverso i comizi centuriati e per mezzo di quelli che i censori registrarono nelle classi del popolo [...]». A cura di L. FERRERO e N. ZORZETTI, *Opere filosofiche e politiche di Marco Tullio Cicerone*, I, cit., 539.

Attraverso il passo citato, per quanto qui interessa, Cicerone attesta il principio secondo cui, ogni qualvolta si fosse posta la possibilità di infliggere la pena di morte a un cittadino, era necessario ricorrere al *maximum comitatum* per garantire un giudizio equo e in accordo con la volontà dell'intero popolo¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Il riferimento è ovviamente ai Comizi Centuriati che sono il comizio più importante in età repubblicana. L'origine di quest'assemblea risale a Servio Tullio, sesto re di Roma, non a caso etrusco, che riformò completamente tutta la città: l'ordinamento iniziò a basarsi sul censo di ogni cittadino e la nuova divisione della popolazione in classi, in base alle ricchezze possedute da ognuno, diventava il criterio di organizzazione dell'esercito. Livio descrive in modo puntuale la nuova organizzazione militare e sociale basata sulla centuria: Liv. 1,42,4-5 e 1,43,1-13. «*Adgrediturque inde ad pacis longe maximum opus, ut, quem ad modum Numa divini auctor iuris fuisset, ita Servium conditorem omnis in civitate discriminis ordinumque quibus inter gradus dignitatis fortunaeque aliquid interlucet posteris fama ferrent. Censum enim instituit, rem saluberrimam tanto futuro imperio, ex quo belli pacisque munia non viritum, ut ante, sed pro habitu pecuniarum fierent; tum classes centuriasque et hunc ordinem ex censu descripsit, vel paci decorum vel bello. Ex iis qui centum milium aeris aut maiorem censum haberent octoginta confecit centurias, quadragenas seniorum ac iuniorum; prima classis omnes appellati; seniores ad urbis custodiam ut praesto essent, iuvenes ut foris bella gererent; arma his imperata galea, clipeum, ocreae, lorica, omnia ex aere; haec ut tegumenta corporis essent: tela in hostem hastaque et gladius. Additae huic classi duae fabrum centuriae quae sine armis stipendia facerent; datum munus ut machinas in bello ferrent. Secunda classis intra centum usque ad quinque et septuaginta milium censum instituta, et ex iis, senioribus iunioribusque, viginti conscriptae centuriae; arma imperata scutum pro clipeo et praeter lorica omnia eadem. Tertiae classis in quinquaginta milium censum esse voluit; totidem centuriae et hae eodemque discrimine aetatum factae; nec de armis quicquam mutatum, ocreae tantum ademptae. In quarta classe census quinque et viginti milium, totidem centuriae factae, arma mutata: nihil praeter hastam et verutum datum. Quinta classis aucta; centuriae triginta factae; fundas lapidesque missiles hi secum gerebant; in his accensi cornicines tubicinesque in tres centurias distributi; undecim milibus haec classis censebatur. Hoc minor census reliquam multitudinem habuit; inde una centuria facta est, immunis militia. Ita pedestri exercitu ornato distributoque, equitum ex primoribus civitatis duodecim scripsit centurias. Sex item alias centurias, tribus ab Romulo institutis, sub iisdem quibus inauguratae erant nominibus fecit. Ad equos emendos dena milia aeris ex publico data, et, quibus equos alerent, viduae attributae quae bina milia aeris in annos singulos penderent. Haec omnia in dites a pauperibus inclinata onera. Deinde est honos additus. Non enim, ut ab Romulo traditum ceteri servaverant reges, viritum suffragium eadem vi eodemque iure promisce omnibus datum est; sed gradus facti, ut neque exclusus quisquam suffragio videretur et vis omnis penes primores civitatis esset. Equites enim vocabantur primi, octoginta inde primae classis centuriae, ibi si variaret – quod raro incidebat – [fiebat] ut secundae classis vocarentur; nec fere unquam infra ita descenderunt ut ad infimos pervenirent. Nec mirari oportet hunc ordinem qui nunc est post expletas quinque et triginta tribus, duplicato earum numero centuriis iuniorum seniorumque, ad institutam ab Ser. Tullio summam non convenire. Quadrifariam enim urbe divisa regionibus collibus qui habitabantur, partes eas tribus appellavit, ut ego arbitror, ab tributo; nam eius quoque aequaliter ex censu conferendi ab eodem inita ratio est; neque eae tribus ad centuriarum distributionem numerumque quicquam pertinere». «Si accinse quindi ad una più grande opera di pace, grazie alla quale, come Numa era stato l'autore delle istituzioni religiose, così Servio è celebrato dai posteri come fondatore della divisione dei cittadini in classi, per cui vi è una certa differenza fra i vari gradi di dignità e di fortuna. Istituì infatti il censimento, cosa utilissima per uno Stato che doveva diventare così grande, in seguito al quale i doveri in pace e in guerra non furono uguali per tutti, come prima, ma proporzionati all'entità del patrimonio. Poi costituì le classi e le centurie, con un ordinamento tracciato in base al censo,*

Il tema è così sentito dai Romani che il legislatore decemvirale introduce anche una disposizione *ad hoc* in XII Tab. 9.6, funzionale per sostenere la necessità di un *iudicium publicum*; anche il suo contenuto ci viene tramandato in forma riassunta:

XII Tab. 9,6

corrispondente alle esigenze sia della pace che della guerra. Di quelli che avevano un patrimonio di centomila assi o più fece ottanta centurie, quaranta di seniori e altrettante di iuniori: tutti questi furono chiamati prima classe; i seniori dovevano rimanere alla difesa della città, gli iuniori condurre le guerre esterne. Le armi a questi prescritte erano l'elmo, lo scudo rotondo, gli schinieri e la corazza, tutte di bronzo, come armi difensive, e come armi offensive l'asta e la spada. A questa classe furono aggregate due centurie di operai, che prestavano servizio militare senz'armi, ed erano addetti al trasporto delle macchine da guerra. La seconda classe comprendeva coloro che avevano un patrimonio da centomila assi a settantacinquemila assi, e con essa si formavano venti centurie fra seniori e iuniori; le armi prescritte erano lo scudo rettangolare in luogo di quello rotondo, e per il resto erano quelle stesse della prima, eccetto la corazza. Il censo prescritto per la terza classe volle che fosse di cinquantamila assi; il numero delle centurie era il medesimo, anche queste divise secondo gli stessi limiti d'età; le armi non erano diverse, solo mancavano gli schinieri. Nella quarta classe il censo minimo era di venticinquemila assi: le centurie sempre venti, ma le armi cambiavano: non avevano altro se non l'asta e il giavellotto. Più numeroso la quinta classe, con trenta centurie; gli uomini portavano la fionda e le pietre da getto. Aggregati a questi erano gli accensi, i suonatori di corno e di tromba, divisi in tre centurie. Il censo di questa classe doveva raggiungere gli undicimila assi; di tutto il resto della popolazione che aveva un censo inferiore si fece una sola centuria esente dal servizio militare. Così equipaggiato ed ordinato l'esercito di fanteria, Servio formò dodici centurie di cavalieri, tratti dalle principali famiglie della città. Portò poi al numero di sei le altre centurie, mentre Romolo ne aveva istituite tre, lasciando loro lo stesso nome imposto dagli auspici. Per l'acquisto dei cavalli furono assegnati dall'erario diecimila assi per ciascuno, e inoltre per il loro mantenimento fu imposto un tributo alle vedove, che dovevano versare duemila assi all'anno per ciascuna. Tutti questi oneri furono addossati alle spalle dei ricchi sgravando i poveri, ma poi fu accresciuto il loro potere politico: infatti il voto non fu più individuale, concesso a tutti senza distinzione con lo stesso valore e lo stesso diritto, secondo l'uso introdotto da Romolo e mantenuto dagli altri re, ma furono stabiliti dei gradi, di guisa che nessuno in apparenza era escluso dal voto, ma tutto il potere politico era in mano dei cittadini più eminenti. I cavalieri, infatti, erano chiamati per primi a votare; seguivano poi le ottanta centurie della prima classe; se vi era disaccordo tra queste, cosa assai rara, veniva chiamata la seconda classe, e quasi mai si scendeva tanto da giungere ai gradi più bassi. Non c'è da meravigliarsi che l'ordinamento attuale, istituito dopo che fu raggiunto il numero di trentacinque tribù, raddoppiando il loro numero con le centurie degli iuniori e dei seniori, non corrisponda al numero stabilito da Servio Tullio. Egli, infatti, divise in quattro parti i rioni e i colli abitati, e chiamò queste divisioni tribù, da tributo, io ritengo; infatti, fu Servio ad introdurre il sistema di distribuire equamente il peso dei tributi secondo il censo; ma le tribù di Servio Tullio non avevano nessuna relazione colla divisione e col numero delle centurie». Trad. a cura di L. PIRELLI, *Storie*, I, cit., 223 ss. Trad. a cura di E. GUZZI, *Antichità romane*, cit., 227-230. Sull'origine dei Comizi Centuriati cfr. G. GROSSO, *Storia*, cit., 72 ss.; AA. VV., *Lineamenti di storia*, cit., 63 e s.; F. SERRAO, *Diritto privato*, cit., 96 ss.; A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino, 2012, cit., 21 s.; A.CALORE, «Cittadinanze» nell'antica Roma, cit., 44-69.

*Interfici enim indemnatum quemcunque hominem etiam xii tabularum decreta vetuerunt*¹⁸⁰.

La norma ribadisce l'importanza di avere un processo prima di essere condannati alla pena capitale, proprio come regola del vivere civile.

Alla luce di queste ultime considerazioni, pertanto, la pena da infliggere al giudice corrotto non poteva essere né inferta privatamente dalla vittima, né dal magistrato. Era sempre necessario interpellare tutto il popolo¹⁸¹.

La fattispecie descritta non è rimasta un *unicum* del sistema decemvirale ma è stata trasmessa anche nel periodo storico successivo. Diverse testimonianze di Cicerone sono la prova della sopravvivenza di questa responsabilità¹⁸².

¹⁸⁰ XII Tab. 9.6 «Anche le disposizioni delle XII Tavole vietarono di uccidere chiunque prima che fosse condannato». La traduzione è mia.

¹⁸¹ Il riferimento iniziale è alla *provocatio ad populum* che fungeva sia da giudizio di condanna, sia da appello al popolo per evitare la pena di morte. Possiamo vedere questa prima modalità di processo penale come l'antenato delle *quaestiones perpetuae* in epoca repubblicana, poiché, da II sec. a.C. la decisione in merito ai crimini sarà affidata ad un tribunale permanente chiamato, appunto, *quaestiones perpetuae*. Cfr. G. GROSSO, *Storia*, cit., 157 s.; 310 s.; C. VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996, 82; 290; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, 29 ss.; C. PELLOSO, *Ai primordi del giudizio popolare: poena capitis e garanzia del civis nella prima età repubblicana*, in L. SOLIDORO (a cura di), *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, Torino, 2016, 83-120.

¹⁸² Cic. *Cluent.* 55,151: *Atque ut omittam leges alias omnes quibus nos tenemur, ceteri autem sunt ordines liberati, hanc ipsam legem NE QUIS IUDICIO CIRCUMVENIRETUR C. Gracchus tulit: eam legem pro plebe, non in plebem tuli.* «Orbene, per lasciare da parte tutte le altre leggi che vincolano noi mentre le altre classi ne sono esonerate, fu Gaio Gracco l'autore proprio di questa legge: «PERCHÉ NESSUNO SIA IN UN PROCESSO VITTIMA DI UNA FRODE...»: una legge fatta a pro', non contro la plebe». Trad. a cura di G. BELLARDI, *Le orazioni*, cit., 469 s. Cic. *Brut.* 12,48. *Sed cum ex eo, quia quasi committeret contra legem 'quo quis iudicio circumveniretur', saepe ipse in iudicium vocaretur, orationes aliis destituisse scribere totumque se ad artes componendas transtulisse.* «Ma essendo spesso per questo citato in giudizio, per vere, per dir così, violato la legge che dice 'che sia condannato colui il quale tenta di circuire qualcuno in giudizio', desistette dallo scrivere discorsi per altri e si dedicò interamente a comporre eleganti discorsi che servissero da modello». Trad. a cura di G. NORCIO, *Opere retoriche di M. Tullio Cicerone*, I, Torino, 1976, 615. Cic. *Rab. Post.* 4.8-9 *Iubet lex Iulia persequi ab eis ad quos ea pecunia quam is ceperit qui damnatus sit pervenerit.[...] sin hoc totidem verbis translatum caput est quot fuit non modo in Cornelia sed etiam ante in lege Servilia.* «La legge Giulia stabilisce che bisogna esigere la piena restituzione da coloro tra le cui mani è passato denaro ricevuto da una persona condannata. [...] Ma se la clausola è trasmessa integralmente con parole non solo dalla legge Cornelia ma anche dalla più antica legge Serviliana». La traduzione è mia. Cic. *Rab. Post.* 7.16. *Potentissimo et nobilissimo tribuno plebis, M. Druso, novam in equestrem ordinem*

Nel contesto in esame, *pecuniam accipere* configura un esplicito richiamo alla corruzione giudiziale e, in effetti, continuerà a permanere anche negli sviluppi futuri. Vi sono delle interessanti testimonianze in epoca classica che dimostrano la portata della fattispecie e la preoccupazione dei giuristi per la repressione del fenomeno.

È d'obbligo prendere in considerazione almeno due esempi che la dottrina ha sempre studiato con riferimento al tema: la creazione della *quaestio* contro il pretore L. Ostilio Tubolo¹⁸³, reo di aver *pecuniam acceptam*; e il processo contro Verre, in cui l'Arpinate ha dato modo di conoscere molto bene la fattispecie.

Da questi esempi emerge che ad essere punito di corruzione fosse il solo giudice nel processo penale delle *quaestiones*. Indifferente, invece, la materia del contendere: il giudice veniva messo a morte anche se dalla sua corruzione non era dipesa la condanna capitale di un individuo.

Un problema interessante era rappresentato dal fatto se, una volta condannato e messo a morte, la sentenza potesse essere annullata e procedere alla riabilitazione del condannato. Sul punto la dottrina ha tentato di dare risposta affermativa anche con un debole addentellato nelle fonti¹⁸⁴.

Nonostante, però, tali remore sulla natura del giudizio e sul tipo di giudice cui infliggere la pena di morte, occorre non perdere di vista il fine con cui è stata interpellata la presente fonte.

quaestionem ferenti: SI QUIS OB REM IVDICANDAM PECVNIAM CEPISSET, aperte equites Romani restiterunt. «Quando quel potente e illustre tribuno della plebe, Marco Druso, propose una nuova forma di inchiesta contro l'ordine equestre: 'Se qualcuno ricevesse denaro a seguito di una decisione giudiziaria', i cavalieri di Roma si opposero apertamente a lui». La traduzione è mia.

¹⁸³ Interessa la figura del pretore poiché nelle *quaestiones* aveva la funzione inquirente e giudicante. Sulla specifica vicenda si veda G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani: estratto dalla Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1912, 295. D. MANTOVANI, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, in *Athenaeum*, 78, 1990, 24 ss.

¹⁸⁴ Per tutti, cfr. C. VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell'età classica*, cit., 460-461. L'Autore riprende e fa sue le valutazioni di T. MOMMSEN (*Römisches Staatsrecht*, 480) e E. LEVY (*Von den römischen Anklagervergehen*, in *ZSS*, 53 (1933), 180) sulla possibile conseguenza per le parti in caso di corruzione. È avanzata l'ipotesi di ammettere la *in integrum restitutio* per il condannato.

XII Tab. 9.3, infatti, è funzionale a dimostrare l'esistenza di un nucleo di responsabilità del giudice animato dall'intenzionalità di falsare il giudizio ed emettere una sentenza dietro la promessa di denaro. Prescindendo, per un attimo, dalla qualificazione del reato di corruzione in senso moderno, ciò che si evince dalle fonti a noi pervenute è che il giudice deve necessariamente compartecipare alla dazione di denaro ed esserne in qualche modo consapevole. Il fenomeno della corruzione giudiziaria, a Roma, sembra che vada a indentificarsi con un *crimen repetundarum* che, tra le svariate condotte che vi contempla, considera anche questa. La conferma del disfavore criminale ci è data da molteplici fonti che pare possano confermare la lettura di *crimen del pecuniam accipere* (o, per lo meno, della corruzione giudiziale elaborata a partire da tale disposizione)¹⁸⁵.

Dal passo gelliano sopra preso in considerazione (*Noct. Att.* 20,1,7-8), inoltre, è possibile affermare quanto segue: l'*accipiebat* della fonte pare faccia riferimento al denaro preso dal *iudex* per giudicare in modo non conforme al vero e falsare la *sententia* a favore della parte corruttrice; un tale comportamento tenuto dall'organo giudicante non è un problema di corruzione – nel senso proprio del termine – ma, piuttosto, di responsabilità del giudice¹⁸⁶.

Un interrogativo che potrebbe sorgere in merito a tale fattispecie e di cui né la norma, né le fonti parlano, è il caso in cui il giudice, pur accettando il denaro, decidesse correttamente.

Senza voler anticipare una questione che considero successivamente¹⁸⁷, il problema della responsabilità del giudice è cosa diversa dall'*iniuria* della sentenza o c.d. *iniuria iudicis*. L'ingiustizia della pronuncia potrà essere contestata dalle parti e dai

¹⁸⁵ Cfr. per una panoramica in merito al rapporto tra *crimen repetundarum* e corruzione giudiziaria C. VENTURINI, *Studi sul crimen repetundarum nell'età repubblicana*, Milano, 1979, 363 ss.

¹⁸⁶ Se volessimo traslitterare la fattispecie ai giorni nostri, potremmo parlare genericamente di corruzione di pubblico ufficiale ex art 318 c.p.: «Corruzione per l'esercizio della funzione. Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altre utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da uno a sei anni».

¹⁸⁷ *Infra* p. 165 ss.

terzi con specifici strumenti senza necessità che vi sia una responsabilità del giudice o una sua corruzione.

Ad ogni modo, la fattispecie racchiusa in XII Tab. 9.3, sia detto per inciso, costituisce la prima attestazione rinvenuta in merito alla responsabilità in cui può incorrere il giudice, e quindi non sembra così serenamente assimilabile alla corruzione in quanto reato autonomo (problema questo che ha visto la dottrina metterne in dubbio la qualificazione giuridica, stante la vicinanza con il reato di concussione)¹⁸⁸.

Nella Tavola si parla chiaramente di *pecuniam accipere* del *iudex* o dell'*arbiter* o, in formula decisamente più delicata, del «giudice che abbia acconsentito ad essere corrotto»¹⁸⁹.

Un elemento da mettere in evidenza è il fatto che il testo della *tabula* faccia riferimento al *iudex arbiterve iure datus*, poiché, con tale qualificazione, si fa riferimento ad un giudizio privato.

Sul punto è necessario intendersi. Parte della dottrina¹⁹⁰ ha avanzato anche l'ipotesi, secondo la quale la disposizione faccia riferimento alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* introdotta dalle stesse XII Tavole, come rimedio a sé stante.

¹⁸⁸ Il problema è stato posto ben in evidenza dal Venturini: «Si è in tal modo addivenuti ad una previsione normativa che, stante la difficoltà definitoria implicita nel concetto di induzione (il riferimento dell'autore è alla concussione), ha lasciato aperta una vasta problematica in ordine alla condotta specifica del reato: circostanza questa, che appare tanto più rilevante ove si consideri la coincidenza dell'elemento materiale, costituito dall'illecita percezione di danaro o di altre utilità, rispetto alla diversa figura criminosa della corruzione, disciplinata dai successivi artt. 318-319». Cfr. C. VENTURINI, *Concussione e corruzione: origine romanistica di una problematica attuale*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano, 1987, 133, in particolare l'*incipit* riportato come prova della necessità di indagare il diritto romano per comprendere problematiche ancora attuali, soprattutto nelle aule dei tribunali.

¹⁸⁹ Cfr. M. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, cit., 503 in cui si solleva questo dubbio, facendosi sostenere da autorevoli fonti (cfr. nt.174, 503-504).

¹⁹⁰ Ad esempio, R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 76-77. Infatti, facendo leva sulla perifrasi *iure datus* solleva questa problematica importante, stante la possibilità di scelta del giudice nei giudizi privati e non in quelli criminali caratterizzati da tribunali che oggi chiameremmo permanenti, concludendo che il riferimento delle XII Tavole sia alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, come sostenuto anche da M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 289-290; ID., *Processo civile (diritto romano)*, cit., 17.

Sul punto la fonte lascia aperte delle questioni: in effetti, che questa fosse la lettera originaria delle XII Tavole non ci è dato sapere, soprattutto in riferimento al fatto che Gellio riporta il testo legislativo *absoluta brevitate verborum* e per il sintagma *ob rem dicendam*, simile a perifrasi ritrovate nelle fonti che riportano il processo *per quaestiones*.

Dalle suddette considerazioni è possibile esaminare se tale regola fosse in vigore, o addirittura se essa fosse contemplata, nel periodo arcaico e se una disposizione di tale natura fosse effettivamente inserita nelle XII Tavole.

La collocazione di questo secondo frammento lascia presagire un ruolo differente della disposizione all'interno della 'codificazione' decemvirale¹⁹¹.

La dottrina¹⁹², infatti, sostiene che la tavola IX (insieme alla settima e all'ottava) sia dedicata in parte anche al diritto criminale. Seppur in misura minore, poiché il testo delle XII Tavole tratta soprattutto di diritto privato e della relativa procedura¹⁹³, ci sono delle prescrizioni circa il 'diritto penale romano'¹⁹⁴. Più che un'organica indicazione dell'ambito pubblicistico che ha caratterizzato l'ordinamento, pare potersi piuttosto parlare di singole disposizioni punitive individuate dai Decemviri ed inserite organicamente nel testo legislativo¹⁹⁵.

¹⁹¹ Sulla descrizione delle XII Tavole come codice unitario, cfr. M. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, cit., 481 nt. 9.

¹⁹² Cfr. O. DILIBERTO, *Materiale per una palingenesi*, cit., 347-348.

¹⁹³ Si veda, ad esempio, M. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, cit., 480, nt. 3.

¹⁹⁴ Sul diritto penale e pubblico cfr. M. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, cit., 484, nt. 27. Si veda anche A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, in *BIDR*, 69, 1966, 342 ss.

¹⁹⁵ La collocazione della materia pubblicistica in un'unica tavola (l'ottava) è accolta dal Riccobono (*FIRA*, I, cit., 52 ss.), pur ammettendo che alcune norme criminali trovano luogo anche nella nona (*iudex arbitrive, quaestores parricidii, qui hoste concitaverit e interficere indemnatum hominem*) e nella dodicesima (*furtum del servus, actiones noxales*). Il dibattito, però, non è stato sopito. Infatti, nelle altre ricostruzioni del testo decemvirale (si ricordano Gothofredus, Girard, Schöell e Bruns) le norme 'penali' sono diversamente collocate, in base alla sensibilità e rilettura proposta dall'editore. La tesi tradizionale di collocare tutte le norme penalistiche in una sola tavola è fortemente criticata da O. DILIBERTO, *Materiale per una palingenesi*, cit., 350. Per l'ampia bibliografia rimando a *Ibid.*, 346 ss.

La distinzione tra diritto penale privato e repressione pubblicistica non può essere stata cristallizzata in un periodo così risalente nel tempo. Autorevole dottrina¹⁹⁶, infatti, recepisce questo insegnamento e tenta di leggere il passato abbandonando le categorie giuridiche di cui oggi disponiamo¹⁹⁷.

Inoltre, questa forma di responsabilità, che si trova in XII Tab. 9.3, continuerà anche nella legislazione successiva, sebbene non si evinca con certezza dalle fonti esistenti se fosse applicabile sia ai giudici che presiedevano *iudicia publica* sia a quelli che presiedevano *iudicia privata*.

Ripercorrendo passi significativi conservati dalla compilazione di Giustiniano, l'applicabilità nei *iudicia publica* è confermata¹⁹⁸. In particolare, Cicerone nelle Verrine dà ampio spazio a questo tipo di responsabilità:

Cic. Verr. 2,3,156.

Verre quidem praetore, non Sacerdote, non Peducaeo, non hoc ipso Metello. Scis Metellum sapientem esse. Hoc vero ferri iam non potest, inrideri viri optimi, L. Metelli, ingenium et contemni ac despici a fugitivo Timarchide. Si Volteium habebis, omnia ludibundus conficies. Hic vehementer errat Timarchides, qui aut Volteium pecunia corrumpi putet posse, aut Metellum unius arbitratu gerere praetoram, sed errat coniectura domestica. Quia multos et per se et per alios multa ludibundos apud Verrem effecisse vidit, ad omnis eosdem patere aditus arbitratur. Facilius vos efficiebatis ludibundi quae volebatis a Verre, quod multa eius ludorum genera noratis. Inculcatum est Metello et Volteio te aratores evertisse. Quis istuc Apronio attribuebat, cum aratorem aliquem everterat, aut Timarchidi, cum ob iudicandum aut decernendum aut imperandum aliquid aut remittendum pecuniam acceperat,

¹⁹⁶ A. BURDESE, *Riflessioni*, cit., *passim*.

¹⁹⁷ Questo l'avvertimento primigenio in apertura al presente lavoro: necessariamente utilizzerò termini quali '*delictum*' e '*crimen*', ma da ricordare è di non restare vincolati alla lettura modernizzata degli antichi istituti.

¹⁹⁸ Ad esempio, in D. 48,8,1 pr-1 si fa riferimento solo a *iudicia publica*.

*aut Sextio lictori, cum aliquem innocentem securi percusserat? Nemo; omnes ei tum attribuebant quem nunc condemnari volunt*¹⁹⁹.

Cicerone, nel passo delle Verrine riportato, sta concludendo la terza orazione dell'*actio secundae*. In questa precisa parte chiamata *De frumento*, l'Arpinate descrive il propretore siciliano Gaio Licinio Verre come un devastatore dell'isola. In particolare, nel paragrafo proposto accusa il regime del governatore che si lasciava corrompere con il denaro e facilitava, come se fosse un gioco, alcuni e non altri nell'ottenere quanto desideravano.

Un tale comportamento riprovevole, infatti, era riscontrabile in capo a Timarchide che incassava denaro per svolgere la sua attività amministrativa. Tra le condotte attribuite al *praeses* vi è ricompresa anche quella del *pecuniam accipere*, che, già nel I sec. a.C., rappresentava una fattispecie riprovevole che veniva repressa. Ciò è dimostrato da Cicerone, in modo ancora più evidente, nella *Pro Cluentio* nel lamentarsi della mancata condanna dei giudici che avevano ricevuto denaro:

Cic. *Cluent.* 41,114

¹⁹⁹ Cic. *Ver.* 2,3,156 «Sì, al tempo della propretura di Verre, non già di Sacerdote né di Peduceo e nemmeno di Metello stesso. Sai che Metello è un uomo saggio. Ma questo è assolutamente insopportabile: un Timarchide, uno schiavo fuggiasco, si fa beffe dell'intelligenza di quel gran galantuomo che è L. Metello, e lo copre di oltraggioso disprezzo! Se avrai dalla tua Volteio, sarà per te un gioco raggiungere qualunque scopo. Qui è il grosso errore di Timarchide, quando pensa o che sia possibile corrompere Volteio col denaro, o che Metello adempia alle sue funzioni di governatore così come piace a una sola persona; ma sbaglia perché ragiona in base a ciò che ha visto in casa del suo padrone. È qui che egli ha visto molti ottenere, sia direttamente che tramite altri, numerosi favori colla facilità di un gioco, e ritiene che le vie di accesso a tutti gli altri siano allo stesso modo aperte. Era per voi più agevole ottenere da Verre colla facilità d'un gioco tutto ciò che volevate, perché conoscevate bene più di una specie dei suoi giochi preferiti. S'è inculcata nella mente di Metello e di Volteio la convinzione che sia stato tu a rovinare gli agricoltori. Chi mai ne dava la colpa ad Apronio quando mandava in rovina qualche agricoltore, o a Timarchide quando prendeva del denaro per ottenere una sentenza o un decreto o un ordine o una remissione di pena, o al littore Sestio quando eseguiva una condanna capitale ai danni di un innocente? Nessuno: tutti ne attribuivano allora la colpa a colui che ora vogliono condannato». Trad. a cura di G. BELLARDI, *Le orazioni*, cit., 925 s.

Aut hoc iudicium reprehendas tu, cuius accusatio rebus iudicatis niti videbatur, necesse est, aut, si hoc verum esse concedis, Oppianicum gratis condemnatum esse fateare. Quamquam satis magno argumento esse debet, quod ex tam multis iudicibus absoluto Falcula nemo reus factus est. Quid enim mihi damnatos ambitus colligitis, alia lege, certis criminibus, plurimis testibus? cum primum illi ipsi debuerint potius accusari de pecuniis repetundis quam ambitus; nam si in ambitus iudicii hoc eis obfuit, cum alia lege causam dicerent, certe, si propria lege huius peccati adducti essent, multo plus obfuisset²⁰⁰.

L'orazione da cui è ripreso il passo è stata redatta da Cicerone per difendere Aulo Cluenzio dalle accuse mosse dalla madre di aver assassinato il patrigno Oppianico.

In particolare, nel corso del giudizio entrambe le parti furono accusate di aver corrotto i giudici, ma non fu mai provato il misfatto di Cluenzio. La difesa ciceroniana, infatti, oltre ad aver dimostrato che non ci fossero prove sulla corruzione del tribunale da parte del proprio assistito, si concentra sull'evidenziare i delitti di Oppianico. Infatti, per essere condannato non era necessario che Cluenzio corrompesse i giudici, tanto erano evidenti i suoi crimini.

Nel suddetto testo viene dimostrato proprio questo: Oppianico è stato condannato senza che vi sia stata corruzione dei giudici. Si deduce che la corruzione dei giudici è fatta rientrare nel *crimem repetundarum* dalla *lex Iulia* (probabilmente quella di Cesare). Per i tempi precedenti, invece, non è così pacifico.

²⁰⁰ Cic. *Cluent.* 41, 114 «È dunque inevitabile che tu, che basavi la tua accusa sulle sentenze già emesse, o respinga col tuo biasimo questo giudizio, oppure, se ne riconosci la piena corrispondenza alla verità dei fatti, ammetta che la condanna di Oppianico non fu dovuta a corruzione. Per quanto una prova abbastanza consistente di quanto ho affermato dovrebbe essere il fatto che di tanti altri giurati nessuno, dopo l'assoluzione di Falcula, venne messo sotto processo. A che, infatti, mi andate citando i condannati per broglio elettorale in forza di un'altra legge, di precise imputazioni, di numerosissime testimonianze? Quando poi costoro avrebbero dovuto essere accusati di concussione piuttosto che di broglio; ché se questa loro venalità nocque a essi nei processi per broglio, per quanto, cioè, venissero processati ai termini di un'altra legge, certamente, se fossero stati trascinati in giudizio in base alla legge che colpisce specificamente questo reato, avrebbe nociuto loro assai di più». Trad. a cura di G. BELLARDI, *Le orazioni*, cit., 435.

Da queste ultime notazioni è plausibile che dalla tarda età classica in poi i giudici privati che si fossero lasciati corrompere avrebbero peccato di *crimen repetundarum* con la conseguenza di essere condannati al pagamento di una multa.

D. 48,11,1 pr. *Marc. XIV inst.*

*Lex Iulia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu potestate curatione legatione vel quo alio officio munere ministeriove publico cepit, vel cum ex cohorte cuius eorum est*²⁰¹.

Marciano, nel frammento in esame, descrive la fattispecie definita dalla *lex Iulia repetundarum* che tutela l'ordinamento da quei soggetti che ricevevano denaro per svolgere le funzioni a loro affidate. Dal paragrafo emerge, infatti, che coloro che fossero stati corrotti, muniti di qualsiasi forma di autorità, in relazione a un qualsiasi procedimento legale sarebbero stati puniti, senza alcuna specificazione.

Nell'analizzare il frammento nella sua collocazione palinogenetica²⁰² si comprende come Marciano stia delineando in generale l'istituto per come si è sviluppato ai suoi tempi.

Dalla lettura di D. 48,11,1 pr. sembra non essere contemplata la figura del *iudex arbiterve* nella cerchia dei soggetti passivi. Infatti, nel frammento si allude a individui che hanno *potestas*, *officium* oppure un *munus*.

²⁰¹ D. 48,11,1 pr. (*Marc. XIV inst.*) «la legge Giulia *repetundarum* contempla l'estorsione di quel denaro che alcuno prese essendo rivestito di una magistratura, di potestà di curatela, di legazione, o di qualunque altro ufficio, carico o ministero pubblico, o quando apparteneva al seguito di alcuno di loro». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4563.

²⁰² O. LENEL, *Palinogenesia Iuris Civilis*, I, Leipzig, 1927, rist., Roma, 2000, 674. Il passo, collocato nelle Istituzioni di Marciano è posto quasi alla fine, nel libro XIV dove evidentemente il giurista sta delineando tutte le leggi vigenti a suo tempo, con importati raffronti con il passato per dimostrare il cambiamento del diritto e l'evoluzione delle leggi stesse.

Tuttavia, il generico richiamo a queste qualità non può che riferirsi anche ai giudici: infatti, di *munus* si parla già in D. 5,1,78; di *officium* riferito al giudice, invece, se ne ha testimonianza in ragione dell'utilizzo ripetuto del sintagma *officium iudicis*²⁰³.

Alla luce di quanto affermato, pertanto, si può ricavare l'inclusione del *iudex* e dell'*arbiter* tra i soggetti descritti da Marciano.

Inoltre, non sembra possibile escludere il *iudex privatus* dal novero dei soggetti destinatari della *lex Iulia*:

D. 48,11,3 (*Macer I pub.*)

*Lege iulia repetundarum tenetur, qui, cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob iudicandum vel non iudicandum decernendumve acceperit*²⁰⁴.

Dalla testimonianza di Macro si evince che la legge era indirizzata a tutti coloro che detenessero una *aliquam potestatem* e che avrebbero accettato *pecuniam* per adempiere al compito di giudicare. Il frammento è particolarmente affidabile sia

²⁰³ L'utilizzo dell'espressione *iudicis officium* è testimoniato anche dalla lettura del *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae (VIR)*, Tomus III/1, Berlino, New York, 1979, 1356-1357, in cui troviamo due colonne di riferimenti al Digesto che riportano l'espressione, a riprova che era utilizzata con riferimento all'organo giudicante.

²⁰⁴ D. 48,11,3 (*Macer I pub.*) «Alla legge Giulia *repetundarum* è tenuto colui che, mentre è rivestito di qualche podestà, riceve denari per giudicare o per deliberare». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4563.

perché estratto da un'opera specificamente dedicata ai *iudicia*²⁰⁵, sia perché la terminologia utilizzata è chiara e ritenuta autentica²⁰⁶.

Ancora più esplicito è un frammento di poco successivo:

D. 48,11,7, pr. (*Macer I pub.*)

*Lex Iulia de repetundis praecipit, ne quis ob iudicem arbitrumve dandum mutandum iubendumve ut iudicet: neve ob non dandum non mutandum non iubendum ut iudicet: neve ob hominem in vincula publica coiciendum vincendum vincirive iubendum exve vinculis dimittendum: neve quis ob hominem condemnandum absolvendumve: neve ob litem aestimandam iudiciumve capitis pecuniaeve faciendum vel non faciendum aliquid acceperit*²⁰⁷.

Il giurista riporta una parte rilevante del contenuto della *lex Iulia de repetundis*, dove la legge stabiliva categoricamente il divieto di corrompere il giudice affinché questo fosse mutato, giudicasse in un certo modo, rilasciasse o condannasse l'imputato, stimasse l'oggetto della lite, istituisse un giudizio criminale o pecuniario.

²⁰⁵ L'opera da cui è tratto il frammento è quella dedicata ai *iudicia publica* ma non sembra sufficiente per sostenere che tale responsabilità descritta sia solo dei giudici che giudicano pubblicamente. In tal senso Scevola afferma che: «A mio avviso, l'*inscriptio* del frammento potrebbe fuorviare l'interprete inducendolo a ritenere che il giurista intendesse riferirsi esclusivamente ad organi giudicanti investiti della relativa *potestas in iudicia publica*: diversamente, va inteso che tutti coloro i quali avessero emesso una sentenza in processi formulari o condotti *per cognitionem*, in materia civile e penale, sarebbero stati assoggettati al precetto legislativo, come sembrerebbe indicare l'inciso *od iudicandam [vel non iudicandam] decernendumve*, tale da distinguere il tipo di provvedimento conclusivo della controversia». R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 88, nt. 50.

²⁰⁶ Il riferimento è soprattutto al termine iniziale *tenetur* che sembra riecheggiare espressioni autentiche del testo legislativo. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 88.

²⁰⁷ D. 48,11,7 pr. (*Macer I pub.*) «La legge Giulia *de repetundis* ordina: che nessuno prenda qualsiasi cosa per dare o cambiare il giudice o per ordinare che giudichi; né per non darlo, non mutarlo, non ordinare che giudichi; né porre un uomo nelle pubbliche carceri, né legarlo o comandare che sia legato, o per rilasciarlo dal carcere; né per condannare od assolvere una persona; né per fare una stima della lite; né per istituire o non istituire giudizio criminale o pecuniario». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4564.

In questo testo Macro si riferisce esplicitamente al *iudex arbiterve* e descrive una norma che vuole andare a sanzionare chiunque abbia ricevuto denaro per influire sulla funzione giudicante, militando a favore della tesi che tale responsabilità sia da riferire anche al giudice privato.

Nella prosecuzione della lettura del frammento, si rileva chiaramente che Macro nel *principium* stava descrivendo il passato:

D. 48,11,7,3 (*Macer I pub.*)

*Hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur et plerumque vel exilio puniuntur vel etiam durius, prout admiserint. quid enim, si ob hominem necandum pecuniam acceperint? vel, licet non acceperint, calore tamen inducti interfecerint vel innocentem vel quem punire non debuerant? capite plecti debent vel certe in insulam deportari, ut plerique puniti sunt*²⁰⁸.

L'avverbio temporale '*hodie*' è sintomo che il giurista, nella medesima opera, stava prendendo in considerazione le tutele che si erano susseguite nel tempo contro la corruzione del giudice.

In questo paragrafo descrive il diritto vigente nel momento in cui egli scrive, in contrapposizione con la descrizione del passato compiuta a inizio frammento. Macro, infatti, è consapevole di narrare la vicenda della *lex Iulia* in un momento in cui erano ancora in vigore le *quaestiones*, già soppiantate al suo tempo dalla *cognitio*²⁰⁹.

²⁰⁸ D. 48,11,7,3 (*Macer, I pub.*) «Oggi i colpevoli, in forza della legge di concussione, sono puniti in giudizio straordinario, e il più delle volte con l'esilio, o più duramente secondo la gravità del delitto. A qual pena poi dovranno essere condannati coloro che riceveranno danaro per uccidere un uomo, oppure che, quand'anche non avessero ricevuto danaro, tuttavia indotti dallo sdegno uccisero o un innocente od uno che non potevano punire? Essi saranno soggetti a pena capitale, od almeno deportati in un'isola, come i più furono puniti». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4565.

²⁰⁹ Il passaggio che portò in disuso le *quaestiones* in favore di una nuova tipologia di processo faceva leva sulla *lex Iulia iudiciorum publicorum* con cui Augusto definiva in modo chiaro e preciso tutte le *quaestiones*, le cui fattispecie e pene erano tassativamente indicate dalla legge, e per tutti gli altri casi la tutela era affidata al principe stesso, il quale sentenziava tramite la *cognitio extra ordinem*. È

Il paragrafo delinea che chi veniva accusato di *repetundae*, secondo un procedimento *extra ordinem*, era punito con l'esilio o con una pena più severa in relazione alla gravità del delitto. Il ragionamento prosegue affermando che coloro che avessero ricevuto denaro per commettere omicidio sarebbero stati condannati alla pena di morte o all'esilio su un'isola.

Quanto fino ad ora visto va messo in relazione con ciò che è affermato da Marciano in D. 48,8,1 pr-1: nel *principium* fa riferimento ad una dazione di denaro o di altre utilità; il primo paragrafo, invece, rende chiara la qualificazione soggettiva del giudice che deve essere un *iudex quaestionis* per il chiaro riferimento alle cause capitali (*ob capitalem causam pecuniam acceperit*):

D. 48,8,1 pr. (*Marc. XIV inst.*)

*Lege Cornelia de sicariis et veneficiis tenetur, qui hominem occiderit: cuiusve dolo malo incendium factum erit: quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit: quive, cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum iudicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur condemnaretur*²¹⁰.

Nel frammento esaminato, il giurista espone una serie di situazioni disciplinate dalla *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, includendo coloro che hanno commesso omicidio, chi ha dolosamente provocato un incendio, gli individui armati intenzionati a compiere omicidio o furto, e infine, gli individui che, ricoprendo la carica di

apprezzabile notare come la forma della *cognitio*, grazie alla sua grande elasticità, soppianti i processi privati e pubblici classicamente intesi e strettamente limitati dalle leggi per dare spazio alla decisione del principe molto più fluida ed elastica. Cfr. per tutti G. GROSSO, *Storia*, cit., 411 ss.

²¹⁰ D. 48,8,1 pr. (*Marc. XIV inst.*) «È soggetto alla legge Cornelia *de sicariis et veneficiis* colui che uccise un uomo, colui che per dolo malo diede luogo ad un incendio, colui che andò armato per uccidere qualche uomo o per commettere furto; colui che essendo in magistratura o presedendo ad un pubblico giudizio, fece in modo che taluno dichiarasse falsi indizi onde restare convinto, e perciò condannato qualche innocente». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4541.

magistrato o giudice, hanno incoraggiato la presentazione di indizi falsi e su di essi hanno condannato un innocente.

Con le ultime parole (*quive, cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum iudicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur condemnaretur*) viene descritta la fattispecie secondo cui è punito chi, essendo in una magistratura o presiedendo a un giudizio pubblico, induce qualcuno a dichiarare falsi indizi al fine di ottenere la condanna di un innocente. La *ratio* del *principium* è quella di prevenire che le menzogne e le dichiarazioni mendaci possano compromettere il corretto svolgimento del giudizio e portare il giudice a infliggere una pena in modo ingiustificato.

Il primo paragrafo così prosegue:

D. 48,8,1,1 (*Marc. XIV inst.*)

*Praeterea tenetur, qui hominis necandi causa venenum confecerit dedit: quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico iudicio rei capitalis damnaretur: quive magistratus iudexve quaestionis ob capitale causam pecuniam acceperit ut publica lege reus fieret*²¹¹.

Con l'enumerazione delle situazioni contemplate dalla *lex Cornelia*, si stabilisce che rientrano tra i soggetti puniti coloro che hanno fabbricato o somministrato veleno mortale, individui che, con dolo, hanno indotto altri a testimoniare al fine di condannare a morte l'imputato, e infine, il magistrato o il giudice corrotto con l'intento di condannare un innocente. La fattispecie qui descritta è più aderente al

²¹¹ D. 48,8,1,1 (*Marc. XIV inst.*) «Vi sarà soggetto inoltre colui che fabbricò o somministrò il veleno per far morire un uomo; o colui che con dolo malo fece testimonianza onde taluno sia capitalmente condannato in un pubblico giudizio. Sarà altresì tenuto quel magistrato o giudice in causa capitale che avrà ricevuto denaro per far comparire reo taluno». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4541.

testo della XII *Tab.* 9.3, poiché descrive il caso in cui un giudice abbia ricevuto denaro per condannare taluno alla pena capitale.

Sulla legge Cornelia, come già anticipato prima, si sono soffermati alcuni giuristi e, tra di essi, vi è anche Marciano che, nei passi esaminati, sembra rendere conto del contesto storico in cui tale legge è maturata: siamo in un momento immediatamente successivo alla vittoria sillana, periodo caratterizzato da una serie di profonde riforme²¹².

Si continuerà poi su questa linea anche in età imperiale, dove ritroviamo fonti volte a perseguire e sanzionare pubblicamente giudici privati. Tra queste, una costituzione di Caracalla sembra descrivere proprio la fattispecie che, dalle XII Tavole, passando dal periodo repubblicano, arriva fino ai giustiniani:

C.7,49,1 Imp. Antoninus A. ad Gaudium

Constitit in quacumque causa sive privata sive publica sive fiscali, ut, cuicumque data fuerit pecunia, vel iudici vel adversario, amittat actionem is, qui diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptela spem negotii reposuerit. D. XIII k. Ian. duobus Aspris cons. [a. 212]²¹³.

L'Imperatore, con questa disposizione, ordinava che in qualunque tipo di causa – sia privata, sia pubblica, sia fiscale – perdesse definitivamente il diritto di agire colui che avesse corrotto il giudice per ottenere una sentenza a lui favorevole.

Questa costituzione presenta due considerazioni di rilievo che risultano essenziali per una completa analisi dell'elaborazione della disciplina presente in XII *Tab.* 9.3: da

²¹² Il periodo sillano a Roma fu molto singolare: il dittatore della fazione degli *optimates* è ricordato per le grandi riforme anti-plebee e anti-cavalieri che realizzò nel periodo immediatamente successivo alla sua ascesa al potere. Cfr. per tutti AA. VV., *Lineamenti di storia*, cit., 323-334.

²¹³ C. 7,49,1 «Fu assodato che in qualunque causa, sia privata, sia pubblica, sia fiscale, a chiunque fu dato danaro, o a giudice o a controparte, perda l'azione colui che diffidando di aver una giusta sentenza ripose la speranza della riuscita nella corruzione con denaro». Trad. a cura di G. VIGNALI, *Corpo del diritto. Codice*, II, Napoli, 1860, 485-486.

un lato, si ribadisce la natura criminale del comportamento del giudice che si presta alla corruzione; dall'altro lato, si introduce la novità della repressione penale anche nei confronti del corruttore.

Il fine ultimo di tale disposizione è quello di evitare che venga pronunciata sentenza²¹⁴.

La decisione imperiale trova conferma anche in D. 3,6,1,3:

D. 3,6,1,3 (*Ulp. X ad ed.*)

Sed et constitutio imperatoris nostri, quae scripta est ad Cassium Sabinum, prohibuit iudici vel adversario in publicis vel privatis vel fiscalibus causis pecuniam dare, et ex hac causa litem perire iussit. nam tractari potest, si adversarius non per calumniam transigendi animo accepit, an constitutio cessat? et puto cessare sicuti hoc quoque iudicium: neque enim transactionibus est interdictum, sed sordidis concussionibus²¹⁵.

Ulpiano afferma l'orientamento appena delineato: è espressamente proibito offrire denaro in qualsiasi contesto processuale, sia al giudice che alla parte, pena l'estinzione della controversia.

Il frammento mette in evidenza la distinzione tra transazione ed estorsione, sottolineando che solo quest'ultima è vietata. Il giurista, nel suo scritto, ribadisce quanto precedentemente affermato, non solo nelle normative più antiche, come le XII

²¹⁴ La funzione di tale rimedio è tipicamente endo-processuale, nel senso che si risolve nello stesso procedimento penale evitando che si possa avere una sentenza ingiusta e totalmente *contra legem*. Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 95-96.

²¹⁵ D. 3,6,1,3. (*Ulp. X ad ed.*) «Ma anche una costituzione del nostro imperatore <Caracalla>, che è stata scritta a Cassio Sabino, ha proibito di dare denaro all'avversario o al giudice nelle cause pubbliche o private o fiscali, e ha ordinato che in base a tale fatto la lite si estingue, e certo, si può prendere in considerazione se la costituzione non trovi applicazione nel caso che l'avversario abbia ricevuto <denaro> con l'intenzione di transigere e non minacciando iniziative calunniose. E reputo che non trovi applicazione la costituzione, come anche l'azione <di calunnia>: difatti si sono vietate non le transazioni, ma le sordide estorsioni». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., I, 276-277.

Tavole, ma anche in quelle più recenti e più vicine al periodo in cui Ulpiano ha operato: l'offerta di denaro illecita nel processo è sempre stata vietata.

3.1. NOTE CONCLUSIVE

Per concludere, tutte le fonti esaminate attestano che la XII *Tab.* 9.3 rappresenti la prima manifestazione di corruzione del giudice e che i suoi effetti si siano protratti per secoli.

Il legame che intercorre tra il *pecuniam accipere* delle XII Tavole e la corruzione giudiziaria nella sua forma più evoluta, non è mai stato reciso. In particolare, la repressione di tale fattispecie è un'esigenza che è sempre stata percepita dai giuristi che, nel corso dei secoli, hanno elaborato varie soluzioni.

Dalla durezza della repressione che si risolveva nella pena di morte del giudice, così come testimoniato da Gellio (*Noct. Att.*, 20,1,7-8) e aspramente criticato da Sesto Cecilio, si è passati a forme di repressioni più umane prevedendo, ad esempio, delle multe.

I problemi sollevati dalla fattispecie furono molteplici. Tra questi si ricorda la questione legata all'applicazione della disposizione: se operasse nei confronti del *iudex privatus* oppure se fosse riservata al solo *iudex publicus*. O ancora, il dubbio della giurisprudenza in merito all'annullamento della sentenza emessa dal giudice corrotto e delle eventuali conseguenze.

Al di là di queste legittime incertezze su cui la dottrina ancora discute, è opportuno cogliere il motivo per il quale tale fonte è da prendere in considerazione.

XII *Tab.* 9.3 è la prova della prima attestazione di repressione del fenomeno corruttivo che, nel corso del tempo e tramite l'elaborazione dei giuristi classici, si è

sostanziata prima nella pena di morte per poi attenuarsi. La previsione della multa ha, comunque, in una società più evoluta, la medesima efficacia deterrente.

Rimane una zona d'ombra da dover illuminare.

Se dal periodo imperiale in poi è pacifico che anche il giudice privato che fosse stato corrotto sarebbe incorso in responsabilità (*ante litteram*, civile), nulla possiamo riferire del periodo intercorso tra la codificazione della XII Tab. 9.3 e i frammenti conservati nel Digesto.

In effetti, considerando l'assenza di fonti dettagliate, è da presumere che già prima della legislazione repressiva in merito al crimine di *pecuniam accipere*, la condotta perpetrata dai giudici privati fosse soggetta a sanzioni²¹⁶. In particolare, si potrebbe ritenere estesa tale normativa ai giudici di rango senatorio²¹⁷. Per quanto riguarda gli altri giudici, emerge un vuoto di tutela. La mancanza di misure sanzionatorie per comportamenti censurabili dei giudici privati avrebbe potuto essere colmata mediante altri strumenti mirati a reprimere gli illeciti giudiziari. La dottrina²¹⁸ ha individuato nel *litem suam facere* un mezzo di salvaguardia per le parti coinvolte nel processo, quale dispositivo successivo alla norma delle Dodici Tavole concepito per contrastare gli abusi da parte dei giudici.

4. LA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE NELLE XII TAVOLE. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

Alla luce di quanto sopra analizzato, è possibile trarre le seguenti conclusioni.

La disciplina della responsabilità del giudice nel periodo decemvirale trova la sua collocazione nelle disposizioni analizzate.

²¹⁶ C. VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell'età classica*, cit., 461.

²¹⁷ Elemento necessario per la fattispecie *de repetundis*. Cfr. G. MACCORMACK, *The Liability*, cit., 27.

²¹⁸ Sul punto, cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 1349-1351.

In particolare, in XII Tab. 2.2 viene esplicitato il meccanismo di differimento automatico del giorno della trattazione della causa nel caso in cui il giudice fosse stato affetto da un impedimento temporaneo (*morbus soticus*) o la lite fosse instaurata contro uno straniero (*status dies cum hoste*).

Sembra potersi affermare che il versetto configuri una responsabilità del giudice, o per lo meno, sia la regola iniziale da cui poi si è sviluppata l'idea di responsabilità dell'organo giudicante. Il *iudex* che non si fosse presentato in udienza senza una di queste giustificazioni sarebbe incorso in responsabilità per la violazione del termine imposto dal magistrato per la trattazione della causa, nonché per violazione del dovere di giudicare imposto dall'*iussum* del magistrato stesso.

Dall'analisi condotta in precedenza, emerge la natura di questa responsabilità: si potrebbe avanzare l'ipotesi che XII Tab. 2.2 trattasse di una responsabilità c.d. oggettiva, poiché non è richiesta alcuna partecipazione psicologica del giudice nel violare le formalità del processo, nonostante la norma nulla dica in merito alle conseguenze cui lo stesso sarebbe andato incontro.

XII Tab. 9.3, invece, è la prima testimonianza di repressione del fenomeno corruttivo che nel periodo delle XII Tavole si sostanziava nella pena di morte. In particolare, dall'analisi delle fonti condotta nel paragrafo precedente, è possibile ricostruire il legame che intercorre tra il *pecuniam accipere* di XII Tab. 9.3 e la corruzione giudiziale.

Delineati e analizzati i due precetti decemvirali che interessano la responsabilità del giudice, vi sono almeno due quesiti che emergono.

Il primo problema riguarda l'eventuale connessione tra XII Tab. 2.2 e le conseguenze di XII Tab. 9.3. La dottrina, infatti, si è domandata se anche il giudice che avesse violato le formalità processuali fosse poi condannato a morte. La seconda domanda che sorge, invece, concerne la natura della responsabilità del giudice nell'ordinamento decemvirale: se fosse da ascrivere ad una forma di responsabilità oggettiva in entrambi i casi, oppure se le due disposizioni identificassero differenti

forme di responsabilità (per la precisione, una di matrice oggettiva, l'altra caratterizzata da un criterio di imputazione soggettivo).

Sulla prima questione, vi è incertezza. Infatti, da un lato, XII Tab. 2.2 nulla riporta sulle conseguenze alle violazioni formali perpetrate dal giudice che, come ho chiarito, rimangono tutt'ora oscure. Dall'altro lato, sull'eventuale connessione con la pena di morte di XII Tab. 9.3, le opinioni sono controverse. XII Tab. 9.3, secondo autorevole dottrina, traduce nella Legge delle XII Tavole una diversa forma di responsabilità del giudice che viene corrotto; secondo altri, invece, sarebbe da ascrivere alla seconda tavola, con esplicito riferimento anche alle violazioni processuali ivi collocate. Nel silenzio delle fonti non è possibile dare una risposta certa e aderire a una tesi piuttosto che a un'altra. La criticità esiste e rimane irrisolta.

Altrettanto problematico è dare risposta al secondo quesito che le fonti rivolgono al ricercatore, cioè quello relativo alla possibile diversa natura della responsabilità presentata dalle due norme.

Nonostante le difficoltà, le fonti in questa occasione sono più loquaci e, attraverso l'analisi e la comparazione di alcune, può essere visibile una soluzione.

Il fatto che ci fosse un limite oggettivo al differimento dell'udienza è del tutto coerente con l'evoluzione del processo e i caratteri formali e formalistici del periodo arcaico.

Infatti, il legislatore decemvirale ha ripreso e codificato la regola generale secondo la quale il giudice non può, *sua sponte*, deferire l'udienza o non giudicare, ma ciò avviene solo in presenza di determinati casi preventivamente individuati dal legislatore come giustificazione di un comportamento altrimenti censurabile.

Ben diversa e più grave è la situazione considerata dalla XII Tab. 9.3. In tale previsione i Decemviri non solo non hanno contemplato una responsabilità 'oggettiva' (qui, in effetti, il giudice non deroga al termine prescritto e non si rifiuta di decidere poiché una sentenza viene emessa nei termini prescritti dalla legge), ma

hanno indicato un caso specifico – a mio parere, doloso - in cui emerge una responsabilità del giudice.

Il *pecuniam accipere*, infatti, sembra essere caratterizzato da una volontà esplicita, richiedendo che il giudice corrotto abbia accettato il denaro con l'intento di influenzare la sua decisione sulla causa. Senza voler necessariamente attribuire a questo periodo così arcaico le moderne teorie sui criteri di imputazione, si deduce che anche i decemviri, pur senza specificarlo in modo esplicito, abbiano considerato la presenza di una certa intenzionalità nell'azione come requisito per perseguire il giudice.

Ciò che viene punito con la pena di morte, infatti, è la contrarietà della decisione presa dal giudice nel caso concreto qualora avesse accettato del denaro per decidere la causa in un certo modo.

Pertanto, alla luce di quanto esposto nelle pagine precedenti, ritengo che dai due precetti delle XII Tavole possa leggersi una primordiale elaborazione giuridica dei criteri di imputazione.

In XII Tab. 2.2, infatti, emerge l'oggettività della responsabilità, dovuta alla sola contrarietà del comportamento del giudice alle formalità prescritte; in XII Tab. 9.3, invece, viene presa in considerazione una figura più propriamente penale, legata alla volontà colpevole di accettare denaro e falsare il proprio giudizio.

CAPITOLO SECONDO

L'EMERSIONE DEL *IUDEX QUI LITEM SUAM FECIT*

SOMMARIO. 1. *Mac. Sat.* 3,16,15. – 1.1. La fonte. – 1.2. Interpretazione del testo. – 1.3. Il significato di *litem suam facere* in Macrobio. – 2. *Gell. Noct. Att.* 10,1,4-5. – 2.1. Il significato del testo. – 3. *P.Ant.* I, 22 *recto* – 3.1. Il testo. – 3.2. La ricostruzione della fonte. – 3.2.1. Parte prima (linee 1-6). – 3.2.2. Parte seconda (linee 6-11). – 3.3. La fattispecie del *litem suam facere* in *P.Ant.* I, 22 *recto*. – 4. *Lex Irnitana, Caput* 91. – 5. Riflessioni conclusive.

1. MAC. SAT. 3,16,15

1.1. LA FONTE

Fino al II sec. a.C. non sono state rinvenute fonti che utilizzassero il sintagma *litem sua facere* per fare riferimento ad una fattispecie di responsabilità del giudice.

La fonte, a partire dalla quale ricaviamo l'informazione, secondo cui a partire da un determinato periodo in avanti è attestato l'uso di tale espressione, è un passo tratto dai *Saturnalia* di Macrobio.

Macrobio Ambrogio Teodosio, vissuto probabilmente a cavallo tra il IV e il V sec. d.C., nella sua opera dedicata a vari argomenti, presenta un dialogo conviviale tra dodici personaggi esponenti dell'aristocrazia romana in cui si discute delle prelibatezze del mare: i pesci.

Viene narrato quanto gli antichi apprezzassero la spigola del Tevere (*Tiberinus lupus*), tanto che anche Marco Varrone la elencava tra i migliori prodotti italiani. La spigola era considerata un cibo di eccezionale pregio e quella pescata *inter duos*

pontes si riteneva di qualità eccellente. A sostegno di tale considerazione, viene citato quanto pronunciato da Caio Tizio nel suo discorso in difesa della *Lex Fannia*:

Macr. *Sat.* 3,16,15

*Ludunt alea studiose, delibuti unguentis, scortis stipati. Ubi horae decem sunt, iubent puerum vocari ut comitium eat percontatum quid in foro gestum sit, qui suaserint, qui dissuaserint, quot tribus iusserint, quot vetuerint. Inde ad comitium vadunt, ne litem suam faciant. Dum eunt, nulla est in angiporto amphora quam non impleant, quippe qui vescicam plenam vini habeant*²¹⁹.

Tizio descrive le abitudini alimentari dei ricchi romani, inclusi coloro che ricoprivano ruoli di rilievo nella *civitas*, tra cui il ruolo di giudice. Essi mostravano una chiara preferenza per consumare la prelibata spigola del Tevere, catturata *inter duos pontes*, piuttosto che svolgere con dedizione il compito loro affidato dal magistrato.

Questo paragrafo, insieme al successivo²²⁰, è dedicato alla discussione sulla spigola, nota anche come *lupus*, pescata tra i ponti Sublicio e Fabricio²²¹.

²¹⁹ Macr. *Sat.* 3,16,15 «Giocano a dadi con passione, madidi di profumi, attornati da squaldrine. Alle sedici fanno chiamare un servo per mandarlo all'assemblea del popolo ad informarsi: vogliono sapere di che cosa si è trattato, chi è intervenuto a favore e chi contro, quante tribù hanno approvato e quante si sono opposte. Poi vanno all'assemblea per evitare l'accusa di giudizi parziali. Lungo il cammino non c'è anfora nei vicoli che essi non riempiano, in quanto han la vescica piena di vino». Trad. a cura di N. MARINONE, *I Saturnali di Macrobio Teodosio*, Torino, 1967, 435 s. Sul testo e sull'autore ci sono molte incertezze: ad esempio, secondo F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 6., la fonte presa in considerazione da Macrobio per la scrittura dei *Saturnalia* potrebbe essere Quinto Sereno Sammonico, citato dallo stesso Macrobio nei passi precedenti.

²²⁰ Si veda *infra*, p. 105.

²²¹ Il passo è riportato anche da Hor. *Sat.* 2,2,31 *unde datum sentis, lupus hic Tiberinus an alto / captus hiet? pontisne inter iactatus an amnis / ostia sub Tusci? laudas, insane, trilibrem / mullum, in singula quem minuas pulmenta necesse est*. «Ma da dove ti è dato capire se questo qui che sta a bocca aperta è un lupo del Tevere o è stato pescato in alto mare? Se fra i due ponti, sbattuto dai vortico, o presso la foce del fiume etrusco? Esalti, sciocco che sei, la triglia di tre libbre, che poi sei costretto a servire divisa un pezzetto ciascuno». Trad. a cura di M. LABATE, *Satire*, Milano, 1981, 213-215. Per una panoramica sulle abitudini alimentari degli antichi, si veda I. FARGNOLI, *I piaceri della tavola a*

In particolare, Macrobio riporta in queste righe del quindicesimo paragrafo la *suasio* pronunciata da Caio Tizio a favore della *Lex Fannia sumptuaria*, la cui presunta datazione può essere collocata intorno al 161 a.C.²²², dedicata al contenimento e alla limitazione del lusso nell'antica Roma.

Il contesto in cui compare il riferimento al *litem suam facere* è molto particolare: un commensale, parlando del *lupus*, inizia a discutere sulle abitudini degli antichi. Il passo in questione tratta dei «ricchi fannulloni, destinati tra l'altro ad essere giudici»²²³.

L'oratore nel passo descrive lo stato di dissolutezza e i comportamenti moralmente riprovevoli che giustificavano l'intervento legislativo, concentrando l'attenzione sulle pratiche e le consuetudini dei giudici romani impegnati nel gioco dei dadi e circondati da meretrici. Tuttavia, per evitare di incorrere nel *litem suam facere*, i giudici si recavano nel foro dopo che, allo scoccare della decima ora del giorno²²⁴,

*Roma antica. Tra alimentazione e diritto*², Torino, 2021, *passim*. In particolare, su Macrobio e il suo contributo in merito alle abitudini alimentari si veda 158 ss.

²²² Così riporta F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 5; F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 235; R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 176; si discosta, invece, A. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., 159 in cui afferma che la *Lex Fannia* «in base ad altre testimonianze circa il periodo in cui l'oratore visse nonché ad una più accettabile ambientazione della testimonianza stessa, potrebbe ritenersi di qualche decennio posteriore, venendo a cadere in epoca successiva alla *lex Aebutia*, nel periodo postgraccano di minore fiducia nei confronti dei giudici specie in funzione delle lotte politiche per la composizione delle giurie giudicanti nei processi di *quaestiones*». L'esistenza della legge è, inoltre, testimoniata da Gell. *Noct. Att.* 2,24,3: *Sed post id senatum consultum lex Fannia lata est, quae ludis Romanis, item ludis plebeis et Saturnalibus et aliis quibusdam diebus in singulos dies centenos aeris insumi concessit decemque aliis diebus in singulis mensibus tricenos, ceteris autem diebus omnibus denos*. «Successivamente a questo senatoconsulto fu promulgata la legge Fannia, che concedeva durante i Ludi romani nonché i Ludi plebei e i Saturnali e in alcuni altri giorni festivi una spesa giornaliera di cento assi; per altri dieci giorni il mese, trenta assi; per tutti gli altri giorni, dieci assi alla volta». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., I, 313. Sulla *Lex Fannia sumptuaria* cfr. C. VENTURINI, *Leges sumptuariae*, in *Index*, 32, 2004, 360 ss.; I. FARGNOLI, *I piaceri della tavola*, cit., 161 ss.

²²³Cfr. F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 5.

²²⁴ L'osservazione di Guarino merita di essere riportata: «Da notare che di ciò che avveniva nel *comitium* e nel foro, quanto meno in relazione alla attività legislativa, essi si tenevano, peraltro, assiduamente informati mediante uno schiavo a ciò deputato. Il che implica che erano pronti ad accorrervi, se necessario, anche prima dell'ora decima». A. GUARINO, *Praesenti litem addicito*, in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 124 nt. 22. Inoltre, il riferimento all'ora decima deve essere collegata a *XII XII tab.* 1,9 che testimonia il termine ultimo per pronunciare la sentenza: il momento del tramonto del sole, intorno a dodicesima ora. Da questa indicazione parte della dottrina

avevano mandato un servo a informarsi su quanto stesse effettivamente accadendo in giudizio. Volevano essere informati su chi avesse votato favorevolmente e chi contrario, quale tribù fosse stata chiamata ad esprimere un giudizio e quale fosse stato l'esito.

Questo passo è singolare per diversi motivi: da un lato, perché i *Saturnalia* sono un'opera che comprende anche dialoghi con riferimenti a epoche antiche²²⁵; dall'altro lato, perché il contesto in cui è inserito il sintagma di nostro interesse suscita perplessità, essendo una dissertazione sulle abitudini, in particolare alimentari, degli antichi benestanti.

La circostanza significativa è che il comportamento illecito del giudice, tale da farlo incorrere nella responsabilità del *litem suam facere*, consiste nella sua assenza in tribunale²²⁶.

1.2. INTERPRETAZIONE DEL TESTO

Sull'attendibilità di questo passo e sull'utilizzo del sintagma da parte di Macrobio, vi sono diverse opinioni in dottrina.

Un primo orientamento sostiene che l'oratore abbia riportato fedelmente quanto accadeva nel II sec. a. C.: il giudice incorreva in responsabilità se non si fosse presentato in giudizio, comportamento stigmatizzato dalla società. Dall'analisi del

ha interpretato il testo riferito al processo per *legis actiones* e non al processo formulare e al *litem suam facere*. In tal senso si veda M. GIUSTO, *Per una storia*, cit., 396 ss.

²²⁵ I profili problematici sono due: il primo riguarda l'attendibilità di un autore di V sec. d.C. rispetto a leggi e orazioni avvenute nel II a.C.; il secondo riguarda il riferimento a *iudices*. Secondo parte della dottrina, infatti, il termine *iudices* non si riferirebbe al giudice privato ma ad un collegio di giudici come sostenuto J.M. KELLY, *Studies in the civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, 1976, 106 ss. Altri, invece, pensano sia riferito al *iudex privatus*. In tal senso R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 180, n. 36. Altra dottrina ancora ritiene che *iudices*, essendo termine ampio, voglia intendere qualsiasi organo giudicante. Così F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 46, n. 61.

²²⁶ «La condotta illecita è pertanto connotata in termini di astensione dal compimento di obblighi procedurali riconducibili alla mancata pronuncia della sentenza, la cui perseguibilità era comune ad entrambi i sistemi processuali precedenti alla *cognitio* [...]». R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 177.

passo, d'Ors avverte che nulla esclude che l'organo giudicante potesse essere ritenuto responsabile anche nel caso in cui fosse stato assente nel giorno fissato per la discussione della causa²²⁷.

Dalle pagine dello studioso sembrerebbe che il significato attribuito a *litem suam facere* non sia altro che quello contemporaneo alla *suasio* pronunciata da Caio Tizio a favore della *Lex Fannia*. Egli sostiene che «evidentemente, ese juez borracho, aunque diera una sententia injusta no incurría en el *litem suam facere*, sino sólo si no acudía al Foro para darla»²²⁸.

Sembrerebbe, infatti, che l'espressione *litem suam facere* indicasse una responsabilità per un'infrazione procedurale: se il giudice non si fosse presentato (quindi fosse stato assente) sarebbe stato responsabile. Per evitare l'applicazione della sanzione del *litem suam facere*, avrebbe dovuto semplicemente presentarsi. In caso di sentenza ingiusta, non avrebbe corso alcun rischio: il *litem suam facere* riguardava solo le violazioni formali, non quelle sostanziali.

Tuttavia, un altro orientamento ritiene che la fonte non sia assolutamente attendibile, sia riguardo al contenuto del testo, sia per quanto riguarda il significato da attribuire al sintagma in esame.

Tra la schiera di sostenitori di questa corrente si annoverano De Martino²²⁹ e Guarino²³⁰. Il primo studioso ritiene difficile considerare il testo veritiero, poiché l'uso dell'espressione *litem suam facere* e la fonte da cui attingeva Macrobio non sono considerati affidabili²³¹.

²²⁷ In tal senso anche Lamberti: «Non è da escludere neppure la possibilità che già nel 161 a.C. si parlasse di *litem suam facere* in caso di assenza del giudice nel giorno fissato per la discussione della controversia». F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 236.

²²⁸ A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 374.

²²⁹ Cfr. F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 6.

²³⁰ «Certo è, a mio parere, che il brano di Macrobio vale ben poco, sia al fine di stabilire quando sia stata introdotta la regola del *meridies*, sia al fine di identificare con sufficiente approssimazione tecnica il delitto (o quasi delitto) del *litem suam facere*». A. GUARINO, *Praesenti litem addicito*, cit., 125.

²³¹ Cfr. F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 7. Lo studioso sostiene che Macrobio aveva attinto informazioni per la stesura della sua opera da una compilazione disordinata, dalla quale non era

Il secondo studioso argomenta che l'elemento di disturbo della fonte risieda nel fatto che il contesto in cui Macrobio utilizza l'espressione non faccia riferimento alla responsabilità, tema di secondo piano, ma riguardi argomenti diversi e distanti dal tecnicismo giuridico²³².

A mio avviso, in accordo con la dottrina spagnola, Macrobio ha inteso riportare un significato di *litem suam facere* in termini di assenza nel giudizio.

1.3. IL SIGNIFICATO DI *LITEM SUAM FACERE* IN MACROBIO

In *Macr. Sat.* 3,15,16 vengono descritti, con dovizia di particolari, i comportamenti tipici dei ricchi romani che, nella loro qualità di giudici privati, volevano evitare la responsabilità: presentarsi in udienza e rispettare le formalità prescritte.

Questa interpretazione trova sostegno nel paragrafo immediatamente successivo:

Macr. Sat. 3,16,16

*Veniunt in comitium, tristes iubent dicere. Quorum negotium est narrant, iudex testes poscit, ipse ut minctum. Ubi redit, ait se omnia audivisse, tabulas poscit, litteras inspicit: vix prae vino sustinet palpebras. Eunt in consilium. Ibi haec oratio: 'Quid mihi negotii est cum istis nugatoribus. Quin potius potamus mulsum mixtum vino Graeco, edimus urdu pinguem bonumque piscem, lupum germanum qui inter duos pontes captus fuit?'*²³³.

possibile trarre argomentazioni chiare e attribuibili a un solo autore. Ad esempio, la stessa *suasio* di C. Tizio è oscura: il testo, infatti, era passato di mano in mano e anche l'espressione ivi contenuta (*litem suam facere*) può darsi non fosse stata pronunciata da Tizio.

²³² A. GUARINO, *Praesenti litem addicito*, cit., 125 ss.

²³³ *Mac. Sat.* 3,16,16 «Giungono all'assemblea, con aria afflitta aprono il dibattito. Le parti espongono la questione, il giudice chiama i testimoni, e lui... va ad orinare. Quando torna dice di aver ascoltato tutto, chiede gli atti, esamina i documenti: fa fatica, per il vino, a tenere gli occhi aperti. Si passa a deliberare. Ecco la conversazione a questo punto: 'Che interesse ho io nella questione di questi scemi?'

Macrobio descrive cosa succede una volta che i giudici ubriachi si presentano in udienza per evitare di far propria la lite. In questo caso, non solo li appella come *tristes*, ma descrive la loro condotta: i giudici sono distratti a causa del vino e si allontanano per svolgere le loro funzioni vitali (l'utilizzo del verbo *mingo* è esplicativo). Al momento della deliberazione i giudici si chiedono quale sia il loro interesse nella questione e si domandano perché non stanno bevendo vino greco con miele e non stanno mangiando la prelibata spigola.

Dal racconto di Caio Tizio sembra emergere che i giudici, anche se non avessero ascoltato nulla e anche nel caso si fossero temporaneamente allontanati per urinare o avessero sonnecchiato in udienza, non avrebbero fatto propria la lite e non sarebbero stati responsabili se avessero emesso una sentenza. La condotta sancita nel §16 non descrive il patologico caso di *litem suam facere*, ma la fisiologica condotta dei giudici che si presentano in udienza e che adempiono al loro dovere: decidere in qualche modo la causa. La principale formalità processuale richiesta al *iudex*, infatti, consiste nel recarsi fisicamente in giudizio e presenziare in causa. In base alla lettura di XII *tab.* 2,2 sembra potersi individuare il fisiologico caso in cui il giudice adempie alle incombenze richieste dal suo *officium* presentandosi e decidendo, poiché non dispone di valide *excusationes* per poter evitare la responsabilità.

Il paragrafo precedente (Macr. *Sat.* 3,16,15) invece, anche visivamente, prende in considerazione in modo esplicito l'andamento patologico del comportamento del giudice: quando non si presenta in udienza fa propria la lite (*rectius*, quando non decide la causa).

Da questa interpretazione, pertanto, sembrerebbe delinearsi una responsabilità nel caso di assenza ingiustificata del giudice, ovvero nel caso di violazione di una formalità processuale: non importava lo stato fisico del giudice (se ubriaco, ad

Perché non beviamo piuttosto una miscela di vino greco e miele, mangiamo un tordo bello grasso e un buon pesce, magari una spigola genuina pescata tra i due ponti?». Trad. a cura di N. MARINONE, *I Saturnali di Macrobio Teodosio*, cit., 437.

esempio), ma interessava che si presentasse e presiedesse il giudizio indipendentemente da come avrebbe deciso la causa. Dal giudice, infatti, non ci si poteva aspettare una sentenza ‘giusta’, ma solo una sentenza.

A mio giudizio, il comportamento descritto è analogo a quello menzionato dalle XII Tavole: solo in presenza di giustificati motivi (l’ubriachezza e l’impegno con meretrici non rientravano tra questi), il giudice avrebbe potuto astenersi dal suo *officium* e posticipare ad altro giorno l’udienza. In caso di assenza ingiustificata, il giudice avrebbe dovuto rispondere delle proprie azioni.

Litem suam facere in Macr. *Sat.* 3,16,15 individua un comportamento riprovevole del giudice: egli è considerato responsabile e fa sua la lite se non si presenta in tribunale.

2. GELL. NOCT. ATT. 10,1,4-5

2.1. IL SIGNIFICATO DEL TESTO

Litem suam facere nelle Notti Attiche di Gellio compare una sola volta e s’iscrive in un contesto dal quale emerge una significativa complessità interpretativa:

Gell. *Noct. Att.* 10,1,4-5

*Ad haec ego rescripsi nihil amplius quam verba M. Varronis, hominis, opinor, quam fuit Claudius cum Coelio doctioris, quibus verbis utrumque, de quo ad me scripserat, decideretur; nam et Varro satis aperte, quid dici oporteret, edocuit, et ego adversus eum, qui doctus esse dicebatur, litem meam facere absens nolui*²³⁴.

²³⁴Gell. *Noct. Att.* 10,1,4-5 «A queste osservazioni io replicai semplicemente con le parole di Marco Varrone, uno studioso più erudito – direi – di Claudio e Celio messi insieme, perché fossero le sue parole a decidere su entrambe le questioni che quello mi aveva sottoposto; così se da un lato era Varrone a insegnare con la massima chiarezza come si deve dire, dall’altro io evitavo di fare,

Gellio, nel raccontare di una discussione (*lis*) tra eruditi riguardo al significato delle parole *tertium* e *tertio*, si trova nel mezzo di una questione grammaticale che verteva sul corretto suffisso in *-um* o in *-o* dell'indicazione numerica delle volte che si era ricoperta una carica politica²³⁵. In tale occasione Aulo Gellio, coinvolto personalmente nella diatriba menziona il parere di Varrone²³⁶ per avvalorare la sua posizione. Egli afferma di non voler contraddire Varrone, considerato un massimo esperto in materia grammaticale, e di non voler (*nolui*) *litem suam facere* in quanto *absens*.

Aulo Gellio è una fonte preziosa ai fini della presente ricerca poiché, oltre ad essere coinvolto in questa disputa grammaticale, aveva ricoperto la funzione di giudice privato.

In altre occasioni Gellio ha fornito indicazioni di quali fossero ai suoi tempi i comportamenti illeciti dei giudici. È quindi necessario comprendere cosa si intenda per *litem suam facere* nel passo preso in considerazione²³⁷.

È di aiuto, a tal fine, l'analisi di altri passaggi della medesima opera.

Gell. *Noct. Att.* 14,2,8

*[...] ex quibus omnibus si nulla re probaretur, dimitti iam se oportere et adversarium de calumnia damnari; quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus*²³⁸.

sottraendomi al confronto con una persona ritenuta colta, la figura del giudice che manca al suo dovere». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., II, 735-737.

²³⁵ «Gellio, nel descrivere la contesa con l'amico lontano quasi come una controversia giudiziale, fatta di citazioni di eruditi anziché di giuristi, utilizza la figura tecnico-giuridica del *litem suam facere*». F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 241.

²³⁶ La tesi di Varrone sosteneva che era il suffisso *-um* ad essere corretto.

²³⁷ Gellio tratta in modo specifico dell'*officium iudicis*. Infatti, vi dedica il cap. 14,2 rubricato *quem in modum disserverit Favorinus consultus a me super officio iudicis*.

²³⁸ Gell. *Noct. Att.* 14,2,8 «se non si fosse prodotto la prova in nessuno di questi modi, lui avrebbe dovuto essere prosciolto e l'avversario condannato per calunnia; quanto alle dicerie sulla vita e le azioni dell'uno e dell'altro, erano chiacchiere perfettamente inutili, visto che si trattava di una

Gellio riporta l'opinione di Favorino, secondo il quale il convenuto non sarebbe stato condannato se le accuse nei suoi confronti non fossero state provate in processo. Questo suggerisce che il giudice non avrebbe dovuto basare il suo giudizio né su impressioni personali, né sulla *communis opinio*²³⁹.

In tal senso viene letto anche il seguente paragrafo:

Gell. *Noct. Att.* 14,2,17

*Praeter haec super ea quoque re dissentitur, an ex usu exque officio sit iudicis rem causamque de qua cognoscit interlocutionibus suis ita exprimere consignareque ut ante sententiae tempus ex his quae apud eum in praesens confuse varieque dicuntur, proinde ut quoquo in loco ac tempore movetur, signa et indicia faciat motus atque sensus sui*²⁴⁰.

Nel passo di Gellio si manifesta il dissenso di Favorino riguardo all'eventuale utilizzo da parte del giudice di valutazioni personali nel processo decisionale.

Queste osservazioni hanno portato una parte della dottrina a individuare un certo significato di *litem suam facere* nelle *Noctes Atticae*: in *Noct. Att.* 10,1,4-5, il giudice

questione di denaro dibattuta davanti a un giudice privato e non di moralità davanti ai censori». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., II, 1043.

²³⁹ Allo stesso modo anche Gell. *Noct. Att.* 14,2,22-23 *In hac autem causa de qua tu ambagis, optimus est qui petit, unde petitur deterrimus, et res est inter duos acta sine testibus. Eas igitur et credas ei qui petit condemnesque eum de quo petitur, quoniam, sicuti dicis, duo pares non sunt et qui petit melior est.* «Ora, nella causa che ti intriga il reclamante è onestissimo, il convenuto è una canaglia e il dibattimento si è svolto senza ricorso a testimoni. Va' tranquillo: puoi dar ragione al reclamante e condannare il convenuto, visto che, a quanto mi dici, i due non sono alla pari e il reclamante è più onesto». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., II, 1047.

²⁴⁰ Gell. *Noct. Att.* 14,2,17 «A quanto pare, c'è dissenso anche su un altro punto: se sia conforme alla consuetudine e al dovere del giudice interpretare e determinare con propri interventi la questione e la causa che sta curando; col pericolo che ancor prima della sentenza, egli lasci trasparire sintomi e indizi di emozioni proprie e d'un proprio atteggiamento, in seguito alle reazioni da lui manifestate in ogni singola occasione e circostanza di fronte alle dichiarazioni confuse e divergenti rese sul momento davanti a lui». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., II, 1045.

viene descritto come colui che fa propria la lite se basa la decisione sulle proprie convinzioni personali²⁴¹.

Tuttavia, un simile significato potrebbe apparire poco sostenibile, poiché in altri passaggi dell'opera Gellio, nella sua veste di *iudex privatus*, non si occupa minimamente di tale questione:

Gell. *Noct. Att.* 14,2,25

*Sed maius ego altiusque id esse existimavi quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer, ut absolverem tamen, inducere in animum non quivi et propterea iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum*²⁴².

Basandosi sulla sua esperienza diretta nel ruolo di giudice, Gellio non sembra mostrare preoccupazione per il rischio di *litem suam facere*.

Piuttosto, egli descrive le situazioni in cui il giudice avrebbe potuto decidere di astenersi dal pronunciare una sentenza, ipotizzando ciò in relazione all'età o alla mediocrità della persona del giudicante.

Gellio, in considerazione della sua giovane età e della conseguente incertezza nel formulare un giudizio basato esclusivamente sulla moralità dei litiganti, riconosce la necessità di affidarsi a prove concrete e tangibili per risolvere la questione legale in oggetto. Egli ritiene che la sua giovinezza possa compromettere la capacità di discernimento e aumentare il rischio di errore nel giudizio. Pertanto, egli sostiene che

²⁴¹ C. VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell'età classica*, cit., 462 s.

²⁴² Per comodità espositiva riporto anche qui la traduzione già presente a p. 67, nt. 156: Gell. *Noct. Att.* 14,2,25 «Io però ritenni troppo impegnativo e ambizioso, per uno della mia età e della mia modesta levatura, farmi vedere a giudicare e su basi morali anziché su prove di fatto; e d'altra parte non mi sapevo risolvere per l'assoluzione, sicché dichiarai sotto giuramento che la causa non mi era decifrabile, e così mi tirai fuori da quell'impegno giudiziale». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., II, 1047.

sia imperativo disporre di evidenze materiali che possano corroborare le argomentazioni delle parti coinvolte, al fine di emettere un verdetto fondata su basi solidamente probatorie.

In altri termini, Gellio sottolinea che, quando un giudice, per ragioni anagrafiche o per una limitata perspicacia, si trova nell'impossibilità di pronunciare una sentenza definitiva, ha la facoltà di *non liquere*, liberandosi così dall'onere di decidere nel merito della controversia evitando di basare la decisione su impressioni personali prive di fondamento probatorio.

Gell. *Noct. Att.* 14,2,26

*Verba ex oratione M. Catonis, cuius commemorat Favorinus, haec sunt: 'Atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent uti testes non interessent, illi unde petitur, ei potius credendum esse. Nunc si sponsionem fecisset Gellius quam Turius, nemo, opinor, tam insanus esset qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium: si non melior Gellius est Turio, potius oporteret credi unde petitur'*²⁴³.

Gellio prosegue narrando un episodio della sua carriera giudiziaria in cui fu chiamato a decidere una questione controversa. Da un lato, l'attore, benché un uomo onesto, non disponeva di prove schiaccianti a sostegno della sua domanda; dall'altro lato, il convenuto, nonostante la sua dubbia reputazione, domandava l'assoluzione.

²⁴³ Gell. *Noct. Att.* 14,2,26 «Ecco il testo del passo di Marco Catone citato da Favorino: 'E io dagli antenati ho ricevuto questo insegnamento: se uno reclama qualcosa da un altro e sono tutt'e due alla pari, onesti o disonesti, avendo i due prodotto la causa senza partecipazione di testimoni, si deve di preferenza dar credito al convenuto. Ora, se Gellio e Turio si fossero impegnati "col patto che Gellio non fosse migliore di Turio", nessuno mi pare sarebbe così pazzo da giudicare che Gellio è migliore di Turio: se Gellio non è migliore di Turio, è preferibile credere al convenuto». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., II, 1047.

In tale contesto di incertezza, Gellio si rivolse al filosofo Favorino per ottenere consiglio. Quest'ultimo suggerì di seguire le direttive di Catone: quando mancano prove sufficienti per risolvere la controversia, la decisione dovrebbe essere favorevole alla parte moralmente superiore.

Se entrambe le parti coinvolte sono considerate ugualmente oneste o disoneste, allora la ragione dovrebbe essere a favore del convenuto. Tuttavia, non soddisfatto della risposta, scelse di *non liquere* e di rinunciare al *munus*.

In quanto giudice privato, Gellio non mostra preoccupazione per il problema del *litem suam facere* nel senso sopra descritto di parzialità nel giudizio: infatti, si concentra sulla possibilità di *non liquere* e di essere esonerato da qualsiasi responsabilità. Non sembra che per l'erudito il 'fare propria la lite' assumesse il significato di decidere una causa sulle proprie opinioni personali senza evidenze probatorie. Il convincimento del giudice avrebbe dovuto formarsi sulle prove presentate dalle parti.

Appare più probabile che, secondo questa narrazione, l'espressione *rem sibi non liquere* fosse utilizzata dai giudici come giustificazione per non emettere sentenza, obbligo da ottemperare per evitare di incorrere nella responsabilità del *litem suam facere*²⁴⁴.

²⁴⁴ Una tale lettura porta necessariamente a domandarsi se mai un tale strumento sia stato abusato per evitare di incorrere in responsabilità. Si veda, per una lettura d'insieme del capitolo 2 del libro 14 delle Notti Attiche anche D. DURSI, *Viva vox. Qualche riflessione intorno a Marc. 1 inst. D. 1,1,8*, in *BIDR*, 111, 2017, 202 ss. Inoltre, sembra possibile considerare che anche Paolo pare concordare con questa interpretazione e sollevare i medesimi dubbi: D. 42,1,36 (*Paul. XVII ad ed.*) *Pomponius libro trigesimo septimo ad edictum scribit, si uni ex pluribus iudicibus de liberali causa cognoscenti de re non liqueat, ceteri autem consentiant, si is iuraverit sibi non liquere, eo quiescente ceteros, qui consentiant, sententiam proferre, quia, etsi dissentiret, plurium sententia optineret*. «Nel libro trentasettesimo sull'Editto Pomponio scrive: nel caso che uno fra più giudici, facendo cognizione di una causa riguardante la libertà, non gli appaia chiara la cosa, e gli altri invece siano d'accordo, se egli giuri che a lui non appare chiara, anche tacendo gli altri, i rimanenti che sono d'accordo possono profferire la sentenza, perché malgrado il di lui dissenso, la sentenza della maggioranza avrebbe effetto». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 3038.

La conseguenza derivante dal fatto che il giudice incaricato decidesse di *non liquere* sembrerebbe essere il trasferimento del procedimento in capo a un altro *iudex*²⁴⁵.

Al fine di delineare un significato di *litem suam facere*, la dottrina²⁴⁶ ha individuato questo significato in *Noct. Att.* 10,1,4-5: incorre nel *litem suam facere* il giudice che non emette alcuna sentenza.

Questa interpretazione del sintagma ci è stata fornita da d'Ors²⁴⁷, il quale sosteneva che Gellio avesse partecipato alla discussione grammaticale per non risultare *absens* – termine, quindi, riferito a Gellio stesso – e quindi evitare di commettere *litem suam facere*, come avrebbe fatto un giudice che non si fosse presentato in giudizio²⁴⁸.

I termini utilizzati dall'erudito forniscono indizi che confermano l'interpretazione che Caio Tizio attribuiva a *litem suam facere* nel II sec. a.C.: il giudice fa sua la lite se rimane assente. Lo stesso significato emerge nelle parole dell'antichista: Gellio, *iudex privatus*, sapeva di incorrere in *litem suam facere* se avesse scelto di non presentarsi in giudizio e di rimanere *absens*.

Sebbene sia vero che l'interpretazione di *absens* sembri indicare una condizione di lontananza fisica, si potrebbe ipotizzare che il passo possa essere letto nel modo seguente: Gellio, conscio dell'enorme erudizione e cultura di Varrone, preferisce astenersi dal prendere parte alla discussione, presagendo che quest'ultimo abbia sicuramente ragione. Pertanto, pur rimanendo in disparte, Gellio vuole evitare di fare propria la lite.

²⁴⁵ In tema di *non liquet* si veda quanto riferito da J. PARICIO, *Iurare sibi non liquere*, in *Atti del III seminario romanistico grdesano. Promosso dall'istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti dell'antichità. 22-25 ottobre 1985*, Milano, 1988, 411-422.

²⁴⁶ *Ex multis*, cfr. F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 50 ss.

²⁴⁷ «Aulo Gellio [...] no quiso absentarse de dar juicio por no incurrir en el *litem suam facere* en que incurre el juez que se "ausenta" y no da sentencia, cuando ha sido requerido para hacerlo: *litem meam facere absens nolui*». A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 372.

²⁴⁸ Vedi anche A. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., 161-162 nt. 25 «Aul. Gell. *Noct. Att.* 10,1,4-5, il quale dice di non aver voluto, restando assente, «*litem suam facere*» a proposito di una controversia tra eruditi (*litem meam facere absens nolui*), il che può essere inteso nel senso di non aver voluto entrare nella stessa per timore di lasciarsi personalmente coinvolgere, ma anche [...] di non aver voluto addossarsi la responsabilità di restare al di fuori della controversia medesima, il che adombrerebbe ancora il significato tecnico-giuridico dell'espressione».

L'erudito sembra confermare che, se si rimane assenti si fa propria la lite, ma adduce in quest'ipotesi come giustificazione il ruolo di Varrone: non può discutere con un uomo di così alta levatura intellettuale. Per questo motivo, nonostante l'assenza, Gellio non vuole *litem suam facere* a causa dell'autorevolezza di Varrone che, in un qualche modo, giustifica tale astensione dal giudizio.

Tuttavia, questa interpretazione non ha convinto pienamente la dottrina. Infatti, se si analizzano le conseguenze nel caso in cui Gellio fosse rimasto in silenzio (*absens*) e quindi non avesse partecipato alla discussione, si potrebbe notare che l'unico effetto sarebbe stata la 'vittoria a tavolino' degli avversari (in questo caso, Claudio e Celio) che avrebbero potuto orgogliosamente sostenere senza opposizione la correttezza del suffisso *-o* in luogo del suffisso *-um*. Le parti 'processuali' non erano Gellio e Varrone, bensì Gellio e il suo interlocutore.

Pertanto, sembrerebbe più corretto ritenere che il significato attribuito a *litem suam facere* da Gellio in *Noct. Att.* 10,1,4-5 sia nel senso di evitare di contraddire l'illustre e più sapiente grammatico e di avviare una discussione (*lis*) con lui. L'uso dei termini *absens* e *litem suam facere* dimostra la conoscenza di Gellio della fattispecie che, abilmente, trasla in un significato a-tecnico (dove *lis* indica una discussione), pur mantenendo le medesime parole.

In questo contesto, il riferimento sembra essere simile al significato attribuito alla locuzione da Cicerone. Nel *de orat.* 2,75,305²⁴⁹ *litem suam facere* assume una

²⁴⁹ Cic. *de orat.* 2,75,305: *Quid, si, quae vitia aut incommoda sunt in aliquo iudice uno aut pluribus, ea tu in adversariis exprobrando non intellegas te in iudices invehi, mediocre peccatum est? Quid, si, cum pro altero dicas, litem tuam facias aut laesus efferare iracundia, causam relinquis, nihilne noceas? In quo ego, non quo libenter male audiam, sed quia causam non libenter relinquo, nimium patiens et lentus existimor; ut, cum te ipsum, Sulpici, obiurgabam, quod ministratorem peteres, non adversarium; ex quo etiam illud adsequor, ut, si quis mihi male dicat, petulans aut plane insanus esse videatur.* «Non sai che commetti un grosso errore se rimproveri ai tuoi avversari dei vizi o difetti che essi hanno in comune con uno o più dei giudici, senza accorgerti che in questo modo ti scagli contro i giudici? Credi di non rovinare la causa se, parlando in difesa di un cliente, dai al dibattito un tono personale e, offeso dall'avversario, ti scagli violentemente contro di lui e perdi di vista la causa? In casi del genere, io sono ritenuto troppo paziente e tollerante; ma questo avviene non perché a me piace sentir parlar male di me, ma perché sono restio ad abbandonare la causa, come quando, o Sulpicio, io ti rimproveravo perché tu te la prendevi con il procuratore e non con l'avversario. Il mio contegno però mi procura questo guadagno: se qualcuno mi offende, fa la figura di essere un insolente o un

pazzo». Trad. a cura di G. NORCIO, *Opere retoriche*, cit., 414-415. In questo passo l'Arpinate descrive le sconvenienti condotte tenute dal difensore il quale si lasciava coinvolgere emotivamente nella causa, tanto da scontrarsi con i giudici e, addirittura, *in extremis*, ad abbandonare la controversia. Egli indica questo comportamento proprio con l'espressione *litem suam facere*. Il punto da chiarire è l'uso che fa Cicerone e il significato che egli attribuisce all'espressione. Le ipotesi in dottrina, anche in tal caso, non convergono in un'unica direzione. Un primo indirizzo ritiene che il richiamo a questa espressione da parte di Cicerone sia in realtà un collegamento fatto dall'oratore per ingenerare nei lettori dell'epoca una precisa idea. Infatti, poiché il pubblico di riferimento conosceva il sistema giuridico del tempo, tramite la metafora proposta i giovani discenti avrebbero subito compreso la situazione in cui si sarebbe venuto a trovare un procuratore che, alla stregua di un giudice troppo coinvolto nella lite da dirimere, avesse un interesse proprio nella controversia. Infatti «Here the sense is that behaving as though one were one of the parties to the suit, i.e. failing to preserve some detachment *vis-à-vis* one's client's care», J.M. KELLY, *Roman Litigation*, cit., 106. Un altro indirizzo (A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 371), invece, sostiene che in quest'opera Cicerone stava utilizzando l'espressione in senso a-tecnico al fine puramente retorico di avvalorare la sua descrizione. In tale contesto, pertanto, *lis* andrebbe ad indicare un generico litigio, una controversia che non sfocia in processo. Secondo F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 239-240, l'oratore avrebbe efficacemente «utilizzato l'espressione in via traslata, riferendola al *patronus* invece che al *iudex*». Inoltre, la studiosa propone un'ulteriore lettura del passo: l'ipotesi di fare propria la lite si configuri anche nel caso di abbandono della causa: questa eventualità sembrerebbe riconducibile al caso in cui il giudice fosse responsabile «per mancata prosecuzione del processo». Problematica è apparsa anche l'interpretazione del testo: infatti, pare che fossero descritti due comportamenti definiti dalla dottrina (così si sono espressi F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 240 e R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 160) alternativi e antitetici: il primo consiste nel considerare la controversia come un fatto personale; il secondo, invece, si configurerebbe come un cedimento alle provocazioni dell'avversario, abbandonando la causa. Infatti, nel testo è utilizzata la disgiuntiva *aut* con cui contrappone da un lato il *litem tuam facias*, dall'altro il *laesus efferare iracundia, causam reliquas*. Sul sintagma *causam reliquas* è opportuno prendere in considerazione l'intero linguaggio ciceroniano: pare, infatti, che tale riferimento fosse tecnico. *Causa*, infatti, per l'Arpinate assume sempre l'accezione tecnico-processuale. Si veda, ad esempio Cic. *Cluent.* 13,39: *Itaque rem cum Oppianico transigit, pecuniam ab eo accipit, causam et susceptam et tam manifesta relinquit*. «E così si mette d'accordo con Oppianico, intasca una bella somma di denaro e dichiara il non luogo a procedere in una causa, oltre che già avviata, anche dall'esito scontato». Trad. a cura di G. BELLARDI, *Le orazioni*, cit., 369; e Cic. *Flacc.* 50: *Q. Naso, vir ornatissimus, qui praetor fuerat, iudex sumitur. Qui cum sententiam secundum Plotium se dicturum ostenderet, ab eo iudice abiit et, quod iudicium lege non erat, causam totam relinquit*. «A giudicare la vertenza viene scelto un cittadino assai ragguardevole nonché ex pretore, Q. Nasone. Poiché, però, questi faceva capire che si sarebbe pronunciato in favore di Plozio, Eraclide rifiutò il suo arbitrato e, poiché l'azione non era stata avviata in forza di una legge, lasciò completamente perdere la questione». Trad. a cura di G. BELLARDI, *Le orazioni*, cit., 1079. È da segnalare che non sempre il sostantivo *causa* è tecnico in Cicerone (già nella stessa *Cluent.* 39,108). Nel caso di specie, però, è da ritenerlo tale. Da questa breve considerazione, potrebbe trovare spazio anche l'argomentazione secondo la quale poiché *causa reliquas* è termine tecnico-processuale, potrebbe allo stesso modo aver utilizzato *litem suam facere*. A militare per l'uso non tecnico dell'espressione nel riferito passo ciceroniano è la volontà di vedere nell'utilizzo di quest'ultima la necessità di accattivarsi la giuria lasciando che la controparte *mihi male dicat* così che *pletulans aut plane insanus esse videtur*. Da questa interpretazione risulterebbe che il *litem suam facere* per Cicerone non era altro che un comportamento caratterizzato dalla mancanza di terzietà e distacco dalla causa del proprio assistito. Anche il contesto sembra confermare questa interpretazione: in *de orat.* 2,75,306 (*In ipsis autem argumentis si quid posueris aut aperte falsum aut ei, quod dixeris dicturusve sis, contrarium aut genere ipso remotum ab usu iudiciorum ac foro, nihilne noceas? Quid multa? Omnis cura mea solet in hoc versari semper—dicam enim saepius—si possim ut boni efficiam aliquid dicendo; sin id minus, ut certe ne quid mali*). «In quanto alle argomentazioni, se avrai affermato

qualcosa che sia apertamente falso o contrario a ciò che hai già detto o dirai o, per la sua stessa natura, estraneo all'uso dei tribunali e del foro, credi forse di non danneggiare la causa? Per concludere: io soglio dirigere tutti i miei sforzi a questo scopo - non mi stancherò di ripeterlo -: a portare, cioè, un qualche aiuto col mio discorso alla causa, se mi è possibile; se non mi è possibile, almeno a non danneggiarla». Trad. a cura di G. NORCIO, *Opere retoriche*, cit. 415.) viene utilizzata la medesima domanda *nihilne noceas* quasi fosse una provocazione per tutti quei comportamenti che permettono un coinvolgimento nella causa. L'intento di Cicerone, quindi, era quello di creare un parallelismo a titolo di esemplificazione per meglio argomentare le sue parole in tema di comportamento illecito ed arbitrario del procuratore troppo coinvolto nella lite, e questo lo si può constatare anche dal riferimento all'organo giudicante fatto all'inizio del passo: *vitia aut incommoda... in aliquo iudice uno aut pluribus*. L'ipotesi che il celebre oratore non conoscesse il valore tecnico-giuridico dell'espressione è molto improbabile, anche alla luce della sua diretta esperienza con i processi e la sua conoscenza del diritto come attestato dalle sue opere, come sostenuto da F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 240. Per di più, non si può propendere per un uso solo a-tecnico del sintagma con fine retorico poiché il *De oratore* è un'opera retorica che è contraddistinta da uno stile certamente raffinato e con molta attenzione ai termini utilizzati. Dalle considerazioni sopra esposte sarebbe possibile avanzare l'ipotesi che l'espressione *litem suam facere* avesse al tempo di Cicerone una valenza tecnica, che indicava il coinvolgimento personale del giudice in una lite e che l'Arpinate utilizzasse nella sua accezione, appunto tecnica, per indicare il comportamento che assume il procuratore quando è trasportato emotivamente in una causa, come avanzato anche da F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 240. È possibile indagare ancora più a fondo l'utilizzo che fa Cicerone della locuzione *litem suam facere* e l'utilità retorica dell'immagine che voleva evocare nei suoi uditori. In effetti, il *De oratore* è opera destinata alla formazione del procuratore e cerca di dare delle indicazioni pratiche per gli aspiranti avvocati. Da questo punto di vista, bisogna cercare di comprendere il significato da attribuire al sintagma che, sicuramente, non voleva indicare il letterale 'fare propria la lite'. Ragionando logicamente, si potrebbe avanzare l'idea che l'utilizzo di questa espressione linguistica non debba riferirsi al comportamento dell'avvocato che si batte per le ragioni del proprio cliente. Un tale parzialità, infatti, è conaturata alla professione dell'avvocato: compito di un legale, infatti, è quello di sostenere le ragioni del proprio assistito. Ma se limitassimo il significato di *litem suam facere* a quel comportamento riprovevole dell'avvocato che, nel processo, persegue un proprio interesse, avremmo dei problemi nel traslare questo significato in capo al *iudex*. Il procuratore, infatti, è logico che persegua anche un suo interesse personale nella causa che si concretizza nella vittoria della parte assistita. Odiernamente, inoltre, l'interesse coincide anche con la necessità di vedersi pagata una parcella e poter, così, guadagnare denaro. Al di là della venalità, aspetto peraltro esistente anche in antichità, come ampiamente dimostrato da L. DE MADDALENA, 'Litis causa malo more pecuniam promittere'. *Sulla contrarietà ai boni mores del 'patto di quota lite'*, Zurich, 2015, *passim*, dal punto di vista squisitamente professionale è possibile affermare che l'interesse dell'avvocato risiede nella vittoria del suo cliente. Ritengo, quindi, che Cicerone stesse qui usando l'espressione in senso atecnico, e, pertanto, alla luce di ciò appare utile interrogarsi su quale fosse il significato che egli attribuiva alla locuzione *litem suam facere*. Pur non ritenendo tale argomentazione dirimente, è opportuno valutare quale fosse la connotazione che l'Arpinate conferiva al termine *lis-litis*. Sarebbe, infatti, che il lemma più che significare «processo», fosse utilizzato con il significato di «litigio privato». Una tale accezione del termine *lis* si riscontra anche in altre opere di Cicerone (Cic. *leg.* 1,53 *ATTICUS: Qui istuc fieri potest L. Gellio mortuo? MARCUS: Quid tandem id ad rem? ATTICUS: Quia me Athenis audire ex Phaedro meo memini, Gellium familiarem tuum, quom pro consule ex praetura in Graeciam uenisset <esset>que Athenis, philosophos, qui tum erant, in locum unum conuocasse ipsisque magno opere auctorem fuisse, ut aliquando controuersiarum aliquem facerent modum. Quodsi essent eo animo ut nollent aetatem in litibus conterere, posse rem conuenire, et simul operam suam illis esse pollicitum, si posset inter eos aliquid conuenire. MARCUS: Ioculare istuc quidem, Pomponi, et a multis saepe derisum. Sed ego plane uellem me arbitrum inter antiquam Academiam et Zenonem datum. ATTICUS: Quo tandem istuc modo? MARCUS: Quia de re una solum dissident, de ceteris mirifice congruunt. ATTICUS: Ain tandem? Una de re est solum dissensio?*

connotazione a-tecnica poiché il suo significato giuridico è stato traslato in un contesto estraneo al diritto.

Invece, un significato a-tecnico e distante dall'accezione attribuita al termine in Macrobio, si riscontra in Sen. *dial.* 12 (11).2.2²⁵⁰.

La testimonianza del filosofo di Cordova è interessante sotto un duplice profilo: da un lato, evidenzia che il sintagma *litem suam facere* era entrato nell'uso comune della lingua; dall'altro lato, invece, rende noto un ulteriore significato della responsabilità del giudice: essa sarebbe sorta anche nel caso in cui il giudice si fosse lasciato influenzare dalle passioni e dall'amicizia che avrebbe potuto nutrire per una parte in causa²⁵¹.

«ATTICO - E come ciò si potrebbe verificare, dopo la morte di L. Gellio? MARCO — Ma in che riguarda questo l'argomento? ATTICO — Mi ricordo d'aver sentito dire ad Atene dal mio Fedro che il tuo amico Gellio, quando venne in Grecia col grado di proconsole dopo la pretura, convocò tutti i filosofi, che si trovavano allora in Atene, in un sol luogo e che insistentemente propose loro di porre una buona volta un qualche limite alle loro polemiche; ché, se avevano intenzione di non passare tutta la loro vita in liti, potevano mettersi d'accordo; ed insieme promise il suo appoggio, se fosse possibile qualche accordo fra di loro. MARCO — È stato certo uno scherzo, questo, Pomponio, che fu spesso per molti oggetto di derisione; eppure, ben vorrei io esser nominato arbitro fra l'antica Accademia e Zenone. ATTICO — Ed in che modo? MARCO - Perché sono discordi su un argomento solo, mentre in tutto il resto vanno meravigliosamente d'accordo. ATTICO — Dici sul serio? è proprio soltanto una la divergenza?». Trad. a cura di L. FERRERO-N. ZORZETTO, *Opere politiche e filosofiche*, cit., 455 s.). Con tale significato, pertanto, il passo analizzato del *De oratore* vorrebbe ammonire i giovani procuratori in formazione che sarebbe stato loro sconveniente litigare in proprio contro l'altra parte del processo e tralasciare la difesa del cliente. In tal modo si originerebbe un diverso litigio che non coinvolge la parte assistita ma solo l'avvocato e controparte.

²⁵⁰ Sen. *dial.* 12 (11).2.2: *Quid cessas? Conqueramur, atque adeo ipse hanc litem meam faciam: iniquissima omnium iudicio Fortuna, adhuc videbaris sinu eum hominem continuisse, qui munere tuo tantam venerationem receperat, ut, quod raro ulli contigit, felicitas eius effugeret invidiam.* «Smetti? Lamentiamoci insieme; anzi farò mia la tua causa: Fortuna, ingiustissima a giudizio di tutti, sinora sembravi avere ininterrottamente privilegiato un uomo, grazie a te oggi oggetto di tanta venerazione, che – fatto rarissimo – la sua felicità sfuggiva all'invidia». Trad. a cura di A. TRAINA, *Le consolazioni*, Milano, 2004, 197.

²⁵¹ Nel passo in esame, Seneca esprime la vicinanza al liberto Polibio per la morte del fratello. Egli «fa sua la causa» partecipando al dolore dell'amico, sebbene sia una situazione che gli è assolutamente estranea e che non colpisce direttamente i suoi affetti. Ritengo di poter affermare che da parte di Seneca, al sintagma *litem meam faciam* viene conferito un valore di «mero giro retorico», volendo esprimere la sua piena partecipazione alla sofferenza per il lutto, manifestando il proprio coinvolgimento personale. In effetti, «fare propria la causa» in tale contesto ha una chiara connotazione tecnica, nel senso di partecipare emotivamente al dolore provato dall'amico e per *lis* non si intende la controversia giudiziaria, neppure un litigio, ma piuttosto un generico affare privato. Tale opinione è quella maggiormente abbracciata dalla dottrina. Infatti, sull'a-tecnicità sono d'accordo la maggior parte degli studiosi (*ex multis*, A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 371; A. BURDESE, *Sulla*

L'analisi delle fonti letterarie, le più antiche delle quali risalgono alla tarda repubblica, sembra confermare che il sintagma abbia avuto una connotazione tecnica, ma che il suo significato sia stato traslato in ambito letterario.

Infatti, sia Cicerone che Seneca lo utilizzano nel significato di mancata neutralità rispetto ad una determinata situazione.

Tuttavia, nel caso di Gellio, si osserva un utilizzo dell'accezione tecnica, poi fatta propria da Macrobio: *litem suam facere* fa espresso riferimento all'assenza ingiustificata dei giudici nella causa.

3. P. ANT. I. 22.

In seguito all'interesse suscitato dall'esame del materiale scrittorio papiraceo e alla significativa spinta della ricerca che ha caratterizzato la prima metà del XX secolo, sono stati rinvenuti, tra la vasta collezione di papiri, alcuni documenti contenenti riferimenti giuridici di notevole interesse. In particolare, la mia attenzione si concentra sul testo di *P.Ant. I, 22 recto*, rinvenuto presso l'antica Antinoopolis (attualmente Cheick Abâda) dalla Egypt Exploration Society nel 1913-1914²⁵².

responsabilità, cit., 162; C. VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell'età classica*, cit., 464). Una particolare visione è anche quella del Burdese che sostiene che la locuzione indicava la parzialità del *iudex* nei diffusi casi di corruzione dei giudici. Sul punto vi sono perplessità poiché la corruzione del giudice (*XII tab. 9.3*) è illecito differente dal *litem suam facere*, come vi sarà modo di constatare nel proseguo della ricerca. È possibile sostenere che «per Seneca, dunque, il *litem suam facere* evoca subito coinvolgimento personale. Ciò ci induce a ritenere che, alla sua epoca, l'illecito si sostanziasse anche (e soprattutto) nel farsi influenzare dall'amicizia, o inimicizia, o da stati passionali». F. LAMBERTI, *Rilessioni*, cit., 240. Pare, infatti, nel leggere la *consolatio* che il «fare propria la causa» faccia riferimento a fare propria la situazione e il dolore che da questa conseguiva.

²⁵² Il ritrovamento di questo foglio di pergamena fu opera dell'archeologo inglese Johnson che diresse gli scavi in questo sito particolarmente complicato e di cui ne traccia una completa cronaca in J. DE M. JOHNSON, *Antinoë and Its Papyri. Excavation by the Graeco-Roman Branch*, 1913-14, in *The journal of Egyptian archaeology*, 1, n. 3, 1914, 168 ss. Ad Antinoopolis lo studioso lamentava la scarsa quantità di papiri dovuta sicuramente alla tarda fondazione della città (ritenuta probabile sotto l'impero di Adriano), nonché alle condizioni climatiche avverse che non hanno consentito la conservazione del materiale scrittorio. Così, infatti, descrive il sito: «Enough papyri of all sorts have

La scoperta riveste un interesse particolare in quanto si tratta di un frammento di giurisprudenza classica, presumibilmente risalente al III o IV secolo d.C.²⁵³, che, a causa della sua frammentarietà e delle abbreviazioni²⁵⁴, ha suscitato ampio dibattito. Nello specifico, l'attenzione per questo papiro è dovuta alla presenza della locuzione *iudicem [...] litem suam fecisse*.

3.1. IL TESTO

Nel testo di *P.Ant. I, 22 recto* al significato di assenza, quale comportamento che integra il *litem suam facere*, si accosta anche quello di errore. Tuttavia, la pergamena risulta di difficile lettura.

La scrittura è di ardua comprensione a causa della difficoltà di distinguere alcune lettere²⁵⁵; ci sono errori ortografici segnalati dai critici, nonché la presenza di diverse abbreviazioni che rendono difficoltoso ricostruire con sicurezza il testo²⁵⁶.

Gli esperti hanno ritenuto, infatti, che a causa di queste imprecisioni, il testo fosse una copia destinata ad un uso didattico o forense, ovvero ad un uso puramente privato. La mano del copista, infatti, non si ritiene professionale²⁵⁷.

been obtained to fill a volume, on which it is hoped shortly to start work. But let it be said that Antinoë has never been a great papyrus site in the same sense as Oxyrhynchus and Hermopolis. Although the whole area seems to have been inhabited from the earlier days of its foundation, only at G did the strata of this period retain the properties which conserve papyri; elsewhere they had coagulated into a hard and concrete-like mass which was fatal to our quest. Of ostraca, which might have survived better in such surroundings, few were obtained». *ibid.*, 179-180.

²⁵³ C. H. ROBERTS, C.H. *The Antinoopolis Papyri*, I, Londra, 1950, 48. L'A. ritiene di collocarlo più probabilmente nel IV sec. d.C. per il formato nel quale è scritto il documento.

²⁵⁴ T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Una revision de pap. Ant. 22 in Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d'Ors*, I, Pamplona, 1987, 557 ss.

²⁵⁵ Ad esempio, Giménez-Candela riporta la difficoltà di distinguere tra loro la lettera *p* e la lettera *r* (*Una revision de Pap. Ant. 22*, cit., 558).

²⁵⁶ Nonostante queste difficoltà, si segnala che la scrittura del documento è di tipo onciale e i caratteri sono piccoli ma ben curati. Sull'utilizzo di questa scrittura, si veda E.M. THOMPSON, *A handbook of greek and latin paleography*, Boston, 1893, 183 ss.

La difficoltà, inoltre, è dovuta anche alla sovrapposizione del *recto* e del *verso* che, su un materiale scrittorio traslucido, comporta la possibile confusione rispetto a ciò che viene indicato nell'uno o nell'altro verso. Inoltre, il reperto presenta anche delle macchie scure dovute o al naturale annerimento del materiale scrittorio, o a macchie di inchiostro.

A seguito della trascrizione del *recto* da parte dell'editore la lettura del papiro è risultata molto più semplice. Riporto la ricostruzione maggiormente utilizzata dalla dottrina:

- 1 ... *pup(ill.) si . e ..o [] obsta-*
- 2 *bit exc(eptio), aut restitutoriu(m)*
- 3 *iud(icium) dabitur. Q(uod) si sciens eu(m)*
- 4 *pupillum esse lit(igaverit) s(ine) tutore*
- 5 *a(uctore) repel<l>et(ur) iure*
- 6 *pr(aeto)rio. § Item Pomp(onius) scr(ibit), si fal-*
- 7 *so t(tutore) a(uctore) m(ale)/m(inus) fuerit diffis<s>us*
- 8 *dies, ed(ictum) q(ui)d(em) cessare, et iudi-*
- 9 *cem, q(ui)a neq(ue) diffidit neq(ue)*
- 10 *s(ententi)am dixit, litem suam fe-*
- 11 *[cisse videri.....²⁵⁸*

²⁵⁷ Così E. SEIDL, *Juristische Papyruskunde*, in *SDHI*, 18, 1952, 343 e T. GIMENEZ-CANDELA, *Una revisión*, cit., 559.

²⁵⁸ Il testo che qui riporto è stato preso da V. ARANGIO RUIZ, *Egypt exploration Society. The Antipoolis Papyri*, cit., 344-347, nel quale compaiono piccole modifiche rispetto al testo del Roberts, e in ordine al quale sostiene che si tratterebbe di parte del libro XII di Ulpiano *Ad Edictum*.

Nel papiro viene descritto il caso in cui si intraprende una causa contro un pupillo senza l'autorizzazione del tutore; in questo caso l'azione sarà ostacolata dal diritto pretorio.

Inoltre, anche Pomponio scrive che in una causa in cui vi è una problematica inerente al falso tutore e nella quale fosse sbagliato (oppure venisse negato) il differimento dell'udienza, sarebbe venuta meno l'azione edittale contro il falso tutore ma si sarebbe dovuta applicare la clausola edittale contro il giudice che, non avendo né differito il giorno dell'udienza, né pronunciato sentenza, avrebbe fatto sua la lite.

Tra gli studiosi è discusso quale sia la portata della protezione accordata all'attore che agisce contro un pupillo. In particolare, il testo del papiro descrive tre differenti situazioni²⁵⁹: una prima, indicata dalle parole... *pup(ill.) si . e ..o [] obstadit exc(eptio), aut restitutoriu(m) iud(icium) dabitur* che sembra concedere all'attore un giudizio restitutorio o un'eccezione; un secondo caso (identificato dalle parole *q(uod) si sciens eu(m) pupillum esse lit(igaverit) s(ine) tutore a(uctore) repel<l>et(ur) iure pr(aeto)rio*) pare riferirsi all'attore che fosse a conoscenza della mancanza del tutore del pupillo e a cui non viene concessa la tutela descritta in precedenza. Infine, una terza ipotesi descritta dalle parole *Item Pomp(onius) scr(ibat), si falso t(utore) a(uctore) m(ale)/m(inus) fuerit diffis<s>us dies, ed(ictum) q(ui)d(em) cessare, et iudicem, q(ui)a neq(ue) diffidit neq(ue)s(ententi)am dixit, litem suam fe[c]isse videri...* in cui ci si riferisce in modo esplicito al falso tutore e nella quale si prevede l'applicazione della clausola edittale contro il giudice che fa sua la lite.

3.2. LA RICOSTRUZIONE DELLA FONTE

²⁵⁹ *Ex multis*, E. METZGER, *A new outline of the Roman civil trial*, 1997, Oxford, 130.

3.2.1. PARTE PRIMA (LINEE 1-6)

Il testo ha sollevato non poche questioni e diversi problemi in dottrina ma è di nostro interesse per il fatto che alle righe 8-11 si legge *iudicem [...] litem suam fecisse*.

Anche visivamente il testo presenta due parti ben distinte: la prima parte, linee 1-6, indica i casi diretti di applicazione della clausola edittale del *falsus tutor*; la seconda invece, formata dalle linee 6-11, richiama espressamente il *litem suam facere*²⁶⁰.

In particolare, la prima parte è dedicata alla tutela dell'attore che, agendo contro un pupillo che non sia stato assistito da un tutore o che non lo abbia assistito a sufficienza, ha la possibilità di utilizzare strumenti di difesa adeguati.

Il papiro sembra coerente con la ricostruzione che abbiamo dell'Editto, in particolare è stato sostenuto che si tratterebbe di parte del libro XII di Ulpiano *ad Edictum*²⁶¹.

Non è però pacifico che questo passo sia attribuibile ad Ulpiano: una parte della dottrina ritiene che debba essere provato che non sia di altro autore, come Pomponio, prima di sostenere l'attribuzione ulpiana con tanta sicurezza²⁶². Un altro orientamento, invece, ritiene che non debba necessariamente trattarsi di Ulpiano poiché anche Paolo fu autore di un commento all'editto *quod falso tutore*. A sostegno di questa tesi la dottrina richiama D. 27,6,2 (*Paul. XII ad ed.*)²⁶³.

²⁶⁰Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 213.

²⁶¹ La pergamena è una fonte molto preziosa e riporta il commento di Ulpiano alla clausola edittale contro il falso tutore. Ulpiano proprio in commento a tale clausola edittale riprende Pomponio nell'ambito del titolo dedicato al falso tutore conservato in D. 27,6 (in particolare D. 27,6,1; D. 27,6,3; D. 27,6,5; D. 27,6,7; D. 27,6,9). I frammenti sono tutti tratti dal XII libro *ad Edictum*. La collocazione è data per certa anche dal De Zulueta nell'edizione critica dei Papiri di Antinoopoli a cura di C.H. ROBERTS, *The Antinoopolis Papyri I*, Londra, 1950, 48. Cfr. anche O. LENEL, O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927³, rist. Scientia Verlag Aalen, Leipzig, 1985, 119 ss.

²⁶² Vedi F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 15

²⁶³ F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 229. La studiosa sostiene che, avendo scritto sull'argomento anche Paolo in D. 27,6,2 (*Paulus, XII ad ed. "Si id", inquit, "actor ignoraverit". Labeo: et si dictum sit ei et bona fide non crediderit.* «'Se ciò - dice - l'attore abbia ignorato'. Labeone: anche se gli è stato detto, ma in buona fede non lo abbia creduto»). Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, IV, cit., 461) non sarebbe possibile con certezza attribuire a Ulpiano la paternità del papiro.

Malgrado le importanti lacune²⁶⁴, si è ritenuto che si identifichi con il titolo X, § 43 dell'*Edictum perpetuum: QUOD EO AUCTORE QUI TUTOR NON FUERIT [GESTUM(?)] ESSE DICATUR*²⁶⁵.

Le ipotesi ricostruttive avanzate dalla dottrina sono molteplici.

In primo luogo, il De Zulueta suggeriva che la prima parte non si riferisse al caso del falso tutore, ma all'ipotesi in cui fosse mancata l'autorità del tutore al pupillo contro il quale l'attore aveva intentato la causa. In particolare, i due casi prospettati si riferivano all'ipotesi in cui l'attore, nell'erronea convinzione che l'impubere fosse in realtà capace²⁶⁶, avesse agito *insciens* contro il giovane. In tal caso, allora, avrebbe potuto, consumata l'azione, chiedere una *restitutio in integrum*. Qualora fosse stato convenuto – anche se tale ipotesi lo stesso De Zulueta ritiene remota –, sarebbe stata a lui concessa un'*exceptio rei iudicatae* dal pretore.

L'Arangio-Ruiz, invece, aderiva ad una teoria ricostruttiva differente. Infatti, le tutele prospettate nella prima parte del papiro le attribuiva a due soggetti differenti. La prima parte offriva all'attore il rimedio dell'*inintegrum restitutio* nel caso non fosse stato a conoscenza dell'età del pupillo e avesse erroneamente creduto che il convenuto fosse maggiorenne. In tal caso, lo studioso ha ritenuto che davanti a *obstabit* ci fosse un *non* poiché sembrerebbe «strano, in un passo relativo al modo di tutelare l'attore, la menzione di un'eccezione che *ostabit*»²⁶⁷. Infatti, per spiegare la problematica presenza di un'eccezione che il De Zulueta aveva ritenuto essere a tutela dell'attore stesso, inserisce questa variazione nel testo latino (l'aggiunta del *non*, appunto) ritenendo che l'attore non avrebbe dovuto temere alcuna eccezione di cosa giudicata del convenuto. Inoltre, proseguendo, lo studioso riteneva possibile la

²⁶⁴ Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 214, il quale sostiene che «malgrado il frammento esordisca con una lacuna, è possibile identificare l'inizio con l'editto *quod eo auctore qui tutor non fuerit (gestum?) esse dicatu*, come attestato dalla sostanziale identità di contenuto tra le fonti [...]».

²⁶⁵ Vedi O. LENEL, *EP*³, cit., 119, che così lo ricostruisce: *quod eo auctore qui tutor non fuerit..., si id auctor ignoravit, dabo in integrum restitutionem. In eum qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut, quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur.*

²⁶⁶ C. H., ROBERTS, *The Antinoopolis Papyri I*, Londra, 1950, 48.

²⁶⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *Egypt exploration Society. The Antipoolis Papyri*, cit., 345.

lettura di *repelletur* alla linea 5, anche se raggiunta deducendo il verbo da poche lettere a disposizione.

Lo studioso nutriva forti dubbi in merito alle parole *iure pretorio* (linee 5-6) «dato che si tratta non già di una situazione che, protetta dal diritto civile, sia dal pretore privata dalla sua tutela normale, bensì del venir meno di un rimedio che in altre circostanze il pretore stesso concederebbe».

L'anno successivo interviene nel dibattito anche Seidl²⁶⁸. Lo studioso propose la seguente ricostruzione: *<ei, qui rem litem deducit cum falso tutore> pup(illi), si [d]e[nu]o [ag(it)] obsta-bit exceptio, aut restitutorium iudicium dabiturnel* senso di ostacolare l'azione di chi agisce contro il falso tutore. Egli riteneva, infatti, che l'eccezione fosse a tutela del pupillo nel caso in cui la controparte fosse stata a conoscenza della mancanza del tutore. In tal caso, sarà negata all'attore la *restitutio in integrum*.

Questa ricostruzione fu criticata da Teresa Gimenez-Candela²⁶⁹ la quale prende in considerazione la struttura del frammento dal punto di vista grammaticale²⁷⁰. Infatti, la studiosa ritiene che i due casi prospettati nella prima parte (*pupill...dabitur* e *quodsi...praetorio*) fossero contrapposti tra loro. La differenza riguardava la consapevolezza o meno dell'attore in merito all'età del pupillo e all'assenza del tutore. In particolare, propone questa ricostruzione della prima parte del papiro: *[si se defende-]rit pupi(illus) sine [s]uo [tutor]e, obsta-bit* con la conseguenza di permettere

²⁶⁸ E. SEIDL, *Juristische Papyruskunde*, in *SDHI*, 18, 1952, 343-344.

²⁶⁹ T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Una revision*, cit., 562.

²⁷⁰ La studiosa, infatti, è particolarmente attenta agli errori commessi dal copista dal punto di vista grammaticale. Ad esempio, per l'integrazione *esse* data dall'editore e a cui la dottrina ha aderito, avverte esserci un errore poiché «parece más probable que *egerit* cuya eplificación e debe a un error del copista, que escribió *it*, y, al advertir su error, añadió la *e* sobre la línea; por lo demás nada induce a pensar que *e* deba interpretarse come *esse*». T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Una revision*, cit., 563. Si aggiunga che il verbo *egerit*, inoltre, compare anche in D. 27,6,10 quale predicato utilizzato da Ulpiano.

al pupillo l'*exceptio* contro l'*actio iudicati* e all'attore una *restitutio in integrum* solo nel caso in cui il pupillo fosse stato assolto²⁷¹.

Tuttavia, nonostante i dubbi ricostruttivi, l'identificazione del contenuto della prima parte del papiro con il titolo X dell'editto (commentato nel XII libro *ad edictum* di Ulpiano) sembra un'ipotesi avvalorata dall'affinità di linguaggio rispetto al tema in oggetto.

D. 27,6,1,6, (*Ulp. XII ad ed.*)

*Ait praetor: «si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem». Scienti non subvenit, merito, quoniam ipse se decepit*²⁷².

Ulpiano utilizza termini simili a quelli ritrovati nel papiro: il giurista, infatti, sostiene che il pretore tutela l'attore il quale, non sapendo (*ignoravit*) che il pupillo non era adeguatamente difeso e rappresentato, perde la causa con «un *iudicium restitutorium* finalizzato a paralizzare l'effetto preclusivo della *litis contestatio* e quindi a neutralizzare la sentenza»²⁷³.

Altro rimedio che Ulpiano prevede confermando, ancora una volta, il contenuto del ritrovamento papiraceo, sembra essere quello di un'*actio in factum*, come riportato dallo stesso nel libro XII *ad edictum*, che nella collocazione giustiniana è ripreso al D. 27,6,7 pr.

²⁷¹ Come osserva il METZGER (*The new outline*, cit., 132) una tal suggestione non tiene conto del *quoadsi* della riga 3: l'attore perde i rimedi pretori se era a conoscenza della mancanza del tutore; nel caso in cui non fosse stato a conoscenza e fosse stato in buona fede avrebbe potuto utilizzare i rimedi apprestati dal pretore.

²⁷² D. 27,6,1,6 (*Ulp. XII ad ed.*) «Il pretore afferma: «Se ciò l'attore ha ignorato, darò la reintegrazione». Con ragione, non si viene in aiuto di chi sa, poiché egli ingannò sé stesso». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, IV, cit., 461.

²⁷³ Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 215.

D. 27,6,7 pr. (*Ulp. XII ad ed.*)

*Novissime praetor ait: «in eum qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur»*²⁷⁴.

In questo passo è chiarissimo il rimedio che il giurista severiano afferma esistere in caso di *falsus tutor*: sarà quest'ultimo a dover risarcire il valore della controversia poiché ha agito con dolo prestando la propria autorizzazione²⁷⁵, pur non avendone il potere.

Il senso dei primi versi del *P.Ant. I, 22 recto* sembra essere il medesimo di quelli riportati dai passi ulpiani. Infatti, si tratta del «caso in cui un *pupillus* si difenda in giudizio senza l'*auctoritas* del proprio tutore»²⁷⁶ e del caso in cui si intenti una causa contro un *pupillus* che non è adeguatamente assistito, dando così all'attore la difesa dell'*in integrum restitutio*.

Il rimedio indicato in questa prima parte²⁷⁷ è sicuramente esperibile dall'attore in buona fede, tanto che alla controparte è denegata l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*²⁷⁸.

²⁷⁴ D. 27,6,7 pr. (*Ulp. XII ad ed.*) «Da ultimo il pretore afferma: «Nei confronti di chi, non essendo tutore, si dirà che con dolo abbia prestato l'autorizzazione, darò l'azione, affinché venga condannato a dare tanto denaro quanto sarà il valore della controversia». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, IV, cit., 462.

²⁷⁵ «Si può altresì supporre ragionevolmente che la clausola trovasse applicazione anche qualora l'irregolare posizione del *tutor* divenisse manifesta nella fase *in iudicio* ed in ogni caso prima della pronuncia da parte del *iudex*». Dalle parole dello studioso si evince che l'azione può essere esperita non solo nella fase *apud iudicem*, ma anche in quella *in iudicium*. Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 215.

²⁷⁶ F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 229.

²⁷⁷ Così come indicato da V. ARANGIO RUIZ, *Egypt exploration Society*, cit., 345; F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 229; R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 215.

²⁷⁸ Così afferma F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 229. L'Arangio Ruiz, invece, sembra propendere per l'interpretazione del rigetto dell'eccezione, proponendo un «*non*» davanti ad *obstabit*, evitando così le problematiche sollevate dal De Zulueta. V. ARANGIO RUIZ, *Egypt exploration Society*, cit., 344 s.

Tuttavia, se l'attore fosse stato a conoscenza di questa situazione (*quod sciens eum pupillum esse litigaverit sine tutore auctore repellatur iure pretorio*²⁷⁹) non avrebbe potuto esperire l'azione.

Al di là delle considerazioni appena proposte, è necessario avvisare che le lacune del testo sono così importanti da non poter permettere una lettura pacifica e soddisfacente dei versi riportati.

3.2.1. PARTE SECONDA (LINEE 6-11)

La seconda parte del papiro (linee 6-11) racchiude la problematica che più ha interessato la mia ricerca dottorale chiarendo le condotte del *iudex* che integrano il *litem suam facere*. Anche questa parte del papiro, però, è molto lacunosa e la dottrina si è molto affaticata nel cercare di ricostruire il discorso.

Infatti, fin dall'apertura del paragrafo, gli studiosi si sono interrogati sul significato della particella *item*²⁸⁰.

Sul significato da attribuire all'avverbio si sono formate due principali orientamenti: il primo che sostiene dover fungere da collante tra la prima (linee 1-6) e la seconda parte (linee 6-11); il secondo, invece, ritiene abbia la funzione di discostare la fattispecie del falso tutore da quella del *iudex qui litem suam fecerit*.

Autorevole dottrina è a favore della connessione delle due parti²⁸¹.

La problematica potrebbe apparire di poco conto, ma dalla lettura di *item* si decreta il destino dell'intero *recto*. Infatti, aderire alla tesi secondo la quale le parti del frammento interagiscono tra loro, significa ammettere l'esistenza di un'unica

²⁷⁹ V. ARANGIO RUIZ, *Egypt exploration Society*, cit., 345, qui lo studioso ritiene che il rimedio non sia pretorio.

²⁸⁰ Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 225 s.

²⁸¹ A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 373 s.; G. MAC CORMACK, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, in *ANRW*, II, 14, 1982, 19; F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 229.

fattispecie di *litem suam facere* che fornisce tutela nel caso in cui ci fosse un *falsus tutor* ovvero vi fosse l'assenza di un rappresentante.

Altra parte della dottrina²⁸² è in linea con quest'ultima indicazione, anche se ritiene che il significato da attribuire all'avverbio fosse più avversativo al fine di distinguere le diverse fattispecie.

Entrando nel merito e analizzando i rigi a noi pervenuti, ci si potrebbe agevolmente accorgere che dopo *item* si analizza la responsabilità del giudice in tale contesto citando, *ad adiuvandum*, l'opinione di Pomponio²⁸³.

Secondo parte della dottrina²⁸⁴, l'autore dell'*enchiridion*, ripreso da Ulpiano, avrebbe considerato il caso del *falsus tutor* in relazione al *diffissus diei* errato²⁸⁵ da parte del giudice. Quest'ultimo avrebbe dovuto concedere un termine adeguato in modo da permettere «la regolare presentazione di un soggetto in grado di prestare validamente

²⁸² Cfr. F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 16. Lo studioso ritiene che l'utilizzo della particella sia del tutto sconnesso con il senso del testo: «del tutto opposta è la decisione contenuta nel periodo seguente, sebbene essa si inizi con un *item*».

²⁸³ Ciò sembra avvalorare l'ipotesi che *P.Ant.* I, 22 fosse attribuibile ad Ulpiano: sembra molto probabile che il frammento fosse stato scritto da Ulpiano poiché nei frammenti riguardo il tutore cita espressamente e a più riprese lo stesso Pomponio: D. 27,6,1,3-4 (*Ulp. XII ad ed.*): 3. *Sed Pomponius libro trigensimo scribit interdum quamvis a non tutore gestum est, non pertinere ad hanc partem edicti: quid enim si duo tutores, alter falsus, alter verus auctoritatem accommodaverint, nonne valebit quod gestum est? 4. Item hoc edictum licet singulariter scriptum sit, si tamen plures intervenerint, qui tutores non erant, tamen locum habere debere Pomponius libro trigensimo scribit.* «Ma Pomponio, nel libro trentesimo <All'editto>, scrive che talora, sebbene <l'affare> sia stato gestito da uno che non era tutore, non rientra in questa parte dell'editto: cosa <dire>, infatti, se abbiano prestato la loro autorizzazione due tutori, uno falso, l'altro vero; forse che non varrà quello che si è gestito? Parimenti, Pomponio, nel libro trentesimo <All'editto>, scrive che questo editto, sebbene sia stato scritto al singolare, tuttavia dovrà applicarsi anche se siano intervenuti molti, che non erano tutori». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, IV, cit., 461. Il problema sollevato da Ulpiano riguarda la clausola dell'editto nel caso si fosse in presenza di un falso tutore o il tutore non avesse potuto prestare validamente la sua autorizzazione (perché pazzo, ad esempio). Al fine di dare risposta ai quesiti, il giurista riprende l'autorevole opinione di Pomponio sul tema e si adegua a quanto sostenuto dal giurista.

²⁸⁴ In particolare, cfr. A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 373, «en libro 12 *ad ed.* Ulpiano trataba del edictio de *in integrum restitutionibus*, y en el lugar que nos interesa (recto, lín. 14 ss.) citaba a Pomponio para afirmar que, si un juez hizo la *diffisio* en un juicio en que un impúber se hallaba asistido por falso tutor, no era de aplicacón la *in integrum restitutio* a favor del pupilo, sino que el juez «hacia suyo el litigio» por no haber hecho bien la *diffisio* ni haber dado sentencia [...]».

²⁸⁵ L'errore della *diffisio diei* sembra connessa con l'interpretazione del frammento *m*, in *m(ale)*. Tale interpretazione è stata sostenuta V. ARANGIO RUIZ, *Egypt exploration Society*, cit., 345; F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 16-17; A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 374; R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 233 s.

la propria *auctoritas*²⁸⁶». Se ciò non fosse avvenuto «sarebbe cessato l’editto *quod falso tutore* per lasciare spazio a quello di *iudex litem suam fecerit*²⁸⁷».

Il problema, pertanto, riguarda l’operatività delle clausole edittali: se quella contro il falso tutore, oppure quella contro il giudice che ‘fa sua la lite’. Pare, infatti, che questa seconda tutela abbia carattere assorbente e inglobi in sé tutte le fattispecie che riguardano l’operato del *iudex privatus*²⁸⁸.

La questione, però, tutt’altro che pacifica, non può che continuare a sollevare dubbi.

3.2.1.1. L’INTEGRAZIONE DELLA FATTISPECIE DEL *IUDEX QUI LITEM SUM FACERE*: *MALE O MINUS?*

La maggior criticità del testo è rappresentata da *m(-)* alla linea 7 che, come si può osservare, è interpretabile in un duplice modo: *m(ale)* o *m(inus)*.

Nel primo caso, si dovrebbe interpretare nel senso di non procedere con l’editto *quod falso tutore* se ci sarà un errato differimento della causa; nel secondo caso, invece, si

²⁸⁶ F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 229.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Un problema che è stato sollevato è determinare se la presenza del falso tutore possa essere causa del rinvio operato dal giudice. Sul punto gli studiosi hanno opinioni molto divergenti: il F. DE ZULUETA, ad esempio, ritiene che il falso tutore non fosse rilevante poiché non è richiesto al giudice la conoscenza di questa situazione (C.H. ROBERTS (a cura di), *The Antinoopolis Papyri*, cit., 49); V. ARANGIO RUIZ, *Egypt exploration Society. The Antipoolis Papyri*, cit., 346, invece riteneva che *male* si riferisse ad una falsa malattia di uno dei due litiganti; concordano anche CREMADES, I.- PARICIO, J., *La responsabilidad*, cit., 182. Ritengono invece che il rinvio fosse dovuto alla presenza del falso tutore A. D’ORS, *Litem suam facere*, cit., 374, E. SEIDL, *Juristische Papyruskunde*, cit., 343 e H. HÜBNER, *Zur Haftung*, cit., 204. Sul punto fornisce una lettura interessante il METZGER (*The new outline*, cit., 135): «Much of the ambiguity here is due to the way the fragment as a whole is usually interpreted. If one reads the first two sections of the fragment to refer (incorrectly, as I believe) not to a rule about false tutors but to an analogous rule about the lack of a tutor, the introduction of the false tutor in the third section takes on special significance. It then becomes necessary to account for the introduction of the false tutor there, to explain why the false tutor illustrates a point that the lack of a tutor would not. To some, the false tutor provides a basis for ‘improper adjournment. On the other hand, the mention of the false tutor in the third section takes on no special significance if all three sections are speaking about lawsuits with false tutors».

richiede, al fine di domandare la tutela contro il giudice che ‘fa sua la lite’ la totale mancanza del differimento dell’udienza.

Il primo dubbio interpretativo fu dell’editore Roberts che, nonostante abbia proposto *male* riteneva la scelta non probante, per la mancanza di riscontri delle fonti²⁸⁹. Ciononostante, tale ricostruzione fu accolta dalla dottrina maggioritaria²⁹⁰.

In particolare, la ricostruzione di *m(ale)* lascia comunque spazio a molteplici interpretazioni: Francesca Lamberti, ad esempio, riporta puntualmente le problematiche riferendosi sia all’integrazione *m(ale)*, sia alla soluzione proposta da Gimenez-Candela²⁹¹ la quale ritiene che *m* sia da integrare con *m(inus)*.

²⁸⁹ C. H. ROBERTS, *The Antinoopolis Papyri*, I, cit., 51. Sul punto, però, è stato sostenuto che *m(ale)* fosse una ricostruzione possibile perché supportato da diversi frammenti: D. 1,12,1,7 (*Ulp. Lib. Sing. De off. Praef*) *Solent ad praefecturam urbis remitti etiam tutores sive curatores, qui male in tutela sive cura versati graviore animadversione indigent, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia: quos probari poterit vel nummis datis tutelam occupasse, vel praemio accepto operam dedisse ut non idoneus tutor alicui daretur, vel consulto circa edendum patrimonium quantitatem minuisse, vel evidenti fraude pupilli bona alienasse*. Si possono trovare conferme nello stesso titolo del Digesto dedicato al *falsus tutor*: D. 26,7,3,2 (*Ulp. XXXV ad ed.*) *Ceteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus. nec quisquam putet ad hos periculum nullum redundare: constat enim hos quoque, excussis prius facultatibus eius qui gesserit, conveniri oportere: dati sunt enim quasi observatores actus eius et custodes, imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. adsidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet et sollicito curare, qualiter conversetur, et si pecunia sit, quae deponi possit, curare, ut deponatur ad praediorum comparationem: blandiuntur enim sibi, qui putant honorarios tutores omnino non teneri: tenentur enim secundum ea quae supra ostendimus*. Ulpiano nel presente frammento si sta riferendo al caso in cui siano nominati dei tutori c.d. onorari quali osservatori delle attività del tutore e dei custodi. Questi tutori saranno chiamati a rispondere se i tutori e i curatori da loro controllati si comporteranno male. *Male* qui è riferito proprio alla condotta del tutore, come si può rinvenire anche nel Papiro di Antinopolis. Il medesimo significato sembra delinearci in D. 26,7,7,2 (*Ulp. XXXV ad ed.*) *Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint, hoc est si praedia comparaverint non idonea per sordes aut gratiam. quid ergo si neque sordide neque gratiose, sed non bonam condicionem elegerint? recte quis dixerit solam latam neglegentiam eos praestare in hac parte debere*. Anche in questa occasione l’accezione data a *male* è riferita ad un comportamento non corretto del tutore che in questo caso non realizza adeguatamente contratti in favore del pupillo di cui deve fare gli interessi.

²⁹⁰ Ad esempio, tale ricostruzione è stata accolta da V. ARANGIO-RUIZ, *Egypt exploration Society*, cit., 346 che scrive: «Il giudice ha rinviato la trattazione del processo, non già per il difetto di costituzione della parte convenuta (*falsus tutor*) ma probabilmente per malattia (supposta, onde l’avverbio *male*) di una delle parti: a questo proposito veniva usato anche in epoca classica l’antico verbo *diffidere* (o *diffindere*)». F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 16 è critico sull’utilizzo dell’avverbio *male* e cioè se esso era riferito al giudice che avesse sbagliato a rinviare la causa o al giudice che non avesse emesso alcuna sentenza. A. D’ORS, *Litem suam facere*, cit., 374 ritiene che *male* si riferisca alla *diffissio*.

²⁹¹ T. GIMENEZ-CANDELA, *Una revisión*, cit., 270-271.

Interpretando con *m(inus)* l'abbreviazione, la frase verrebbe a significare una totale mancanza della *diffissio*. La responsabilità del giudice non si avrebbe in caso di errata *diffissio*, ma in totale assenza di essa, integrando così la fattispecie del *litem suam facere*²⁹².

Tale soluzione ebbe molta fortuna e fu seguita da autorevole dottrina successiva²⁹³.

Ad ogni modo, la fattispecie, interpretata sia con *male* sia con *minus*, esclude che il pretore concedesse la tutela attraverso la clausola *quod falso tutore auctore*. Infatti, Pomponio descrive i casi in cui non veniva concessa tale tutela, ma trovava spazio l'applicazione della fattispecie del *litem suam facere*. Il giudice, qualora avesse differito erroneamente o in assenza di *diffissio diei*, impedendo la corretta costituzione del pupillo, sarebbe stato responsabile.

In questi casi non ci si interessa della clausola *quod falso tutore* ma solo del *litem suam facere*²⁹⁴ poiché era dovere²⁹⁵ del giudice accorgersi delle irregolarità processuali.

In ragione dei dubbi lasciati irrisolti dalle teorie proposte, ho provato a cercare nelle fonti²⁹⁶ la medesima espressione utilizzata nel papiro in diverse combinazioni. Un frammento ha destato la mia attenzione

²⁹² F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 231.

²⁹³ Cfr. F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 230 ss.; R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 235 ss.; F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 33; C. VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell'età classica*, cit., 465.

²⁹⁴ In tal senso F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 36.

²⁹⁵ In accordo con la *diffissio diei* di XII tab. 2.2.

²⁹⁶ Gli strumenti per individuare una connessione tra *m(ale)* o *m(inus)* per poi ritrovare *m(inori)* sono stati il Vocabolarius iurisprudentiae Romanae (c.d. VIR) e il portale della traduzione del Digesto del prof. Schipani (<http://dbtvm1.ilc.cnr.it/digesto/>) che permette la ricerca dei lemmi latini per i libri inseriti sulla piattaforma e di cui c'è la traduzione. Questa particolarità è stata notata anche dal Dott. Monteleone nella sua tesi di dottorato (consultabile qui http://www.fedoa.unina.it/12318/1/Monteleone_Benedetto_31.pdf). Tuttavia, ritengo che soltanto in D. 27,6,11 pr. (*Ulp. XXXV ad ed.*) vi sia una possibile connessione tra i termini, tale da non bastare a corroborare la tesi con certezza.

D. 27,6,11 pr. (*Ulp. XXXV ad ed.*)

*Falsus tutor, qui in contrahendo auctor minori duodecim vel quattuordecim annis fuerit, tenebitur in factum actione propter dolum malum*²⁹⁷.

In questo frammento Ulpiano descrive le conseguenze cui andrebbe incontro il falso tutore che, nella conclusione di un contratto, avesse prestato la sua autorizzazione al minore di dodici o quattordici anni²⁹⁸.

Oltre a questa fonte che ripete tutte le parole del papiro, da altre si potrebbe evincere che si parli di *tutor minori* in luogo del sintagma *tutor impuberum*:

D. 26,5,26 (*Scaev. II responsa*)

*Seiae egressae annos duodecim decreto praetoris ex inquisitione datus est tutor quasi minori: quaero an excusare se deberet. respondi secundum ea quae proponerentur neque excusationem necessariam esse neque obligari quod non gereret*²⁹⁹.

Nel frammento, Scevola utilizza la locuzione *tutor quasi minori*, nel significato di ritenere nominato un tutore come se la persona tutelata fosse minore di dodici anni.

Il dubbio che potrebbe sorgere è in merito alla compatibilità della nomina del tutore e del *curator minorum*, istituito per tutelare i minori dei venticinque anni. Sembra, infatti, in uso tra i giuristi il lemma *minor* nel senso di *impubes*. Si nominava un

²⁹⁷ D. 27,6,11 pr. (*Ulp. XXXV ad ed.*) «Il falso tutore, che, nella conclusione di un contratto, abbia prestato la propria autorizzazione al minore di dodici o di quattordici anni, sarà tenuto per dolo con un'azione modellata sul fatto». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., IV, 463.

²⁹⁸ *Ex multis*, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1993, 492 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 255 ss.

²⁹⁹ D. 26,5,26 (*Scaev. II responsa*) «A Seia, che aveva superato i dodici anni, è stato nominato con decreto del pretore, a seguito di indagine, un tutore come a una persona minore <di quella età>. Pongo la questione, se costui dovesse giustificarsi <dall'assunzione della tutela>. Risposi che, secondo quanto proposto, né la giustificazione era necessaria, né egli risultava obbligato, in quanto non aveva amministrato». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., IV, 360.

tutore – con facoltà ben più ampie del *curator* – per proteggere i giovani che avevano appena superato la soglia determinata per la cessazione della tutela.

Tornando al Papiro, se la lacuna *m(-)* fosse interpretabile con *minori*, come viene suggerito da questi frammenti, allora potremmo provare ad avanzare tre diverse letture della seconda parte del papiro che propongo provando a confrontarle anche visivamente³⁰⁰:

<i>m(ale)</i>	<i>m(inus)</i>	<i>m(inori)</i>
[...] Ugualmente scrive Pomponio, non si applica questo editto se ci sarà un errato differimento del giorno per una causa intrapresa con <i>l'auctoritas</i> del falso tutore e sembrerà che il giudice abbia fatto sua la lite poiché non ha né disposto la <i>diffissio diei</i> , né emanato sentenza.	[...] Ugualmente scrive Pomponio, non si applica questo editto se non ci sarà alcun differimento del giorno per una causa intrapresa con <i>l'auctoritas</i> del falso tutore e sembrerà che il giudice abbia fatto sua la lite poiché non ha né disposto la <i>diffissio diei</i> , né emanato sentenza.	[...] Ugualmente scrive Pomponio, non si applica questo editto se ci sarà il differimento del giorno per una causa intrapresa con <i>l'auctoritas</i> del falso tutore e del minore e sembrerà che il giudice abbia fatto sua la lite poiché non ha né disposto la <i>diffissio diei</i> , né emanato sentenza.

Nella prima ipotesi in cui l'integrazione proposta è *m(ale)*, il *litem suam facere* si applicherà in luogo dell'editto *quod falsi tutori* quando vi è stato un errato differimento del giorno della causa intrapresa con l'autorizzazione del falso tutore. In tal caso si dovrà procedere con *litem suam facere* poiché l'errore nella *diffissio* è

³⁰⁰ La traduzione proposta è mia. Mie sono anche le spaziature per meglio individuare le differenze tra le diverse interpretazioni.

equiparato ad una sua totale mancanza (*neque diffissio*) o alla mancata emissione di una sentenza (*neque sententiam dixerit*).

Nel caso in cui fosse stata data la lettura *m(inus)*, invece, si confermerebbe il *litem suam facere* in luogo della clausola contro il falso tutore: se il giudice non differisce e non emette sentenza è considerato responsabile.

Nell'ultimo caso, invece, si offre una lettura del tutto diversa: quando la causa è intrapresa con l'*auctoritas* del falso tutore dell'impubere, allora il giudice farà sua la lite se non differisce la causa per permettere la corretta costituzione del minore, oppure non emette sentenza.

Tutte le tesi ricostruttive non risolvono la problematica carenza di fonti.

Personalmente, ritengo più probabile la ricostruzione con *m(ale)*. Utilizzare *m(inus)* infatti, renderebbe del tutto tautologico il discorso di Ulpiano ritenendo che il giudice sia responsabile per *litem suam facere* in assenza di un differimento del giorno fissato per la trattazione della causa quando immediatamente dopo lo ripete. Ritengo, infatti, che la precisazione con *m(ale)* esprima un caso ulteriore di *litem suam facere*, che si va ad aggiungere quale ulteriore violazione di una specifica formalità processuale³⁰¹.

Sulla interpretazione di *m(inori)*, invece, anche se mi convince l'idea, non credo possa essere sostenuta sulla base di un unico parallelo testuale³⁰².

³⁰¹ Sull'errore: si ritrova in Gaio con *aliquid peccasse*, cioè se sbagliare qualcosa. In tali casi non è richiesta l'intenzionalità del giudice. In caso di dolo, infatti, si configurerebbe un delitto e non un caso di *litem suam facere*.

³⁰² La lacuna *m(-)* è stata recentemente oggetto di studio da parte dei componenti del progetto REDHIS, i quali, oltre a curare un'edizione completamente nuova di *P.Ant. I,22*, hanno ipotizzato l'integrazione con il termine *m(inime)*, già avanzata da E. METZGER, *Remedy of Prohibition against Roman Judges in Civil Trials*, in *Judges and judging in the history of the Common Law and Civil Law: from antiquity to modern times*, Cambridge, 2012, 189. L'edizione REDHIS, tuttavia, ad oggi, presenta la sola pubblicazione del testo on line (https://papyri.info/dclp/62940?rows=2&start=0&fl=id,title&fq=work_str:%22Ad+edictum%22&fq=author_str:Ulpianus?&sort=series+asc,volume+asc,item+asc&p=0&t=0) senza alcun commento da parte degli editori. Questa nuova edizione, pertanto, non è stata da me approfondita, anche se l'integrazione con *mimine* non mi persuade ad abbandonare la posizione da me difesa.

3.3. LA FATTISPECIE DEL LITEM SUAM FACERE NEL PAP. ANT. I, 22 (RECTO)

Dall'analisi di *P.Ant. I, 22 recto* è possibile trarre delle conclusioni circa il significato che *litem suam facere*, al netto delle difficoltà ricostruttive.

Sembra, infatti, che il *iudex* fosse ritenuto responsabile nel caso in cui *neq(ue) diffidit neq(ue)s(ententi)am dixit* senza nulla riferire circa la connotazione soggettiva che doveva animare il giudice.

In particolare, propendo per la soluzione avanzata dal MacCormack: secondo lo studioso, la fattispecie descritta da *P.Ant. I,22* è la medesima riportata da Macrobio.

Infatti, oltre a specificare che il rimedio per il pupillo nei casi di autorizzazione prestata dal falso tutore rientra nell'editto, stabilisce la responsabilità del giudice. Pomponio sostiene che il pupillo, in conseguenza all'atto improprio del giudice che non ha differito o ha differito erroneamente un termine processuale, ha perso la causa. Inoltre, a tali fattispecie, seguendo l'interpretazione di *m(ale)* si aggiunge alla fattispecie del *litem suam facere* un caso di errato differimento della causa.

Questa situazione può essere accostata a quella descritta da Macrobio: la responsabilità sorge se il giudice non adempie a formalità procedurali richieste dal suo ufficio. In particolare, la fattispecie del *litem suam facere* si configura quando il giudice non compare in giudizio, quando non effettua un valido rinvio e quando non giudica entro i termini fissati dalla formula³⁰³. A queste opzioni si aggiunge un'altra violazione processuale: un erroneo differimento del giorno d'udienza, anch'esso nella totale assenza di una specifica imputazione soggettiva.

³⁰³ «The appropriate remedy of the *pupillus* is not under the edict concerning the *falsus tutor* but under that which establishes the liability of the judge. Liability is engaged under this edict because the judge has neither made a proper adjournment nor delivered judgement. The implication is that the *pupillus* in consequence of the judge's improper act has lost his case. One has here a situation closely analogous to that described by Titius. The behavior of Pomponius's judge has the same result as that which would have followed from the failure of Titius's judge to arrive at the *comitium* in time to take the case. On the evidence so far considered the circumstances held to impose liability on the ground that the judge has made a case his own are failure by the judge to perform one of the basic procedural requirements of his office: to appear for the hearing, to make a valid adjournment, to judge in accordance with the limits set by the formula». G. MACCORMACK, *The liability*, cit., 19.

La connessione alla fattispecie descritta da Macrobio mi persuade a considerare *litem suam facere* fattispecie che descrive la violazione di formalità processuali e, anche in questo caso, il criterio di responsabilità è oggettivo, cioè indipendentemente dall'accertamento sulla rimproverabilità del contegno dell'agente. In effetti, nulla viene indicato circa il contegno psicologico del *iudex*, concentrando l'attenzione sulle condotte formali richieste dall'*officium* in assenza delle quali il giudice 'farà sua la lite'.

4. LEX IRNITANA, CAPUT 91

La sola fonte epigrafica che testimonia l'utilizzo tecnico del lemma in esame è la c.d. *Tabula Irnitana*³⁰⁴. Il ritrovamento, avvenuto a Siviglia nel 1980³⁰⁵ è stato un interessante punto di partenza per lo studio ancora più approfondito dell'istituto del *litem suam facere*. Oltre a dare molte informazioni sul funzionamento della *iurisdictio* municipale³⁰⁶, il capitolo 91 aiuta a delineare la funzione del giudice e la sua responsabilità.

Questa legge municipale, incisa su tavole di bronzo, confermò alla dottrina l'esperibilità di un'azione «a carico del giudice che omette di adempiere ai propri

³⁰⁴ Sul tema si veda D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 368 s.; ID., *La nueva copia Irnitana de la Lex Flavia Municipalis*, in *AHDE*, 52, 1983, 5 ss.; ID., *La ley Flavia Municipal (traducción española)* in *AHDE* 54, 1984, 535 ss.; ID., *La 'lex Flavia' municipal. Texto y comentario*, Roma, 1986; A. D'ORS – X. D'ORS, *Lex Irnitana. Texto bilingüe* in *Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano I*, Santiago de Compostela, 1988, 1 ss.; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Una contribución al estudio de la ley Irnitana: la manumisión de esclavos municipales*, in *Iura*, 32 (1984), 37 ss.; G. LURASCHI, *Sulla "Lex Irnitana"* in *SDHI* 55, 1989, 349 ss.; F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 1 ss.

³⁰⁵ Tra i più si vedano R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 236; F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 231-232: «si tratta di una legge municipale iscritta su bronzo, rinvenuta alcuni anni fa in Spagna, a El Saucejo (l'antica Irni), nei pressi di Siviglia. L'iscrizione consta di sei *tabulae* bronzee (originariamente doveva occuparne dieci), che riportano la maggior parte del contenuto di una legge, assai probabilmente ricalcata su un modello augusteo». Prosegue la studiosa indicando il motivo del vivo interesse per il capitolo 91: «il dato interessante ai fini del presente studio, è fornito dal *kaput* 91, contenuto nella decima tavola della *lex*. In esso è menzionato un caso di responsabilità del giudicante analogo – si ripete – a quello riportato in *P. Ant. I. 22*».

³⁰⁶ Si veda R. CARDILLI, *Designazione e scelta del iudex unus alla luce della lex Irnitana*, in *Rend. Mor. Acc. Lincei* s.9, v.3: 37-73 (1992), *passim*.

obblighi procedurali, qualificando la fattispecie come *lis iudici arbitrove damni sit*³⁰⁷.

La *tabula* sembra – a detta, tra gli altri, di d’Ors³⁰⁸ e di Lamberti³⁰⁹ – riprodurre il contenuto di una legge augustea in merito alla responsabilità in cui può incorrere il giudice:

TABULA XA	<i>R(ubrica). Quo iure intertium denuntietur, dies diffindatur diffisusve sit, res iudicetur, lis iudici damni sit, res in iudicio esse desinat.</i>
45	<i>Quacumque de re privata iudices arbitri in eo municipio dati subditi addictivae h(ac) l(ege) erunt, is iudicibus arbitris et is quos inter ii iudices arbitrove dati subditi addictivae h(ac) l(ege) erunt, de ea re intertium adversario iudici arbitrove in biduo proximo denuntiari, diem diffindi, diem diffisum iurare antequam iudicent litem aestument, per quos dies et ubi ex h(ac) l(ege) licebit, oportebit. Et, si neque dies diffisus neque iudicatum fuerit, uti lis iudici arbitrove damni sit, et si intra it tempus quod legis Iuliae quae de iudici<i>s privatis proxime lata est kapite XII,</i>
TABULA XB	<i>1 senatusve consultis ad it kaput legis pertinentibus compreh<e>hensum est, iudicatum non sit, uti res in iudicio non sit siremps lex R(omana) itque esto ad quem uti esset si eam rem in Urbe Roma praetor p(opuli) R(omani) inter cives Romanos iudicari iussisset</i>

³⁰⁷ R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 236.

³⁰⁸ A. D’ORS, *Litem suam facere*, cit., 374 nt. 24 «Como se explicará cuando se publique esta inscripción hallada eiciente-mente cerca de Sevilla, en la Bética, el modelo de ley municipal era de Augusto (la «tercera» ley Julia de Wlassak, pero no «judicial», sino «municipal»), que fue reformado por Domiciano (*lex Flavia*)».

³⁰⁹ F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 236.

7 *et de e(a) r(e) ex <quacumque> lege rogatione quocumque plebiscito*
 8 *iudicia pri- / vata in Urbe Roma fient agi fieri denuntiari, diem diffin-*
 9 *di, diem diffisum esse, iudicari, litem iudici damni esse, rem in*
 10 *iudicio non esse oporteret, praeterquam quod per alios dies*
 11 *et alio loco h(ac) l(ege) denuntiari, rem iudicari, diem diffindi oport-*
 12 *tebit. Itaque iis omnibus de ea re et in eos dies in quos ex h(ac) l(ege)*
 13 *lice-*
 14 *bit denuntiato intra it municipium et mille passus ab eo mu-*
 15 *nicipio, aut ubi pacti erunt diem diffindi, iudicari, in foro*
 16 *eius municipi aut ubi pacti erunt dum intra fines eius municipi-*
 17 *pi. Utique ex isdem causis dies diffindatur, diffisus sit,*
 18 *utique si neque diffisum e lege neque iudicatum sit, per quos di-*
 19 *es quoque loco ex h(ac) l(ege) iudicari licebit oportebit, iudici arbitro*
 20 *lis damni sit. Utique si intra it tempus quod supra compr<e>hensum*
 21 *est iudicatum non sit, res in iudicio non sit, ius esto uti si cives Ro-*
 22 *manos <iudicari> iussisse<t> ibique d(e) e(a) r(e) iudicium fieri*
 23 *oporteret ex quacumque lege rogatione, quocumque*
 24 *plebis scito, iudicia in Urbe Roma fieri oporteret, praeterquam*
quod per alios dies et alio loco ex hac lege denuntiari, rem-
que iudicari, diemque diffindi oportebit. Quaeque ita acta
*erunt, ea iusta rataque sunt*³¹⁰.

Questo ritrovamento ha permesso di acquisire importanti informazioni sulla condizione in cui versavano i giudici quando incappavano in responsabilità nei *municipia*³¹¹.

³¹⁰ La numerazione delle linee del *caput* 91 è stata presa da A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 274-375. Le altre versioni non riportano proprio una indicazione numerica dei vari righe, e ciò, nello studio e nell'analisi, diventa molto scomodo e poco funzionale allo scopo della ricerca.

³¹¹ «I *municipia* («municipi») erano comunità cittadine diverse dalla *civitas Romanorum* e in una posizione di subordinazione alla repubblica, le quali furono di una autonomia interna nei confronti dei loro cittadini («*municipes*»». A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1992, 324. Questi

La ricchezza di questa fonte sta proprio nel dare una risposta concreta alle problematiche sollevate sul *litem suam facere* e sulle modalità di attuazione e attivazione della relativa tutela da parte dei privati che vedevano frustrate le loro pretese giudiziarie.

La *Lex Irnitana* sembra coincidere, peraltro, con altre norme dell'Urbe, quali la legge Salpensana e la legge Malacitana, come sostenuto dal d'Ors³¹², «las cuales presentan otros ejemplares de la misma *lex Flavia municipalis*³¹³».

La legge stessa (linra 54 del *tabula A*) rammenta che la *lex Irnitana* viene definita come una legge *proxime lata*, connessa ad una *lex de iudicis privatis*, identificata con la *lex Iulia de iudicis privatis* di epoca augustea³¹⁴.

In questo capitolo della legge, come si può dedurre anche solo a una prima lettura, veniva specificato un preciso meccanismo che doveva essere seguito per riuscire a ottenere – ma, prima ancora, a valutare – la responsabilità del giudice: si trattava di permettere dapprima un *intertium*³¹⁵, seguito da una *diffissio*³¹⁶, preceduta a sua volta

municipia erano dotati di una certa autonomia dal punto di vista del governo e della loro legislazione, ma il legame con Roma era solidamente stato creato con una *lex* o con un *foedus*, tali per cui seguivano ciò che succedeva nell'Urbe e riproducevano le varie leggi e i vari regolamenti. Cfr. AA.VV., *Lineamenti*, cit., 248-249.

³¹² «[...] La publicación del texto íntegro de la ley [...] sólo en una parte [...] viene a coincidir con la *lex Salpensana* y la *Malcirana* [...]». A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 375.

³¹³ A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 375.

³¹⁴ Utilizzata, per tale ragione, per la ricostruzione della *lex iulia*. Si veda M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in F. Milazzo (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure. Dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del convegno internazionale di diritto romano e del III Premio romanistico «G. Boulvert» Copanello 5-8 giugno 1996*, Napoli, 63-260; F. BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Torino, 2003, 205 ss.

³¹⁵ Per *intertium* si intende «la nueva ley nos ha permitido recuperar una palabra técnica para significar el señalamiento de comparecencia: *intertium*. Este término se hallaba ya en otros textos, pero no se había leído bien, porque no se pensaba que fuera un sustantivo. Es claro que se trata de la *comperendinatio* o señalamiento para dos días después, según el cómputo completivo romano: *in tertium diem*, es decir, «pasadomañana». Se diría que es un término del «argot» judicial, pero nos lo encontramos en est ley come término legal ordinario». A. D'ORS, *Nuevos datos de la ley Irnitana sobre jurisdicción municipal*, in *SDHI*, 49, 1983, 40. Ugualmente si veda A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 376, nt. 28. Altro contributo analizzato è quello della Zanoni la quale, ricalcando la dottrina maggioritaria capitanata dal d'Ors, precisa che: «[...] il cap. 90, specificatamente rubricato *de intertium dando*, inizia con lo stabilire che il duoviro preposto alla giurisdizione municipale dovrà dare l'*intertium* per tutti i giorni in cui e dove è permesso e doveroso, in base alla legge stessa, che si tengano i giudizi (*per quos dies ex h(ac) l(ege) ibi iudicia fieri licebit oportebit, in eos dies omnes interti/um dato*)». Prosegue alla pagina successiva affermando che «per quanto riguarda più

da un giuramento³¹⁷ che potesse assicurare la presenza del giudice alla data fissata per la nuova udienza.

Il rapporto tra *intertium* e *diffissio* ha suscitato la curiosità di molti studiosi che si sono interessati al tema al fine di definire la responsabilità del giudice.

Si parla di *intertium* in tre rubriche della *Lex Irnitana*³¹⁸: il cap. 90 (*de intertium dando*), il cap. 91 di nostro interesse (*quo iure intertium denuntietur [...]*) e il cap. 92 (*quibus diebus res ne iudicentur et in quos intertium ne detur*).

In particolare, è dubbio il significato stesso di *intertium* che, secondo Cicerone era incerto anche ai suoi tempi:

Cic. *Mur.* 12, 27

[...] *Iam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tam ingenios, post tot annos etiam nunc statuere non potuisse utrum «diem tertium» an «perendinum», «iudicem» an «arbitrum», «rem» an «litem» dici oporteret*³¹⁹.

precisamente l'*intertium*, il cap. 91 prevede l'obbligo – peraltro non sanzionato espressamente – di notificare all'avversario e al giudice l'*intertium* decretato dal magistrato, *in biduo proximo*». G. ZANON, *De intertium dando*, in *SDHI*, 58, 1992, 313-314.

³¹⁶ Sulla *diffissio* è illuminante il contributo del Mantovani: «La *Lex Irnitana* aiuta anche a mettere definitivamente a fuoco una distinzione fondamentale in tema di *dierum diffissiones*, che ha varie implicazioni. Fin dalla rubrica, in quattro punti del cap. LXXXXI ricorre una coppia, *diem diffindere* (o *diffindi*) e *dies diffisus* (o *diem diffisum esse*). A ragione, si è percepito in quest'apparente endiadi il riferimento, rispettivamente, ad un aggiornamento *ope iudicis* (*diem diffindere*) e a un aggiornamento *ope legis* (*diem diffisum esse*)». Il punto è interessante poiché lo studioso non si ferma alla sola lettura della tavola, ma ritiene che a diverse forme letterali corrispondano anche diversi istituti giuridici. D. MANTOVANI, *La 'diei diffissio' nella 'Lex Irnitana'. Contributo all'interpretazione e alla critica testuale del capitolo LXXXXI*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli, 2001, 251. La stessa distinzione è avvertita anche da G. ZANON, *De intertium dando*, cit., 317 nt. 38.

³¹⁷ R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 238 nt. 47. Il giuramento a cui si fa riferimento sembra essere quello del giudice che si impegna solennemente, non potendo partecipare al giudizio, di presentarsi il giorno stabilito. Lo stesso è sostenuto da F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 254 «è da presumere che egli si impegnasse ad essere presente nel giorno stabilito per la prosecuzione della *lis* [...]».

³¹⁸ Per il testo della *Lex Irnitana* mi sono affidata alla ricostruzione d'Ors in A. D'ORS - J. D'ORS, *Lex Irnitana*, Santiago de Compostela, 1988, 13-87, reperibile online tramite il portale dell'Università di Grenoble al seguente link: https://droitomain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/Irnitana_dOrs.htm#89.

³¹⁹ Cic. *Mur.* 12,27 «E ancora: io, francamente, mi meraviglio di solito che tante persone così dotate d'ingegno dopo tanti anni non siano ancora riuscite a venire a capo se si debba dire 'tra

Nell'orazione a difesa di Lucio Licinio Murena, accusato di brogli elettorali per le elezioni consolari dell'anno 62 a.C., l'Arpinate, dopo l'*exordium* (cap. 1-4)³²⁰, dedica la maggior parte dei capitoli alla *confutatio* dell'accusa rivolta dagli avversari.

In particolare, dopo aver esaltato la vita privata di Murena, rispondendo così al primo dei tre capi d'accusa mossi contro il suo assistito³²¹, Cicerone prosegue con una caricatura del ruolo dei giureconsulti a Roma sostenendo che *cum permulta praeclare legibus essent constituta, ea iure consultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt*³²². I giuristi, infatti, interpretano in modo tendenzioso e difficile le leggi emanate per la *civitas*, tanto che non deve sorprendere se ancora sono incerti sull'utilizzo dei termini *diem tertium* o *perendinum*.

Con tale beffeggiamento, Cicerone dimostra che era incerto il significato anche ai suoi tempi, non potendo con certezza indicare una differenza marcata tra le due parole.

A completamento del discorso, occorre ricordare, inoltre, che *intertium* fosse anche noto come *conperendinatio*. L'identificazione è confermata da Festo:

due giorni' oppure 'dopodomani', 'giudice' oppure 'arbitro', 'causa' oppure 'lite'». Trad. a cura di G. BELLARDI, *Le orazioni*, cit., 836 s. Cfr. anche E. METZGER, *A New Outline of the Roman civil trial*, Oxford, 1997, 77 ss.

³²⁰ L'oratore esercita la difesa di Murena contro le accuse mosse da Servio Sulpico Rufo, sostenuto da Marco Porcio Catone.

³²¹ Cic. *Mur.* 5,11 «*Intellego, iudices, tris totius accusationis partis fuisse, et earum unam in reprehensione vitae, alteram in contentione dignitatis, tertiam in criminibus ambitus esse versatam. Atque harum trium partium prima illa quae gravissima debebat esse ita fuit infirma et levis ut illos lex magis quaedam accusatoria quam vera male dicendi facultas de vita L. Murenae dicere aliquid coegerit*». «A mio modo di vedere, signori giurati, l'accusa è nel suo complesso suddivisa in tre parti: la prima è consistita nella critica della vita privata dell'imputato; la seconda nel confronto dei titoli di merito dei due candidati; la terza nelle imputazioni di corruzione elettorale. Orbene, di queste tre parti la prima, che avrebbe dovuto avere un peso tutto particolare, è stata invece così debole e superficiale, che a spingere gli accusatori a dire qualcosa sulla vita privata di Murena è stata più una consuetudine che per l'accusa ha oserei dire forza di legge, che non una fondata possibilità di critica». Trad. a cura di G. BELLARDI, *Le orazioni*, cit., 819.

³²² Cic. *Mur.* 12,27 «E se le leggi avevano fissato in moltissimi casi delle ottime norme, eccole in gran parte corrotte nel loro vero valore e falsificate dalle sottigliezze dei giureconsulti». Trad. a cura di G. BELLARDI, *Le orazioni*, cit., 837.

Fest. s.v. *res conperendinata* (L. 355)

*Res conperendinata significat iudicium in diem tertium constitutum*³²³.

Infatti, sembra che il riferimento fosse al giorno successivo a domani, cioè al terzo giorno dopo la fase *in iure*.

Dai dati rinvenuti nella *Lex Irnitana*, è prevalente l'opinione secondo la quale *l'intertium* fosse espressione equivalenti al termine *comperendinatio*³²⁴.

L'intertium è istituto che poteva essere concesso dal magistrato ogni volta che ci fosse stato un giorno d'udienza³²⁵. Il giorno di inizio della fase davanti al giudice era fissato il terzo giorno successivo alla conclusione della fase *in iure*.

In alternativa, vi era la *diffissio diei*. Tale provvedimento con l'indicazione del giorno dell'udienza era affisso in tribunale, al fine di essere portato a conoscenza per tutti gli interessati alla causa³²⁶.

³²³ Fest. s.v. *res conperendinata* (L. 355) «*Res conperendinata* indica un giudizio fissato per il terzo giorno». La traduzione è mia.

³²⁴ Si veda Gai. 4,15 che parla di *comperendinatio* nel periodo di vigenza delle *legis actiones*: [...] *ad iudicem accipiendum uenirent. postea uero reuersis dabatur. ut autem die XXX. iudex detur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem statim dabatur iudex. illud ex superioribus intellegimus, si de re minoris quam M aeris agebatur, quinquagenario sacramento, non quingenario eos contendere solitos fuisse. postea tamen quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem uenirent, denuntiabant; deinde cum ad iudicem uenerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breuiter ei et quasi per indicem rem exponere; quae dicebatur causae coniectio quasi causae suae in breue coactio.* «[...] Venissero a ricevere il giudice; quindi, una volta ricomparsi, veniva assegnato. Si deve, comunque, alla legge Pinaria che il giudice fosse assegnato al trentesimo giorno; prima dell'emanazione di quella legge, il giudice veniva assegnato immediatamente. Si comprende da ciò che è stato detto in precedenza che, se l'azione verteva su un oggetto di valore inferiore ai mille assi, la regola era di contendere con la consacrazione di cinquanta assi, non di cinquecento. Dopo che il giudice era stato assegnato, si scambiavano avviso di comparire davanti al giudice nel terzo giorno. Quindi, una volta comparsi davanti al giudice, prima di perorare davanti a lui la causa, erano soliti esporgli il caso brevemente e come per sommi capi: quest'operazione era chiamata *causae coniectio*, vale a dire una sorta di condensato della propria causa». Trad. a cura di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 129. In tal senso A. D'ORS, *Nuevos datos*, cit., 18.

³²⁵ F. BERTOLDI, *La lex Iulia*, cit., 208. Si riferisce a quei giorni in cui era lecito tenere udienza, come indicato da *caput* 90, XA 1. 27-29 *Quicumque in eo municipio Ilvir i(ure) d(icundo) p(raerit), per quos dies ex h(ac) l(ege) ibi / iudicia fieri licebit oportebit, in eos dies omnes interti-/um dato [...]*. Cfr. anche E. METZGER, *A New outline of the Roman civil trial*, cit., 46-47.

Le parti e il giudice potevano sempre concordare un'altra data per l'udienza.

Lex Irnitana 90, 31-37

Item, si inter eos inter / quos ambigetur et iudicem qui inter eos iudicare debe-/bit in aliquem diem uti intertium inter eos / detur conveniet, neque is di-/es propter venerationem domus Augustae festus erit feriarumve nu-/mero propter eandem causam haberi debet, in eum diem intertium inter / eos dato³²⁷.

In tal caso, invece, il magistrato che non avesse dato³²⁸ l'*intertium* non sarebbe andato incontro ad alcuna conseguenza. La volontà delle parti, infatti, poteva evitare una responsabilità per mancato differimento della causa.

Diversamente, il magistrato che non avesse seguito tale procedura in assenza di un accordo, sarebbe stato responsabile.

Lex Irnitana, 90, 37-41

Qui debuerit dare intertium neque dederit quive it proscriptum / ex hac lege non habuerit sciens d(olo) m(alo), is in singulos dies quibus debuerit / proscriptumve non habuerit, municipibus municipii Flavii Irni-/tani HS (sestertium) oo (mille) d(are) d(amas) e(sto), eiusque pecuniae deque ea

³²⁶ A. D'ORS, *Nuevos datos*, cit., 40; G. ZANON, 'De intertium', cit., 310.

³²⁷ «Parimenti, se tra coloro tra cui sorge una controversia e il giudice che deve giudicare tra di loro una lite, sarà opportuno assegnare un certo giorno come intervallo tra loro. E quel giorno non sarà considerato festivo né per rispetto alla venerabilità della casa di Augusto né per il numero delle festività, per lo stesso motivo, non sarà considerato festivo; concedete un intervallo tra di loro fino a quel giorno». La traduzione è mia.

³²⁸ Si parla di *intertium dare*, e secondo la dottrina potrebbe rappresentare la dazione materiale del documento contenente il giorno fissato per l'udienza che coinciderebbe con la consegna della formula. In tal senso, F. BERTOLDI, *Lex Iulia*, cit., 209.

*pecunia municipi eius mu-/nicipii qui volet, cuique per h(anc) l(egem) licebit, actio petitio persecutio esto*³²⁹.

In particolare, la *Tabula* ci dimostra che sarebbe stato sottoposto a un'*actio popularis* di mille sesterzi per ogni giorno di ritardo nel caso in cui non avesse concesso dolosamente l'*intertium* o non avesse ottemperato alla sua pubblicazione.

I *capita* successivi, invece, prevedono il caso in cui sia l'attore a notificare la data dell'udienza al convenuto:

Lex Irnitana 91,48-49

[...] *De ea re intertium adversario iudici arbitro-/ve in biduo proximo denuntiari [...]*³³⁰.

Da questi versi si ricava che potesse esserci una *denuntiatio* senza l'*intertium dare*.

Le tavolette pompeiane di Murecine del I secolo confermano quanto riferito:

TPSulp 32 (=TP 9)

C(aius) Sulpicius Cinnamus

intertium sumpsit

cum C(aio) Vario Carto

quibus de rebus

inter se et eu[m]

³²⁹ «Chi dovrebbe dare un intervallo e non lo concede e chi va dal proscritto senza avere conoscenza di questa legge con dolo, dovrà pagare ai cittadini del municipio Flavio Irnitano mille sesterzi al giorno, per ogni giorno in cui non avrà concesso l'intervallo o non si sarà astenuto dal recarsi dal proscritto. Questo denaro apparterrà al municipio di quel municipio che vuole, e chiunque lo desideri potrà esercitare un'azione, richiesta o persecuzione secondo questa legge». La traduzione è mia.

³³⁰ «Sulla stessa questione, deve essere notificato un intervallo all'avversario, al giudice o all'arbitro entro due giorni». La traduzione è mia.

*L(ucius) Cocceius Anth[us]
iudex esse diceretur*³³¹.

*TPSulp. 33 (=TP 24 + 129)
C(aius) Sulpicius Cinnamus inter=
tium sumpsit cum Q(uinto) Laberio
Philippo quibus de rebus
inter se et eum Q(uintus) Laberius
Cerdo maior iudex esse
diceretur [d(e) e (is) re(bus)] ex die
perendino iudicare*³³².

Dall'analisi delle due tavolette³³³ sembra potersi individuare un accordo tra le parti sul giorno dell'udienza davanti al giudice (Lucio Cocceius Anthus o Quinto Laberius Cerdo Maior) il quale avrebbe giudicato dal terzo giorno dopo l'udienza (*TPSulp. 32*) o dal giorno *perendinus* (*TPSulp. 33*), cioè dal dopodomani rispetto alla data di comparizione³³⁴.

Pare, infatti, che dalla lettura dei *capita* della *Lex Irnitana* combinata alle tavolette riportate, si possa confermare che il giudice veniva a conoscenza della causa solo nel momento in cui le parti gli avessero consegnato la formula. Quindi, solo quando veniva informato aveva l'obbligo di presentarsi in udienza. Una volta conosciuto il giorno poteva emanare la sentenza, oppure rinviare ad altro giorno la trattazione.

³³¹ «Caius Sulpicius Cinnamus ottenne un intervallo con Caio Vario Carto su questioni tra di loro e Lucio Cocceio Anthus, che sarebbe stato nominato giudice». La traduzione è mia.

³³² «Caius Sulpicius Cinnamus ottenne un intervallo con Quinto Laberio Filippo su questioni tra di loro e Quinto Laberius Cerdo maggiore, che sarebbe stato nominato giudice [per quelle questioni] dal giorno successivo per giudicare». La traduzione è mia.

³³³ Si veda per la storia della ricostruzione di queste tavolette G. CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpicii*, I, Napoli, 1992, *passim*; ID., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, Roma, 1999, 100 ss.

³³⁴ Allo stesso modo L. BOVE, *Documenti processuali dalle 'Tabulae pompeianae' di Murecine*, Napoli, 1979, 116.

Infatti, qualora il *iudex* non fosse stato informato, non sarebbe incorso in responsabilità; tuttavia, una volta noto il giorno dell'udienza, qualora non avesse emanato la sentenza o non avesse rinviato la causa ne avrebbe risposto, come indicato in *Lex Irnitana*, 91,51-53:

Lex Irnitana, 91,51-53

Et, si / neque dies diffisus neque iudicatum fuerit, uti lis iudi-/ci arbitrove damni sit, et si intra it tempus quod legis Iuli-/ae quae de iudici<i>s privatis proxime lata est kapite XII³³⁵.

Sulla *diffissio* citata dalla *Lex Irnitana*, cap. 91, invece, è necessario indagare i contenuti della *Lex Iulia* di cui la *tabula* pare essere una riproduzione.

Gell. *Noct. Att.* 14,2,1

[...] *Atque in dierum quidem difissionices conperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperitorum commentariis commoniti et adminiculati sumus³³⁶.*

Gellio prende in considerazione sia la *diffissio* che la *conperendinatio* chiedendo aiuto a «maestri muti» come Sabino Masurio e altri esperti di diritto i quali, tuttavia non gli furono di aiuto. In particolare, Gellio utilizza i due termini come istituti differenti ed entrambi utilizzabili.

³³⁵ «E se né il giorno è stato differito, né il giudizio è stato emesso, affinché la controversia sia risolta da un giudice o da un arbitro per i danni, e entro il periodo di tempo stabilito dalla legge Giulia, recentemente promulgata riguardo ai giudici privati, capitolo XII». La traduzione è mia.

³³⁶ Gell. *Noct. Att.* 14,2,1 «Per quanto riguarda rinvii, aggiornamenti e certe altre liturgie legali, trovammo conforto e aiuto nella stessa legge Giulia e nei commentari di Masurio Sabino e alcuni altri giurisperiti». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., II, 1041.

Sulla *diffissio*, inoltre, prosegue anche in un altro passo:

Gell. *Noct. Att.* 14,2,11

*Iussi igitur diem difindi atque inde a su. selis pergo ire ad Fauorinum philosophum, quem in er tempore Romae plurimum sectabar, atque ei de causa a de hominibus quae apud me dicta fuerant, uti res erat, narto omnia ac peto, ut et ipsum illud, in quo haerebam, et cetera etiam, quae obseruanda mihi forent in officio iudicis, faceret me, ut earum rerum essem prudentior*³³⁷.

Nella veste di giudice privato, Gellio ordina di rinviare la causa ad altro giorno per poter consultare il filosofo Favorino. In qualità di *iudex privatus* era in grande difficoltà: non sapendo come decidere la questione giuridica a lui sottoposta decide di operare una *diffissio diei*.

Così come si ritrovano testi che prendono in considerazione entrambi gli istituti, allo stesso modo la *lex Irnitana* cita anche l'istituto della *diffissio*.

Infatti, per valutare il rapporto che intercorre tra l'*intertium* e la *diffissio*, sembra possibile avanzare una certa lettura: l'*intertium* viene concesso dal magistrato e l'attore ha l'onere di fare *denuntiatio* alla controparte e al giudice, il quale, venuto a conoscenza del termine, poteva emanare la sentenza o procedere con la *diffissio diei*.

³³⁷ Gell. *Noct. Att.*, 14,2,11. «Disposi perciò il rinvio della sentenza; e quindi dal tribunale mi dirigo alla volta del filosofo Favorino (voi a quel tempo lo frequentavo spessissimo in Roma); gli espongo per filo e per segno lo stato dei fatti, sulla causa e sulle persone, quale era risultato davanti a me, e lo prego di volermi illuminare sia sul dubbio specifico che mi assillava sia, in generale, su quello che doveva essere il mio comportamento rispetto al mio dovere di giudice». Trad. a cura di G. BERNARDI-PERINI, *Le Notti Attiche*, cit., II, 1043.

4.2. *LITEM SUAM FACERE NELLA LEX IRNITANA*

Secondo il legislatore che ha emanato la *Lex Irnitana*, il giudice sarà responsabile nei seguenti casi:

Lex Irnitana 91, 17-19

*Utique si neque diffisum e lege neque iudicatum sit, per quos dies quoque loco ex h(ac) l(ege) iudicari licebit oportebit, iudici arbitro lis damni sit*³³⁸.

Se il giudice non rinviava o non emetteva la sentenza ne rispondeva direttamente.

La *lex Irnitana* ritiene riprovevoli i comportamenti che già erano descritti nel *P.Ant.* I, 22 *recto*³³⁹: in quest'ultimo, infatti, si legge tramite una citazione di Pomponio che *si neque diffidit neque sententiam dixit* il giudice era responsabile perchè *litem suam fecit*.

Nella *lex Irnitana*, in modo parzialmente diverso, si legge *si neque dies diffis(s)us neque iudicatum fuerit*³⁴⁰, comportamento che è definito non solo come *litem suam facere* – come leggiamo nel frammento papiraceo – ma come *iudici arbitrove damni esse*³⁴¹.

³³⁸ «Certamente, se non c'è stato né il rinvio, né il giudizio, per tali giorni e luoghi sarà necessario giudicare secondo questa legge, sia da parte del giudice che dell'arbitro, riguardo alla lite sui danni». La traduzione è mia.

³³⁹ Così come rilevato da R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 238 e da F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 233.

³⁴⁰ Il d'Ors fa una interessante comparazione: «Destaco, pues, lo que para nuestro actual tema interesa (lín. 52 ss. de col. A): *si neque dies diffusus neque iudicatum fuerit, uti lis iudici arbitrove damni sit et... res in iudicio non sit*. Y más abajo (lín. 15 ss. de col. B): *si neque diffisum e lege neque iudicatum sit... iudici arbitro(ve) lis damni sit..., si... iudicatum non sit, res in iudicio non sit*. Esto coincide con la información más fidedigna que teníamos sobre el *litem suam facere*, y, en special, del *PAnt.* I, 22: *iudicem qui neque diffidit neque sententiam dixit litem suam fecisse videri*». A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 377.

³⁴¹ Vedi F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 233; A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 376: «Este efecto previsto en la ley, de *litem damni iudici fieri*, es el que ahora nos interesa, porque, como puede comprenderse, se trata precisamente, aunque sea con otra expresión legal, de lo mismo que *litem suam facere*».

È possibile constatare che anche in questa fonte non rileva lo stato soggettivo del giudice, poiché la responsabilità sarebbe sorta con un'omissione procedurale: sia nella *Lex Irnitana* che nel *P.Ant. I, 22 recto*, la correlazione *neque... neque* indica due alternative possibili per evitare di incorrere in *litem suam facere*.

Il giudice, quindi, da un lato era tenuto ad emettere la sentenza (*sententiam dixit*); dall'altro lato, invece, aveva la possibilità di fissare un termine ulteriore per proseguire la causa.

Nel capitolo 91 la *lex Irnitana* sembra dare una duplice possibilità al giudice: pronunciarsi sulla questione con sentenza, oppure, subordinatamente, differire la controversia. Nel caso non abbia provveduto né in un senso, né nell'altro, si sarebbe potuto agire nei suoi confronti per *litem suam facere*.

Il grande contributo dato da tale ritrovamento è rilevato da Lamberti³⁴² la quale sostiene che, qualora il giudice avesse tenuto una condotta tale da non decidere la causa o da non rinviarla, ciò avrebbe comportato delle conseguenze gravissime per l'attore, che si sarebbe visto precludere la possibilità di procedere in quanto sarebbe andato incontro all'estinzione del processo. Si tratterebbe, dunque, di un comportamento che avrebbe potuto avere come conseguenza la *mors litis*³⁴³.

La problematica inerente «la consumazione del diritto sostanziale dedotto in giudizio³⁴⁴», ha originato diverse ipotesi in dottrina: da un lato Burdese sostiene che «la lite come tale ridondi a danno (esclusivo) del giudice dal momento stesso in cui

³⁴² F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 234 s.

³⁴³ «È da notare, infatti, che il non fissare rinvio del giudizio e il *non dicere sententiam* dovevano comportare, per l'attore, la gravissima conseguenza dell'estinzione del processo. Questo, d'altronde, è quanto lascia intendere a chiare lettere la *lex* quando dichiara «*et si... iudicatum non sit, uti res in iudicio sit*». L'espressione allude evidentemente alla *mors litis*, e una delle preoccupazioni principali della legge sembra essere proprio quella di evitare che essa si verifici, o almeno di predisporre una tutela per l'attore, ponendo il caducarsi dell'*actio* 'a danno del giudice'. F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 234. Sul punto anche F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 38 ss.

³⁴⁴ R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 240.

non c'è stata *diffissio* né giudicato e che con la decorrenza dei termini fissati dalla *lex Iulia* si produca definitiva *mors litis*³⁴⁵». Dello stesso avviso, peraltro, è il d'Ors³⁴⁶.

Di diversa opinione è la Lamberti la quale, invece, sostiene la sola estinzione degli effetti processuali³⁴⁷.

La conclusione, a cui è possibile arrivare a seguito di questa analisi, sembra prospettare una difficile interpretazione dell'istituto del *litem suam facere*, nella sua specifica accezione giuridica, laddove sembra indicare un comportamento omissivo del giudice che viene meno ai suoi specifici obblighi procedurali o non realizzi correttamente le attività che gli sono richieste, quali il differimento del termine dell'udienza. Conseguenza riprovevole di tale comportamento è l'*expiratio iudicii*, tutta a danno della parte attrice che, consumando l'azione, si vede preclusa la possibilità di tutela per i propri diritti³⁴⁸.

Per questo venne ravvisata una responsabilità in capo al giudice, il quale con il suo comportamento avesse causato la *mors litis* non rispettando i termini prescritti, causando un danno alle parti.

5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Alla luce delle fonti analizzate, è possibile trarre le seguenti considerazioni conclusive.

³⁴⁵ A. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., 164. Il senso che vuole dare l'illustre giurista è che la *res litigiosa*, cessando di essere oggetto di giudizio, non permette più di rivolgersi contro il giudice che avesse peccato di *litem suam facere*.

³⁴⁶ A. D'ORS. *Nuevos datos de la ley Irnitana sobre jurisdicción municipal*, cit., 46.

³⁴⁷ «Tale comportamento doveva riflettersi, inoltre, negativamente, sulla pretesa fatta valere in giudizio dall'attore. Non è possibile, allo stato attuale delle nostre conoscenze, rispondere soddisfacentemente al quesito se, con la *mors litis*, si estinguesse anche il diritto sostanziale dell'attore, ossia la possibilità, per tale soggetto, di agire nuovamente in giudizio *de eadem re*». F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 261-262 nt. 183.

³⁴⁸ Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., cit., 240.

La fattispecie del *iudex qui litem suam fecit*, trova possibili attestazioni già a partire dal II sec. a.C. e i suoi connotati si inseriscono perfettamente nel solco dell'elaborazione di una responsabilità di stampo oggettivo tramandata dalla fattispecie presente in XII Tab. 2.2.

In particolare, Macrobio in *Sat.* 3,16,15, nel descrivere i comportamenti riprovevoli degli antichi romani (in particolare, la critica era stata mossa da Caio Tizio in favore dell'emanazione della *Lex Fannia* volta a contrastare il lusso e le esagerazioni alimentari dell'epoca) utilizza il sintagma *litem suam facere* per riferirsi alla responsabilità dei giudici che, in assenza di giustificati motivi, non si presentano in udienza. A corroborare questo significato, soccorre anche il paragrafo successivo (*Sat.*, 3,16,16) in cui Macrobio racconta cosa succede se i giudici, anche se ubriachi, si presentano in udienza: in tal caso non faranno propria la lite anche se parteciperanno in modo disattento alla causa, anche se si addormenteranno o esplicheranno le loro funzioni vitali allontanandosi momentaneamente dal foro.

Si delinea, pertanto, una responsabilità nel solo caso di assenza ingiustificata del giudice in udienza, cioè nel caso di violazione delle formalità processuali che richiedono all'organo giudicante di presiedere il processo.

Lo stesso è confermato da Aulo Gellio in *Noct. Att.* 10,1,4-5. Secondo l'erudito, infatti, il *litem suam facere* si concretizzava nel caso di assenza del giudice in udienza, come la parola *absens* presente nel testo suggerisce.

Il significato di *l.s.f.* quale assenza del giudice e violazione di formalità processuali, trova conferma anche in fonti giuridiche.

In particolare, in *P.Ant.* I, 22 *recto* il *iudex* è ritenuto responsabile di fare sua la lite nel caso in cui *neque diffidit neque sententiam dixit*.

Nella fonte è riportato il pensiero di Pomponio il quale sostiene che il pupillo perde la causa in conseguenza di un comportamento del giudice che si sostanzia o nel mancato differimento dell'udienza, o nell'erroneo esercizio della *diffissio*.

Conformemente a quanto descritto da Macrobio, anche in questo caso il giudice è responsabile se non adempie alle formalità del suo *officium*: oltre a prevedere la sua presenza, è richiesto al giudice che posticipi il termine per la decisione se ne ravvisa l'opportunità. In mancanza di tali provvedimenti, il giudice farà sua la lite e sarà responsabile nei confronti della parte danneggiata.

La medesima fattispecie compare nel ritrovamento epigrafico di Irni: il giudice che non emette sentenza o che non fissa un termine ulteriore per la prosecuzione della causa sarà considerato responsabile per *litem suam facere*.

In tutti i casi descritti la responsabilità del giudice si configura in presenza di una violazione formale del processo, in particolare quando il *iudex* non si presenta in udienza, quando non differisce il processo, quando non emette sentenza. In tutte queste ipotesi, tuttavia, non è richiamato alcun coefficiente soggettivo: il giudice è considerato responsabile per *litem sum facere* nel senso appena descritto indipendentemente dall'intenzione e dalla volontà che lo animava.

Sono, questi, elementi che possono essere letti come indicativi della natura c.d. oggettiva del *litem suam facere*.

CAPITOLO TERZO

IL CRITERIO DI IMPUTAZIONE DEL *LITEM SUAM FACERE* NEL PERIODO CLASSICO

SOMMARIO. 1. Il *litem suam facere* per Gaio. – 1.1. Le *Institutiones*: Gai. 4,52. – 1.1.1. La testimonianza della fonte. – 1.1.2. La ricostruzione del testo. – 1.1.3. *Litem suam facere* come errore. – 1.1.4. La validità della sentenza: una questione dibattuta. – 1.1.5. Conseguenze alle violazioni sostanziali. – 1.1.6. Riflessioni conclusive. – 1.2. *Le Res cottidianae*. – 1.2.1. D. 44,7,5,4. – 1.2.1.1. La ricostruzione del testo. – 1.2.1.2. *Imprudentia*. – 1.2.1.2.1. Fonti letterarie. – 1.2.1.2.2. Fonti giuridiche. – 1.2.1.2.2.1. Prima di Gaio. – 1.2.1.2.2.2. Fonti post-gaiane. – 1.2.2. D. 50,13,6. – 1.2.2.1. La ricostruzione del testo. – 1.2.2.2. *Licet per imprudentiam*. – 1.2.3. Significato di *imprudentia* nelle *Res cottidianae*. - 2. *Litem suam facere* nel periodo dei Severi: Ulpiano. – 2.1. D. 5,1,15,1. – 2.1.1. Testimonianza della fonte. – 2.1.2. La ricostruzione del testo. – 2.1.2.1. La collocazione palinogenetica del frammento. – 2.1.2.2. La parte genuina della fonte. – 2.1.2.3. Le presunte interpolazioni. – 2.1.3. *Litem suam facere* per Ulpiano.

1. IL *LITEM SUAM FACERE* PER GAIO

1.1. LE *INSTITUTIONES*: GAI. 4,52

1.1.1. LA TESTIMONIANZA DELLA FONTE

La ricostruzione del *litem suam facere* sopra proposta trova riscontri anche nelle opere dei giuristi classici.

In particolare, Gaio prende in considerazione il sintagma nelle sue *Institutiones*, 4,52³⁴⁹:

Gai. 4,52

*Debet autem iudex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa condemnet, alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est. [...]*³⁵⁰.

Il passo gaiano delinea chiaramente dei casi in cui si configura il *litem suam facere*: quando, presente una *condemnatio certa*, il giudice che emette la sentenza impone una somma di denaro diversa (sia essa superiore o inferiore) e così assume la responsabilità della lite. Analogamente, nel caso di una *taxatio*, il giudice fa sua la lite se supera il limite massimo stabilito nella clausola inserita nella formula, mentre gli è permesso condannare ad una somma minore.

Il IV libro delle *Institutiones* è dedicato interamente al processo: Gaio, con quest'opera, intendeva offrire una panoramica dell'ordinamento giuridico del suo tempo per insegnare ai giovani il diritto e, nello specifico, anche come si procedeva in giudizio.

³⁴⁹ Questa testimonianza di Gaio, tuttavia, è cronologicamente la seconda conosciuta: infatti, il primo giurista ad utilizzare il sintagma fu Giuliano, come conservato in D. 5,1,16, pr. (*Ulp. V ad ed.*): *Iulianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multis notata est.* «Giuliano inoltre reputa che l'azione competa anche nei confronti dell'erede del giudice che fece propria una lite; questo parere <però> non è vero e da molti <giuristi> è stato annotato criticamente». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., 9.

³⁵⁰ Gai. 4,52 «Se la *condemnatio* è del tipo con una somma determinata, il giudice, tuttavia, deve far attenzione a non condannare ad una somma di denaro superiore o inferiore a quella indicata; altrimenti, fa sua la lite. Ancora, se è inserita la clausola del massimo, deve fare attenzione a non condannare oltre il limite; altrimenti, infatti, allo stesso modo fa sua la lite. Gli è, invece, consentito condannare ad una somma inferiore...». Trad. a cura di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 145.

Qui il giurista descrive minuziosamente le varie parti della formula³⁵¹ e, nel passo in questione esamina la *condemnatio*³⁵².

In tale contesto, il giurista prospetta i casi in cui il giudice incorre nella responsabilità del *litem suam facere*: un primo caso si verifica quando la *condemnatio* è *certa* (ciò vuol dire che vi è l'indicazione del potere di condannare a una *certa pecunia* o a una *certa res*³⁵³) e il giudice condanna per un ammontare diverso, superiore o inferiore al dovuto. Il secondo caso, invece, si verifica quando è stata posta nella formula una *taxatio*³⁵⁴ e la somma di denaro ivi indicata sia stata superata con la condanna.

³⁵¹ Dal § 39 parla delle varie parti della formula in modo dettagliato.

³⁵² Il quarto libro delle *Institutiones* è dedicato al processo in generale e, nello specifico, a quello formulare, quale ultimo argomento previsto dalla tripartizione *res, personae, actiones*. Il processo per *formulas* è caratterizzato dal suo formalismo, sebbene esso non sia come nelle *legis actiones*, tale da prevedere diverse parti della formula con le quali essa si componeva e ognuna delle quali era necessaria per apprestare la specifica tutela richiesta dei litiganti. *Ex multis*, cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 15 s.

³⁵³ Così viene descritta da Gai. 4, 49-50: *Condemnatio autem uel certae pecuniae in formula proponitur uel incertae. Certae pecuniae uelut in ea formula, qua certam pecuniam petimus; nam illic ima parte formulae ita est: IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVE.* «Nella formula, la *condemnatio* è inserita per una somma di denaro determinata oppure indeterminata. Per una somma di denaro determinata, ad esempio, nella formula con la quale chiediamo una somma di denaro determinata. Infatti, la parte finale di quella formula suona così: GIUDICE CONDANNA NUMERIO NEGIDIO NEI CONFRONTI DI AULO AGERIO PER DIECIMILA SESTERZI; SE NON RISULTA ASSOLVILO». Trad. a cura di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 143.

³⁵⁴ Per comprendere che cosa sia la *taxatio* è necessario riprendere le parole di Gai. 4,51, ne spiega il contenuto e la funzione, dovendo necessariamente chiarire che cosa significhi *condemnatio incerta*: *Incertae vero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet. est enim una cum aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione, velut si incertum aliquid petamus; nam illic ima parte formulae ita est: EIUS, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUMTAXAT SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVE. vel incerta est et infinita, velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est, si in rem agamus vel ad exhibendum. nam illic ita est: QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVITO. quid ergo est? iudex, si condemnet, certam pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in condemnatione posita non sit.* «La *condemnatio* per una somma indeterminata di denaro, invece, ha una duplice forma. Infatti, ce n'è una con un limite prefissato, che viene chiamata comunemente «con un massimo», come nel caso in cui l'oggetto della domanda è indeterminato. Infatti, la parte finale di quella formula è: «IL GIUDICE CONDANNI NUMERIO NEGIDIO NEI CONFRONTI DI AULO AGERIO, ENTRO UN MASSIMO DI DIECIMILA SESTERZI; SE NON RISULTA, LO ASSOLVA». D'altra parte, può essere indeterminata e infinita, come nel caso in cui richiediamo una cosa in quanto nostra a chi la possiede, vale a dire se l'azione è reale o per l'esibizione. Infatti, in quelle formule si trova: «IL GIUDICE CONDANNI NUMERIO NEGIDIO NEI CONFRONTI DI AULO AGERIO PER UNA SOMMA DI DENARO PARI AL VALORE CHE AVRÀ LA COSA; SE NON RISULTA, LO ASSOLVA». Qual è la conseguenza? Il giudice, se ritiene di condannare, deve condannare ad una somma determinata, sebbene nella *condemnatio* non sia stata posta una somma determinata». Trad. a cura di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 143-145.

Tuttavia, in quest'ultima ipotesi, il giudice non è considerato responsabile se ha condannato a una somma inferiore poiché la *taxatio* rappresenta il limite massimo della condanna e non un'indicazione precisa dell'ammontare.

In conclusione, sembra plausibile affermare che il giudice veniva considerato responsabile in caso di errore nella condanna o nella determinazione di una *taxatio* superiore, indipendentemente dalle motivazioni che lo hanno indotto in errore.

1.1.2. LA RICOSTRUZIONE DEL TESTO

La testimonianza gaiana delle Istituzioni non è stata risparmiata dalla critica: sia per l'opera da cui è tratta³⁵⁵, sia per le lacune presenti nel testo, la dottrina nutre forti dubbi.

In particolare, il passo in esame è oscuro poiché la seconda parte non è più leggibile sul manoscritto veronese e non vi è alcun riferimento ad una valutazione soggettiva della condotta. Il dettato presenta notevoli lacune dopo *at si etiam*, che molti studiosi hanno tentato di integrare.

Il tentativo ricostruttivo di parte della dottrina è difficile da condividere: infatti, le integrazioni proposte, pur ragionevoli, sembrano mancare di un fondamento nelle

³⁵⁵ Per la storia del ritrovamento del palinsesto veronese rimando agli atti della tavola rotonda tenuta a Bologna il 20 ottobre 2006 dal titolo «*Gaio ritrovato*»: le «*pagine scomparse*» nel codice veronese delle *Institutiones*, in *Minima epigraphica et papyrologica*, X, 2007, 123-192 (a cura di F. BRIGUGLIO) contenente i contributi di: F. COSTABILE, *Preistoria di una ricerca*, 127-130; M. AMELOTTI, *Sul filo dei ricordi*, 131-134; G. PURPURA, *Un percorso di ricerca*, 135-142; in particolare, sul lavoro di recupero del manoscritto, si veda F. BRIGUGLIO, *Le «pagine scomparse»*, 143-190. Si veda anche F. BRIGUGLIO, *La Paternità di Gaius in una scritta ritrovata del Codice Veronese delle Institutiones*, in *Minima epigraphica et papyrologica*, XI, 2008, 205 ss. Si veda anche M. VARVARO, *La revisione del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio e le schede di Bluhme*, in *AUPA*, LVII, 2014, 387-438.

fonti, basandosi piuttosto su uno sforzo interpretativo-creativo privo di un appiglio testuale³⁵⁶.

Pertanto, in mancanza di sufficienti fonti, è da considerare impossibile giungere a una ricostruzione del testo che rispecchi fedelmente il significato voluto dal suo autore. Gli indizi a nostra disposizione non sono sufficienti per avallare una delle proposte di interpretazione testuale.

1.1.3. *LITEM SUAM FACERE COME ERRORE*

L'accezione tecnico-giudica assunta dal sintagma in Gai. 4,52 riflette quanto in precedenza discusso: il giurista esprime la responsabilità del giudice per aver violato in qualche modo le formalità processuali.

In particolare, Gaio descrive il caso in cui il giudice abbia deciso in modo difforme da quanto racchiuso nella *condemnatio* o nella *taxatio*. È evidente dalla lettera del testo che si tratti di un errore: il giudice, che sbaglia (indipendentemente dalla volontà, dalla distrazione o dallo stato di ebbrezza) nel pronunciare la condanna o nel superare la *taxatio* presente nella formula, fa sua la lite.

È plausibile credere che il testo proseguisse trattando il tema di nostro interesse, ma, come già detto, non è possibile spingersi al di là delle mere congetture³⁵⁷.

³⁵⁶ Tra le ricostruzioni proposte, ricordo quella di P. E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae Anteiustinianae quae supersunt*, Lipsia, 1886⁵, 364 che, tuttavia, è difficile da sostenere: *At si etiam taxatio posita non sit, | quanti velit condemnare potest. 52a. Unde quia, quod petit, | qui formulam accipit, intendere debet, 'nec amplius iudex quam certa condemnatione constringitur, sed nec | iterum eandem formulam accipit, qui egit, et in condem/natione certam pecuniam, quam petit, ponere debet, ne consequatur min/us quam velit*. Roberto Scevola, critico rispetto alle integrazioni così proposte, afferma che: «la metodologia non può essere condivisa, perché l'integrazione, per quanto ragionevole possa essere non si fonda su una tradizione manoscritta o su indicazioni rilevabili da altre fonti: le lacune sono infatti tanto ampie che non basta uno sforzo di creatività per colmarle, sicché qualsiasi tentativo in tal senso, non supportato da nuovi dato testuali, è destinato a produrre soltanto ulteriori congetture». R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 242, nt. 54.

³⁵⁷ F. LAMBERTI, *Riflessioni*, 228, nt. 35.

Tuttavia, sembra sicuro il comportamento richiesto al giudice: egli, infatti, non avrebbe dovuto né condannare ad una somma diversa da quella indicata, né violare il riferimento della *taxatio*. Questo rappresentava il contenuto del suo *officium*.

Tale posizione, a mio avviso, trova corrispondenza anche in alcuni frammenti di altri giuristi, come in quello riportato nel Digesto e attribuito a Giavoleno relativo all'*arbiter* del giudizio divisorio:

D. 10,3,18 (*Iav. II epist.*)

*Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest*³⁵⁸.

Pur riferendosi ad un giudizio arbitrale, il giurista richiama il medesimo divieto indicato da Gaio³⁵⁹: anche l'arbitro non può violare le disposizioni processuali e decidere oltre alle prescrizioni della formula. Nel caso specifico il giudice della divisione (ossia l'*arbiter*) non può decidere liberamente che un fondo ereditario sia gravato da una servitù a favore di un fondo non ereditario, poiché la sua autorità non può oltrepassare ciò che viene dedotto in giudizio ed è stabilito dal pretore.

Interpretando tale fattispecie *a contrario*, potrebbe essere qualificata come *litem suam facere*³⁶⁰: l'arbitro che viola le formalità processuali oltrepassando ciò che è

³⁵⁸ D. 10,3,18 (*Iav. II epist.*) «Il giudice della divisione non può disporre che un fondo ereditario sia gravato da servitù a favore di un fondo non ereditario, poiché la potestà del giudice non può andare oltre ciò che viene dedotto in giudizio». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., II, 329. Sull'interpretazione del frammento e su una sua analisi in ottica sistematica si veda il De MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 31 ss. Il testo non è interessato dalla critica interpolazionistica, infatti non compare il riferimento nell'*Index Interpolationum*.

³⁵⁹ Vedi F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 228, nt. 35.

³⁶⁰ Sul punto richiamo quando già riportato in M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 289-290. Infatti, come precisato in nota 118, giudice ed arbitro nella sostanza non sono distinguibili. Unica differenza rinvenibile – oltre ai diversi *nomina iuris* – sta nelle competenze che devono essere assolte: il giudice in genere è meno specializzato; l'*arbiter*, invece, necessita di avere delle competenze tecniche specifiche, anche per il tipo di giudizi che sono sottoposti alla sua attenzione.

dedotto in giudizio, sia intenzionalmente, sia con malizia o per distrazione, commette un errore e ‘fa sua la lite’.

A mio avviso, anche una testimonianza di Giuliano sembra confermare questa interpretazione:

D. 5,1,74 pr-1 (*Iul. V dig.*)

*De qua re cognoverit iudex, pronuntiare quoque cogendus erit. Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat*³⁶¹.

Nel frammento riportato, il giurista stabilisce che il *iudex* è tenuto a rispondere sempre quando le parti lo richiedono, garantendo così loro il diritto di ricevere risposte alle questioni avanzate in giudizio³⁶².

Inoltre, qualora ci sia stata una *conventio* tra l’attore e il convenuto, il giudice può anche superare la *certa summa* indicata nella formula senza peccare di *litem suam facere*.

Da questo frammento si può dedurre che non erano previste ipotesi di nullità d’ufficio della sentenza nel caso di superamento dei limiti della formula. Sono le parti che devono agire in caso di violazione contro il giudice *qui litem suam fecit*.

La *ratio* di D. 5,1,74 (*Iul. V dig.*) risiede nel fatto che il processo è strumento delle parti, le quali possono deciderne il regolamento, permettendo al giudice azioni altrimenti vietate e che comporterebbero la sua responsabilità. Quella riportata da

³⁶¹ D. 5,1,74 pr-1 (*Iul. V dig.*) «Sulla controversia, sulla quale abbia esercitato la cognizione, il giudice deve anche essere costretto a pronunciarsi. Il giudice, al quale è stato ordinato di giudicare fino ad una determinata somma, può giudicare anche per un maggior valore, se <così> si convenga tra i litiganti». Trad. a cura di S. CHIPANI, *Digesta*, cit., II, 23.

³⁶² Questo un primo limite alla totale libertà del giudice che, pur non essendo obbligato, è comunque sollecitato nel decidere, senza, però arrivare all’obbligo giudico che troviamo negli ordinamenti moderni.

Giuliano sembra quindi essere una vistosa eccezione alla regola generale: il giudice non può violare le indicazioni della formula, eccetto il caso in cui le parti, con una *conventio a latere*, abbiano disposto la possibilità di condannare a una somma diversa da quella indicata nella formula.

1.1.4. LA VALIDITÀ DELLA SENTENZA: UNA QUESTIONE DIBATTUTA

Un problema che ha affaticato la dottrina in merito all'interpretazione di Gai. 4,52 risiede nella validità o meno della sentenza emessa ugualmente dal giudice che avesse giudicato oltre i limiti indicati della *condemnatio* o della *taxatio* presenti nella formula.

Un primo orientamento³⁶³ sosteneva la validità della sentenza emessa dal giudice che è incorso in *litem suam facere*. I sostenitori di questa tesi ritenevano che l'errore del giudice fosse facilmente superabile grazie ai rimedi pretori³⁶⁴.

Per argomentare tale posizione, si richiamano le Istituzioni di Gaio, in particolare alcuni passaggi del IV libro:

Gai. 4,106

Et si quidem imperio continenti iudicio actum fuerit, sive in rem sive in personam, sive ea formula, quae in factum concepta est, sive ea, quae in ius

³⁶³ Sono favorevoli alla validità della sentenza F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 30 ss.; J. M. KELLY, *Roman Litigation*, cit., 122 ss.; F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 256; R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 248 ss.

³⁶⁴ Questo è l'orientamento meno rigorista in merito al formalismo del processo *per formulas*. Si veda sul punto R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 244; sul significato e l'importanza del formalismo giuridico nel diritto romano cfr. R. ORESTANO, s.v. *Formalismo giuridico*, in *Enciclopedia Italiana*, III appendice, 1961.

*personam tales actiones in quibus exprimitur [. . . . vv. 7] actum fuit*³⁶⁷.

Nel testo in 4,106, Gaio affronta il caso di un giudizio *imperio continens*, in cui il principio del *ne bis in idem* non opera automaticamente. È necessario, invece, sollevare l'eccezione di cosa giudicata o di deduzione precedentemente avanzata in giudizio.

Tuttavia, la preclusione dell'instaurazione di un nuovo processo opera automaticamente nei casi descritti nel paragrafo 107: per i *iudicia legitima in personam*, che abbiano l'*intentio in ius concepta*, infatti, l'estinzione determinata dalla *litis contestatio* opera *ipso iure*. Se, invece, si tratta di un'azione reale o *in factum* si dovrebbe allegare una specifica eccezione.

Infine, Gaio si sofferma sulla discrezionalità del giudicante nel caso in cui si trovi in una delle situazioni appena prospettate. Nel paragrafo 114 dello stesso libro delle Istituzioni, il giurista prende in considerazione l'ipotesi in cui il convenuto abbia soddisfatto le pretese dell'attore prima della sentenza. A questa situazione avevano provato a rispondere sia i Sabiniani che i Proculiani.

I primi sostenevano che il convenuto dovesse essere comunque assolto; i secondi, invece, ritenevano che nei giudizi di stretto diritto il giudice l'avrebbe dovuto

³⁶⁷ Gai. 4,114: «Rimane da considerare che cosa sia consono all'ufficio di giudice nel caso in cui il convenuto soddisfi l'attore prima della sentenza, ma quando ormai il giudizio è stato accettato (dal convenuto), se debba assolverlo, o piuttosto condannarlo, citi che nel momento in cui ha accettato il giudizio si trovava in una situazione per cui deve essere condannato. I nostri insegnanti ritengono che o debba assolvere e non faccia differenze di qual genere sia il giudizio. Questo è il fenomeno cui comunemente ci si riferisce dicendo che secondo Sabino e Cassio tutti i giudizi tendono all'assoluzione. Gli esponenti dell'altra scuola sono dell'opinione contraria per quando riguarda i giudizi stretti, mentre sono del medesimo avviso per quando riguarda i giudizi di buona fede, data la piena discrezionalità di cui gode il giudice nei giudizi di questa natura. Pensano lo stesso anche in proposito delle azioni reali, dato che il testo della formula dice espressamente che il convenuto deve essere condannato soltanto se non avrà restituito la cosa in conformità alla valutazione arbitraria del giudice... ci sono pure delle azioni personali analoghe, nelle quali viene rimessa espressamente al giudice la valutazione arbitraria circa il modo in cui il convenuto debba soddisfare l'attore per evitare la condanna...». Trad. a cura di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 165.

condannare, mentre nei giudizi di buona fede lo avrebbe dovuto assolvere per la discrezionalità di cui godeva in queste cause.

Da tali paragrafi discende il ragionamento a sostegno della tesi favorevole alla validità della sentenza. Infatti, Gaio ci rende noto che nei *iudicia legitima in personam*, la cui *intentio* conteneva un *dari oportere*, il diritto si estingueva con la *litis contestatio*. In tal caso non si poteva intentare un'altra azione *ipso iure*.

Negli altri giudizi, quelli legittimi *in rem* e quelli *imperio continentia*, l'estinzione dell'azione non operava automaticamente ed era possibile intenderla nuovamente, potendosi respingere solo mediante un'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* concessa dal pretore³⁶⁸. Costui, infatti, poteva accordare al danneggiato un rimedio, quale ad esempio la *in integrum restitutio*³⁶⁹, laddove vi era margine per la sua discrezionalità.

Pertanto, se fosse stata emessa una sentenza formalmente sbagliata (per violazione della *condemnatio* o della *taxatio*), questa non sarebbe stata né riformata, né considerata nulla, a meno che il pretore, in forza dello *ius honorarium*, non avesse concesso delle specifiche eccezioni³⁷⁰.

Il principio della validità della sentenza emessa in violazione delle formalità processuali sembra espresso anche da Ulpiano, conservato in D. 42,1,55³⁷¹:

D. 42,1,55 (*Ulp. LI ad Sab.*)

³⁶⁸ F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 27.

³⁶⁹ F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 26 «[...] come mai il pretore, anziché garantire alla parte danneggiata un'azione di responsabilità contro il giudice non ha pensato di accordarle una *restitutio in integrum*, che viene invece adoperata in casi analoghi se non meno gravi? Questa sarebbe stata la via più semplice. Ma essa non era la sola».

³⁷⁰ L'evoluzione del processo ha portato il pretore ad avere un ruolo fondamentale nello svolgimento del giudizio, crescendo notevolmente di importanza, tanto da diventare l'elemento riequilibratorio nelle situazioni che, applicando rigorosamente lo stretto *ius civile*, si sarebbero presentate inique ed ingiuste³⁷⁰, come la concessione di eccezioni al diritto civile. Si veda F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 27; R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 244.

³⁷¹ F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 32; F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 256.

*Iudex posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit: et hoc iure utimur, ut iudex, qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit: semel enim male seu bene officio functus est*³⁷².

Il giudice, una volta emessa la sentenza, viene destituito dalle sue funzioni e gli è precluso ogni tentativo di correzione anche nel caso in cui constati di aver pronunciato una condanna oltre i limiti indicati.

Questo frammento, dunque, sembra chiarire che la sentenza rimanga valida, anche se in violazione della formula³⁷³.

Nonostante parte della dottrina ritenga tale frammento inutile e meramente compilatorio³⁷⁴, i sostenitori della validità della sentenza traggono da esso un principio essenziale al sistema processuale romanistico: cioè, la mancanza di meccanismi formali per la correzione di una sentenza una volta emessa. Ciò discende dal fatto che il giudice cessa la sua funzione al momento della pronuncia³⁷⁵, che essa sia giusta o ingiusta, corretta oppure in violazione delle formalità prescritte dal magistrato.

³⁷² D. 42,1,55 (*Ulp. LI ad Sab.*) «Un giudice, una volta pronunciata la sentenza, cessa di essere giudice; e tale è il diritto in vigore, che un giudice che ha condannato uno in più o uno in meno, non può correggere la sentenza perché già bene o male ha adempiuto al suo incarico». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 3042. Il testo, sostanzialmente genuino, è criticato dal Biondi che lo ritiene certamente interpolato da *et hoc...a functus est*. Lo studioso, infatti, sostiene che non possa essere proposta nel sistema formulare la correzione della sentenza. Cfr. B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, IV, Milano, 1930, 53, nt. 96.

³⁷³ F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 31, J. M. KELLY, *Roman litigation*, cit., 122.

³⁷⁴ B. BIONDI, *Appunti*, cit., 53.

³⁷⁵ Tale ragionamento è fatto da F. DE MARINO, *Litem suam facere*, cit., 32, in cui afferma che: «il primo (D. 42,1,55) è sicuramente alterato ed è stato già ritenuto compilatorio [...]. Esso sembra far discendere la causa dell'impossibilità di far correggere la sentenza da fatto che il giudice finì di essere tale dopo aver emesso la sentenza, così come afferma all'inizio del testo».

L'orientamento che propugna l'invalidità della sentenza³⁷⁶, invece, interpreta il frammento ulpiano in maniera diversa: il giudice non può correggere una sentenza erronea non perché cessa il suo *officium*, bensì perché la sentenza è intrinsecamente nulla.

Per quanto riguarda la validità della sentenza, viene richiamato anche un altro frammento attribuito a Gaio e non toccato dalla critica interpolazionistica:

D. 3,3,46,4 (*Gai. III ad ed. prov.*)

*Procurator ut in ceteris quoque negotiis gerendis, ita in litibus ex bona fide rationem reddere debet, itaque quod ex lite consecutus erit sive principaliter ipsius rei nomine sive extrinsecus ob eam rem, debet mandati iudicio restituere usque adeo, ut et si per errorem aut iniuriam iudicis non debitum consecutus fuerit, id quoque reddere debeat*³⁷⁷.

Il procuratore, sia nella condotta di tutti gli affari, sia nelle liti, deve rendere il conto del proprio operato secondo buona fede. Per tale ragione, ciò che sarà conseguito nella causa, sia in via principale in ragione della cosa, sia esternamente rispetto alla cosa medesima, deve essere restituito con l'azione di mandato. Tale comportamento è dovuto anche nel caso in cui abbia conseguito per errore o atto ingiusto del giudice ciò che non era dovuto.

³⁷⁶ Sull'invalidità della sentenza militano A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 372 ss.; I. CREMADES - J. PARICIO, *La responsabilidad*, cit., 183; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., 3; A. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., 174; C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano II. Il processo formulare*, Torino, 2000, 186; R. FERCIA, *Litem suam facere*, cit., 1.

³⁷⁷ D. 3,3,46,4 (*Gai. III ad ed. prov.*) «Il procuratore, così come nella gestione di tutti gli altri affari, anche nelle liti deve presentare il rendiconto secondo buona fede. E pertanto deve restituire con l'azione di mandato ciò che abbia conseguito dalla lite, sia a titolo principale per l'oggetto stesso della controversia, sia estrinsecamente ma a cagione di essa, fino al punto che, se per errore o atto ingiusto del giudice abbia conseguito ciò che non era dovuto, deve restituire anche quello». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 245.

Anche circa tale frammento esistono interpretazioni divergenti. Alcuni studiosi ne hanno tratto argomento per dimostrare che la sentenza emessa dal giudice, anche se ingiusta o non corretta, sia valida.

Un'altra prospettiva, invece, sostenuta dall'orientamento guidato da Burdese³⁷⁸, ritiene che non vi siano in esso prove della validità di una sentenza emessa in violazione delle formalità formulari.

In particolare, a favore di questa seconda tesi si argomenta che alle parti sarebbe stata concessa la facoltà di sostituire il giudice attraverso l'*actio adversus iudicem qui litem suam fecit* ottenendo così la nullità della sentenza.

Tale interpretazione trova supporto in diverse letture dei frammenti precedentemente esaminati.

Ad esempio, il testo di Giavoleno (D. 10,3,18) viene riletto ritenendo che, laddove manchi la potestà del giudice a decidere, vi sia la nullità della sentenza stessa (*quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest*)³⁷⁹. La motivazione di Giavoleno, infatti, sembra a Burdese «nel senso della nullità generale di una pronuncia eccedente quei limiti»³⁸⁰.

Inoltre, una costituzione di Alessandro Severo ribadisce la nullità della sentenza:

C.7,48,1 *Imp.Alexander A. Sabiniano.*

*Iudex ad certam rem datus, si de aliis pronuntiavit, quam quod ad eam speciem pertinet, nihil egit. III non. Ian. Maximo II et Aeliano conss. [a. 223]*³⁸¹.

³⁷⁸ A. BURDESE, *Responsabilità*, cit., 170 s.

³⁷⁹ A. BURDESE, *Responsabilità*, cit., 173.

³⁸⁰ A. BURDESE, *Responsabilità*, cit., 174.

³⁸¹ C. 7,48,1 «Un giudice dato per un determinato affare, se pronunziò di altro che di quello che appartiene all'affare, agì inutilmente». Trad. a cura di G. VIGNALI. *Corpo del diritto. Codice*, II, cit., 484-485.

In tale costituzione la sentenza del giudice è nulla quando egli abbia pronunciato in modo difforme rispetto a quanto indicato nella richiesta attorea, tanto da affermare che «se pronunziò di altro che di quello che appartiene all'affare, agì inutilmente».

L'invalidità della sentenza è confermata, altresì, da una lettura di D. 5,1,74,1, dove si afferma la possibilità per il giudice di derogare ai limiti indicati dalla formula solo in presenza di un accordo tra i litiganti.

Si ritiene che questa sia una vistosa eccezione – tassativamente indicata – al rigoroso dettato formulare. Tuttavia, è importante sottolineare che questa possibilità non deve offuscare la lucidità del giurista: l'intoccabilità della *litis contestatio* non può essere scalfita e occorre sempre tenere presente l'importanza del rigore formale della formula, che non può essere violato³⁸², se non in forza di espressa previsione.

In conclusione, considerando le diverse interpretazioni riportate³⁸³, è possibile affermare che la responsabilità del giudice per il *litem suam facere* si manifestava nel caso di violazione dei doveri processuali, da cui, secondo una delle interpretazioni viste, sarebbe potuta derivare la nullità della sentenza.

Nel caso in cui il giudice violi formalmente la formula, sarà ritenuto responsabile per *litem suam facere* con conseguenti implicazioni risarcitorie a suo carico.

1.1.5. CONSEGUENZE ALLE VIOLAZIONI SOSTANZIALI

Litem suam facere è una fattispecie che riguarda la responsabilità del giudice per violazioni esclusivamente formali. Da ciò, si può affermare che egli non sarà ritenuto responsabile se seguirà scrupolosamente tutte le formalità prescritte dal processo. Una prima indicazione in tal senso, ci viene fornita da Macrobio in *Sat.* 3,16,16 (p.

³⁸² A. BURDESE, *Responsabilità*, cit., 175.

³⁸³ Ritengo persuasive entrambe le tesi portate all'attenzione del lettore. Forse propenderei, per una lettura più aderente alla lettera della fonte alla dottrina maggioritaria che propugna la nullità della sentenza nel caso di violazione di obblighi procedurali.

103), dove viene descritto il comportamento del giudice in un processo: ciò che conta non è se ascolta attentamente o se rimane sveglio o, ancora, se presta attenzione, ma è fondamentale che egli sia presente durante il processo.

Di conseguenza, dalle fonti emerge che, se una sentenza è sostanzialmente ingiusta – prima dell'introduzione dell'appello, che avrebbe potuto interessare il merito – non esiste alcun rimedio possibile per le parti.

Le fonti parlano di *iniuria iudicis* per indicare una sentenza ingiusta.

In particolare, troviamo testimonianze sulla sentenza che può essere emessa *per errorem aut iniuriam iudicis* (D. 3,3,46,4, *Gai. III ad ed. prov.*) o *per imprudentiam iudicis aut errorem* (D. 21,2,51 pr. *Ulp. LXXX ad ed.*). Tuttavia, è importante notare che il termine *iniuria* ha un significato generico di ingiustizia e non si riferisce a un reato nel senso tecnico del termine.

In ogni caso, viene denunciato con tale lemma il contrasto obiettivo della sentenza alla reale situazione giuridica senza far riferimento all'imputazione soggettiva dell'autore (nella fattispecie, il giudice)³⁸⁴.

Ulpiano fornisce una definizione di *iniuria* nel Digesto:

D. 47,10,1 pr. (*Ulp. LVI ad ed.*)

Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter. Specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo

³⁸⁴ G. PUGLIESE, *Note*, cit., *passim*; G. PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano, 1960, 225 ss., (= in *Scritti giuridici scelti, II, Diritto romano*, Napoli, 1985, 5 ss.).

*dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam, contumeliam autem a contemnendo*³⁸⁵.

In primo luogo, infatti, egli afferma che l'*iniuria* è tutto ciò che è contrario al diritto (*non iure fiat*). Successivamente, specifica ulteriori significati attribuiti alla parola: quello di contumelia nell'ambito dei delitti e quello di comportamento colposo nell'ambito della *lex Aquilia de damno*. In quest'ultimo caso, l'*iniuria* presuppone la *culpa*.

Senonché, il significato più rilevante in questa sede è quello relativo all'*iniuria iudicis* che rappresenta l'ingiustizia della sentenza pronunciata dal giudice.

Sebbene sia chiaro cosa si intenda per *iniuria iudicis*, manca uno specifico procedimento per riconoscere l'ingiustizia della sentenza, e le fonti non si soffermano particolarmente su questo profilo di responsabilità.

Tuttavia, in un frammento precedentemente citato (D. 3,3,46,4 *Gai. III ad ed. prov.*), Gaio suggeriva che la questione relativa al ruolo del giudice avrebbe potuto influenzare l'ingiustizia della sentenza. Nel solo passo gaiano, infatti, viene contrapposta l'*iniuria* all'errore del giudice, quasi a voler contrapporre una consapevolezza dell'ingiustizia da parte dello stesso a una disattenzione non intenzionale.

Mentre negli altri frammenti, in cui è riportato il lemma *iniuria iudicis*, non sembra esserci alcun riferimento a una volontà colpevole del giudice di emettere una sentenza ingiusta, Gaio pare alludere proprio a questa possibilità.

³⁸⁵D. 47,10,1 pr. (*Ulp. LVI ad ed.*) «Ingiuria è così detta perché si fa contro il gius; perciocché tutto ciò che non è fatto con diritto, dicesi fatto con ingiuria. E questo generalmente. Specialmente poi ingiuria chiamasi la contumelia. Qualche volta colla denominazione di ingiuria significhiamo il danno dato con colpa, e così chiamasi ordinariamente nella legge Aquilia. Qualche volta chiamiamo ingiuria l'ingiustizia perché, quando alcuno iniquamente od ingiustamente pronunzia una sentenza si dice ingiuria per ciò che è privo di gius e di giustizia, quasi non giuria. Contumelia poi viene dalla voce *contemnere*». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4441.

Tuttavia, data la scarsità dei richiami a una tale ipotesi, risulta verosimile che i giuristi romani non si siano interessati a questo problema: l'*iniuria iudicis* era considerata la sentenza oggettivamente in contrasto con la reale situazione giuridica da risolvere³⁸⁶, senza implicazioni sulla volontà colpevole del giudice e senza alcun rimedio prima dell'introduzione dell'appello.

1.1.6. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Tornando al frammento di Gaio esaminato in questo paragrafo (Gai. 4,52), si può concludere che, in esso, la locuzione *litem suam facere* sanziona le violazioni formali connesse alla formula: non è rilevante che la decisione sia sostanzialmente corretta, ma è fondamentale che essa segua scrupolosamente le indicazioni della formula stessa.

Va evidenziato che il testo in questione non fornisce dettagli sull'elemento soggettivo che dovrebbe animare il giudice nella sua azione di violazione della formula, né esplicita le conseguenze di tale comportamento. Si può, tuttavia, dedurre, basandosi sulla trattazione di Gaio, che l'azione del giudice che configura la fattispecie del *litem suam facere* si manifesta nella trasgressione dei limiti tassativi della formula, specialmente in caso di errore formale nel processo.

In base a questa analisi, si può sostenere che la responsabilità del giudice anche nel passo di Gaio (4,52) si configura come una responsabilità oggettiva per *litem suam facere*, poiché le fonti esaminate non riportano alcun elemento psicologico che dovrebbe caratterizzare il comportamento del giudice.

La fattispecie si configura nel momento in cui si realizza l'atto materiale, ossia quando viene effettivamente violato l'obbligo imposto dalla formula.

³⁸⁶ Cfr. G. PUGLIESE, *Note*, cit., 736.

Per comprendere pienamente il significato che Gaio attribuiva alla locuzione *litem suam facere*, è necessario un ulteriore approfondimento alla luce dei frammenti delle sue *Res cottidianae* conservati nel Digesto, al fine di cogliere il senso che il giurista intendeva trasmettere attraverso tale espressione.

1.2. LE *RES COTTIDIANAE*

1.2.1. D. 44,7,5,4 (*GAI. III AUREORUM*)

1.2.1.1. LA RICOSTRUZIONE DEL TESTO

In questo passo conservato nel Digesto, l'espressione *litem suam facere* assume una sfumatura inedita: *licet per imprudentiam*:

D. 44,7,5,4 (*Gai. III aureorum*)

*Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri*³⁸⁷.

Nel terzo libro degli *Aurea*, dedicato alla trattazione delle fonti delle obbligazioni, Gaio esamina il caso del giudice che fa sua la lite. In questa sede, egli afferma che il *iudex qui litem suam fecerit* non è obbligato né per delitto – mancherebbe, infatti, il *proprium* rappresentato dal dolo – né per contratto – per mancanza dell'accordo –

³⁸⁷ D. 44,7,5,4 (*Gai. III aur.*) «Il giudice che fece sua la lite non sembra propriamente obbligato per maleficio; e siccome non è obbligato per contratto, ma si reputa che abbia in qualche modo peccato, ancorché per imprudenza, sembra che sia tenuto come per maleficio». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus iuris civilis*, II, cit.,4149.

ma, poiché si presume che abbia comunque sbagliato qualcosa (*utique peccasse aliquid*), quand'anche per imprudenza, si considera tenuto quasi da delitto.

Questo frammento è stato oggetto di una ferma critica da parte della dottrina interpolazionistica che, in alcuni casi, ha persino messo in discussione l'autenticità dell'intero testo delle *Res cottidianae*, considerando l'opera di origine postclassica³⁸⁸.

La maggior parte degli studiosi ha ritenuto il testo se non di origine postclassica, fortemente interpolato³⁸⁹. È sostenuto che *litem suam facere* fosse, per sua propria struttura letterale, una fattispecie dolosa e che, pertanto, l'unico testo che poteva essere ritenuto classico fosse D. 5,1,15,1 in cui Ulpiano descrive la punizione del giudice che avesse emesso sentenza *cum dolo malo in fraudem legis*.

Si ritiene che l'espressione *licet per imprudentiam*, essendo in contrasto con la concezione classica del dolo come unico elemento caratterizzante i delitti, non fosse di origine classica.

In particolare, la corrente interpolazionistica ha considerato completamente illogico il richiamo all'*imprudencia*. Si è argomentato che tale riferimento sollevasse una questione di coerenza: come consentire al giudice che fa sua la lite di rispondere per un proprio atteggiamento incauto (*licet per imprudentiam*)?

Personalmente, ritengo che la suddetta critica non abbia fondamento nei termini precedentemente esposti. Anzi, si potrebbe argomentare che essa possa essere utilizzata in senso contrario per dimostrare quale fosse il criterio di imputazione applicato da Gaio nel caso del giudice che fa sua la lite, come descritto in D. 44,7,5,4.

³⁸⁸ E. ALBERTARIO, *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in *Studi di diritto romano*, III, *Le obbligazioni*, Milano, 1936, 116 ss.

³⁸⁹ Così, ad esempio, B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, I. *La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, in *AUPA*, 7, 1918, 204; V. ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città*, Messina, 1914, 37 ss., (= in *Scritti Centenario Jovene*, Napoli, 1954, 61 ss., ora in *Scritti*, I, Napoli, 1974, 521 ss.).

Il frammento tratto dalle *Res cottidianae* è interessante poiché si discosta dal precedente testo delle *Institutiones*, almeno sotto un duplice punto di vista: innanzitutto, per l'azione richiesta al giudice, il quale avrebbe dovuto *utique peccare*, cioè, commettere un errore. In secondo luogo, compare il termine *imprudentia* nella locuzione *licet per imprudentiam*.

Credo sia plausibile non solo considerare il frammento come classico e coerente con le precedenti fonti in tema di *litem suam facere*, ma anche attribuire la paternità a Gaio. Questo perché l'aggiunta della locuzione *licet per imprudentiam*, non presente nel suo testo istituzionale, sembra essere un'aggiunta che, a mio parere, può essere attribuita allo stesso Gaio per un duplice motivo: il primo, perché permette al giurista di approfondire in un testo più maturo e indirizzato a giuristi formati anziché a studenti ulteriori informazioni che sviluppino quanto insegnato nel corso istituzionale; il secondo, perché l'espressione *licet per imprudentiam* avrebbe rappresentare un'eccezione alla regola generale: il giudice può fare propria la lite nonostante abbia agito in modo imprudente.

Il punto da chiarire, pertanto, risiede nell'individuare il significato che Gaio attribuisce al termine *imprudentia*.

1.2.1.2. IMPRUDENTIA

1.2.1.2.1. FONTI LETTERARIE

Il termine *imprudentia* emerge in ambito retorico-giuridico a partire dalle teorie sui vari *status causae*³⁹⁰ nella retorica forense³⁹¹.

³⁹⁰ Sugli *status causae* si veda, *ex multis*, R. MARTINI, *Antica retorica giudiziaria (gli status causae)*, in *Studi senesi*, 116, 2004, 30 ss. (=in *Diritto@Storia*, 3, maggio 2004 <https://www.dirittoestoria.it/3/TradizioneRomana/Martini-Antica-Retorica-Giudiziaria.htm>).

Queste teorie affondano le radici nell'opera di Ermagora di Temno, considerato il fondatore della suddivisione dei generi retorici che ci sono stati tramandati in particolare da Cicerone: gli *status* razionali³⁹² e quelli legali³⁹³.

³⁹¹ Il legame tra retorica e diritto è esplicitato da F. BONA, *Cicerone tra diritto e oratoria. Saggi su retorica e giurisprudenza nella tarda repubblica*, Como, 1984; L. CALIBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli status nella retorica greca e romana*, Hildsheim, 1986, 196 ss.; G. SPOSITO, *Il luogo dell'oratore. Argomentazione topica e retorica forense in Cicerone*, Napoli, 2001, 37 ss.; G. SANTUCCI, *Retorica e diritto: un primo approccio circa l'esperienza giuridica romana*, in *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, a cura di G. A. FERRARI – M. MANZIN, Milano, 2004, 213 ss.; F. PROCCHI, *Medium quiddam tenere. Tra retorica e diritto: considerazioni a margine di Plin. EP. 4,9*, in *Studi in onore di Remo Martini*, Milano, 2009, 237-252; C. MASI DORIA, *Principi e regole, Valori e razionalità come forme del discorso giuridico*, in A. LOVATO (a cura di), *Tra retorica e diritto. Linguaggio e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio. Trani 22-23 maggio 2009*, Bari, 2011, 19 ss.; R. QUADRATO, *Retorica e giurisprudenza: da Quintiliano a Gaio*, in A. LOVATO (a cura di), *Tra retorica e diritto. Linguaggio e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio. Trani 22-23 maggio 2009*, Bari, 2011, 141-174 (= *Retorica e giurisprudenza: da Quintiliano a Gaio*, in *SDHI*, LXXIX, II, 2013, 837-858); I. ZAMBOTTO, *La struttura poliforme dell'errore nella sfera degli illeciti di diritto romano*, in *JUS*, VIII, n. 3, 2022, 101.

³⁹² Degli *status* razionali ci parla Quintiliano, *Inst. Orat.* 3,6,83 *Sed instituentibus rudes non erit inutilis latius primo fusa ratio, et, si non statim rectissima linea tensa, facilius tamen et apertior via. Discant igitur ante omnia quadripertitam in omnibus causis esse rationem, quam primam intueri debeat qui acturus est. Nam ut a defensore potissimum incipiam, longe fortissima tuendi se ratio est si quod obicitur negari potest: proxima, si non id quod obicitur factum esse dicitur: tertia honestissima, qua recte factum defenditur. Quibus si deficiamus, ultima quidem, sed iam sola superest salus aliquo iuris adiutorio elabendi ex crimine quod rieque negari neque defendi potest, ut non videatur iure actio intendi.* «Ma a coloro che formano giovani ancora inesperti, non sarà inutile la divisione più ampia che prima ho fatto, e la via, se non sarà subito la più breve e dritta, sarà, ciò nonostante, più agevole più larga. Si impari, dunque, prima di tutto che ci sono quattro punti, cui deve ben badare chi sta per assumersi il patrocinio di qualsiasi causa. In sostanza, per cominciare proprio da colui che difende, il mezzo più sicuro a sua disposizione è negare, sempre che l'addebito possa essere negato; il secondo è sostenere che non è stato fatto quanto viene addebitato; il terzo, che è anche il più onesto, è proclamare che il fatto è stato compiuto giustamente. In mancanza di questi strumenti, resta un'ultima e sola via di scampo: Ehi trovare nel diritto una scappatoia per il reato che non può essere né negato né difeso, così che appaia che l'azione non è condotta secondo i principi del diritto». Trad. a cura di R. FIRANDA e P. PECCHIURA, *L'istituzione oratoria*, cit., I, 390. Quintiliano sta spiegando i quattro stati razionali da cui dipende la difesa nel processo: il primo si sostanzia nella negazione del fatto attribuito all'agente; il secondo, invece, configura la possibilità di qualificare diversamente il fatto contestato; il terzo propende per dimostrare che il fatto è stato commesso *iure*, cioè in modo giustificato; qualora non ci fosse la possibilità di agire con uno dei tre *status* descritto, Quintiliano suggerisce di trovare un espediente legale al fine di ritenere l'azione illegale. Cfr. sul punto R. MARTINI, *Antica retorica giudiziaria*, cit., *passim*.

³⁹³ Degli *status* legali ne parla sempre Quintiliano, *Inst. Orat.* 3,6,88-90 *Sic nascuntur haec velut simulacra ex illis tribus, interim simplicia, interim et mixta, propriam tamen faciem ostendentia, ut scripti et voluntatis, quae sine dubio aut qualitate aut coniectura continentur, et sillogismos, qui est maxime qualitatis, et leges contrariae, quae isdem quibus scriptum et voluntas constant, et amphibolia, quae semper coniectura explicatur. 89. Finitio quoque utriusque generi, quodque rerum quodque scripti contemplatione constat, communis est. Haec omnia, etiamsi in illos tres status veniunt, tamen, quia, ut dixi, habent aliquid velut proprium, videntur demonstranda discentibus, et*

Tra i primi, rileva lo *status qualitatis* in cui si ammetteva che il fatto contestato fosse effettivamente avvenuto, ma la discussione verteva sulla giustificabilità di tale comportamento, come viene riportato nella Retorica ad Erennio³⁹⁴:

Reht. Her. 1,24

*Iuridicialis constitutio est cum factum convenit, sed iure an iniuria factum sit, quaeritur*³⁹⁵.

L'Anonimo suddivide lo *status qualitatis* (che lui chiama *iuridicialis*) in due sottocategorie: una prima forma c.d. *absoluta*, secondo la quale il fatto commesso è

permittendum ea dicere vel status legales vel quaestiones vel capita quaedam minora, dum sciant nihil ne in his quidem praeter tria quae praediximus quaeri. 90. At quantum et quam multum et ad aliquid et, ut nonnulli putarunt, comparativus non eandem rationem habent: sunt enim haec non ad varietatem iuris, sed ad solam rationem referenda. Ideoque semper in parte aut coniecturae aut qualitatis ponenda sunt, ut "qua mente?" et "quo tempore?" et "quo loco?". «88. Così, da questi tre punti nascono queste che oserei chiamare 'apparenze di stati', talvolta semplici, tal'altra anche miste, ma sempre tali da mostrare un particolare aspetto, come sono quelle dello scritto o dell'intenzione, le quali sono senza dubbio comprese o nella qualità o nella congettura: così nascono il *syloghismós* (sillogismo), che si attiene in modo particolare alla qualità, le leggi contrarie tra loro, le quali constano dei medesimi elementi dello scritto dell'intenzione, e l'*amphibolía* (stato di ambiguità), che viene sempre spiegata con la congettura. 89. Anche la definizione è comune all'uno e all'altro genere, sia quello che poggia sull'osservazione delle cose, sia quello che consta dell'osservazione dello scritto. Tutte queste cose, anche se finiscono per ridursi ai già noti tre stati, tuttavia, avendo, come ho detto, qualche cosa come di proprio, pare che debbano essere dimostrate agli allievi, e bisogna loro permettere di chiamarle o stati legali o questioni o capi in certo senso meno importanti, sempre che sappiano non esserci nemmeno qui altro da discutere, oltre i predetti tre punti. 90. Ma il quanto e il numero e la relazione e, come da taluni si è creduto, il confronto non hanno lo stesso valore: debbono essere, infatti, riferiti non alla varietà del diritto, ma alla sola ragione. Perciò vanno sempre considerati in funzione della congettura o della qualità, come quando ci chiediamo l'intenzione, la circostanza è il luogo relativi al fatto». Trad. a cura di R. FIRANDA e P. PECCHIURA, *L'istituzione oratoria*, cit., I, 391. Dai paragrafi emerge che gli *status* legali sono chiamati tali poiché riguardano le controversie sui testi legislativi e si individuano quattro anime: un conflitto tra *scripti* e *voluntas*; un conflitto di leggi (*leges contrariae*); un problema di analogia (*ratiocinatio*) e uno di ambiguità (*ambiguitas*).

³⁹⁴ Sulla Retorica ad Erennio e le criticità del testo, si veda G. CALBOLI, Cicero, *Rhetorica ad C. Herennium, glossatori e dettatori: la forza di una falsa attribuzione*, in *Ciceroniana on Line*, 13 (2009) *Atti del XIII Colloquium Tullianum (Milano, 27-29 marzo 2008)*, 117 ss. consultabile anche al link <https://doi.org/10.13135/2532-5353/1452>. F. CANCELLI, *Completamento de 'La retorica a Gaio Erennio'*², 1992, Roma, *passim*.

³⁹⁵ *Reht. Her.* 1,24 «L'état est dit selon le droit quand il y a accord sur le fait mais que l'on cherche si celui-ci a été accompli conformément ou contrairement au droit». Trad. a cura di G. ACHARD, *Rhétorique à Herennius*, Paris, 1989, 23.

stato compiuto secondo diritto e non richiede ulteriori elementi difensivi³⁹⁶, e una forma *absuntiva* che, configurando uno *status* in cui la difesa è debole, necessita di elementi esterni per la difesa³⁹⁷.

Questi elementi esterni si differenziano a seconda della *qualitas absuntiva* nella quale sono collocati: la *comparatio*³⁹⁸, la *translatio criminis*³⁹⁹, la *remotio criminis*⁴⁰⁰, e la *concessio*, cioè l'ammissione del fatto.

In quest'ultimo caso si distinguono due modalità: la *purgatio*, cioè la giustificazione del comportamento, e la *deprecatio*, con cui si invoca il perdono per il fatto commesso.

È nell'ambito della *purgatio* che emerge l'*imprudentia*. Questa volta è Cicerone che parla:

Cic. *de inv.* 1,15

[...] *Purgatio est, cum factum conceditur, culpa removetur. Haec partes habet tres, imprudentiam, casum, necessitatem [...]*⁴⁰¹.

³⁹⁶ Proseguendo nel passo della *Rhet. Her.* 1,24: [...] *Absoluta est cum id ipsum, quod factum est, ut aliud nihil foris adsumatur, recte factum est dicemus [...]*. «L'état est absolu quand nous disons, sans faire appel à aucun argument extérieur, que l'action a été conforme au droit». Trad. a cura di G. ACHARD, *Rhétorique à Herennius*, cit., 23.

³⁹⁷ *Rhet. Her.* 1,24: [...] *Adsumptiva pars est cum per se defensio infirma est, adsumpta extraria re comprobatur. Absuntivae partes sunt quattuor: concessio, remotio criminis, translatio criminis, comparatio*. «L'état est emprunté quand la défense, faible par elle-même, est assurée par l'emprunt d'un argument extérieur. Cet état comporte quatre formes: l'aveu, le rejet de la responsabilité, le transfert de la responsabilité, l'alternative». Trad. a cura di G. ACHARD, *Rhétorique à Herennius*, cit., 23.

³⁹⁸ Per *comparatio* si intende il confronto tra ciò che l'accusa sostiene e quello che l'imputato ha fatto effettivamente.

³⁹⁹ La *translatio criminis* indica il caso in cui l'illecito si fa dipendere dal misfatto altrui. Degli esempi li ritroviamo in Quintiliano, *Inst. Orat.*, 7,4 [...] "*occisus est sed latro*", "*excaecatus sed raptor*" [...].

⁴⁰⁰ La *remotio criminis*, invece, si caratterizza per addossare la propria responsabilità a chi aveva il potere di incidere sul proprio comportamento. Cfr. R. MARTINI *Antica retorica giudiziaria*, cit., § 9.

⁴⁰¹ Cic. *de inv.* 1,15 «It is *purgatio* when the deed is acknowledged but *intenti* denied; it has three parts, ignorance, accident, necessity». Trad. a cura di H. M. HUBBEL, *Cicero, De inventione, De optimo genere Oratorum, Topica*, Cambridge-London, rist. 1993, 31.

Cic. *de inv.* 2,94

*Purgatio est, per quam eius, qui accusatur, non factum ipsum, sed voluntas defenditur. Ea habet partes tres: imprudentiam, casum, necessitudinem*⁴⁰².

In questi due passi, l'Arpinate descrive i casi in cui è possibile ottenere la *purgatio*, cioè la giustificazione al proprio comportamento dannoso: infatti, solo se si dimostra di aver agito perché mossi dal caso, dalla necessità o dall'imprudenza si potrà ottenere l'assoluzione e la vittoria nell'arringa forense.

In punto di *imprudencia* è ancora più esplicito il seguente passo dell'*Auctor ad Herennium*:

Rhet. Her. 2,24

*Si autem imprudentia reus se peccasse dicet, primum quaeretur, utrum potuerit scire, an non potuerit. Deinde utrum data sit opera, ut sciretur, an non. Deinde utrum casu nescierit, an culpa. Nam qui se propter vinum, aut amorem, aut iracundiam, fugisse rationem dicet, is animi vitio videbitur nescisse, non imprudentia; quare non imprudentia se defendet, sed culpa contaminabit. Deinde coniecturali constitutione quaeretur, utrum scierit, an ignoraverit, et considerabitur, satisne imprudentia praesidii debeat esse, quum factum esse constet [...]*⁴⁰³.

⁴⁰² Cic. *de inv.* 2,94 «*Purgatio* is the plea by which the intent of the accused is defended but not his act. It has three forms, ignorance, accident, necessity». Trad. a cura di H. M. HUBBEL, Cicero, cit., 261.

⁴⁰³ *Rhet. Her.* 2,24 «Si l'accusé dit avoir failli par ignoranc, on cherchera d'abord s'il pouvait ou non être au courant; puis s'il a fait effort ou non pour s'informer; puis si c'est par hasard ou par sa faute qu'il était dans l'ignorance. En effet celui qui dira qu'il a perdu la tête par l'effet du vin, de l'amour ou de la colère montrera que son défaut d'information venait d'un vice de caractère et non de l'ignorance; il ne s'excusera donc pas en invoquant l'ignorance, mais en avouant cette faute il gâtera son image. Puis grâce à l'état de cause conjectural, on cherchera s'il était au courant ou non et l'on examinera si l'ignorance est une justification suffisante lorsque le fait est avéré [...]». Trad. a cura di G. ACHARD, *Rhétorique à Herennius*, cit., 55.

L'Anonimo presenta un'interessante strategia difensiva: se l'imputato sostiene di aver agito con imprudenza, è necessario seguire una specifica procedura. Inizialmente, occorre valutare se l'agente avrebbe potuto conoscere la situazione; successivamente, si esamina se lo stesso abbia compiuto sforzi per ottenere informazioni; e, infine, è indispensabile determinare se costui abbia ignorato la situazione per caso o per colpa.

A questo punto si possono seguire due strade: la prima, consiste nel sostenere che si era persa la ragione a causa dell'ebbrezza data dal vino, per una passione amorosa o per ira. L'ignoranza non è dovuta a imprudenza, ma ad un vizio dell'animo. In tal caso, pare non possa operare la *purgatio* poiché vi è colpa. Se si percorre la seconda via, invece, è possibile sostenere l'imprudenza: solo se vi è un'ignoranza non dovuta a colpa si potrà ottenere la giustificazione delle proprie azioni.

Da tale frammento è possibile attribuire uno specifico significato a *imprudentia*: è *imprudenter* un comportamento attuato da un'ignoranza inevitabile. Infatti, solo se si dimostra che l'agente non poteva conoscere la situazione, nonostante si fosse adoperato per farlo, sarà giustificato e sarà esente da qualsiasi forma di responsabilità.

L'Anonimo, tuttavia, non riferisce di una causa di giustificazione che opera automaticamente. L'oratore, infatti, per poter vincere in giudizio deve procedere ad un'analisi dettagliata sull'opportunità dell'agente di conoscere la situazione. Solo nella totale assenza di un alcunché di colpevolezza si potrà procedere a giustificare l'azione dannosa con l'*imprudentia*.

Lo stesso, in forma molto più asciutta, lo ritroviamo nel *De inventione* ciceroniano:

Cic. *de inv.* 1,41

[...] *Imprudencia autem in purgationem confertur, cuius partes sunt inscientia, casus, necessitas, et in affectionem animi, hoc est molestiam, iracundiam, amorem et cetera, quae in simili genere versantur [...]*⁴⁰⁴.

Cicerone inizia a delineare un significato di imprudenza più specifico. L'oratore, infatti, in Cic. *de inv.* 1, 15, riferisce che la *purgatio* rimuove la *culpa* ed è formata da *tres partes: imprudentia, casum, necessitates*. Qui, definisce l'*imprudencia* come una parte della *purgatio* insieme al caso, alla necessità e all'*inscientia*. Quest'ultimo è un riferimento all'ignoranza: con il termine *inscientia* si indica la non-conoscenza⁴⁰⁵.

Tuttavia, l'equiparazione tra *imprudencia* e *inscientia/ignorantia* avviene solo con Quintiliano:

Quint. *Inst. Orat.* 7,4,14-15

[...] *Hinc quoque exclusis excusatio superest. Ea est aut ignorantiae, ut si quis fugitivo stigmata scripserit eoque ingenuo iudicato neget se liberum esse eum scisse: aut necessitatis, ut cum miles ad commeatus diem non adfuit et dicit se fluminibus interclusum aut valetudine. 15. Fortuna quoque saepe substituitur culpa. Nonnumquam male fecisse nos sed bono animo dicimus. Utriusque rei multa et manifesta exempla sunt: idcirco non est eorum necessaria expositio [...]*⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ Cic. *de inv.* 1,41 «Lack of intention, on the other hand, is related to justification, the sub-heads of which are ignorance, accident and necessity, and to motions, such as annoyance, anger, love, and the others belonging to the same class». Trad. a cura di H. M. HUBBEL, Cicero, cit., 79 s.

⁴⁰⁵ Sul punto cfr. I. ZAMBOTTO, *La struttura polimorfa dell'errore*, cit., 105 ss.

⁴⁰⁶ Quint. *Inst. Orat.* 7,4,14-15 «A coloro cui sono impedito anche le forme precedenti di difesa resta la discolpa. Essa si basa o sull'ignoranza del fatto; come se uno avesse marchiato un servo fuggitivo e, dopo il riconoscimento giuridico dello stato libero di costui, affermasse di non aver saputo che egli era libero; o sulla necessità, come quando un soldato non si è presentato allo scadere della licenza e dichiara d'esserne stato impedito o dai fiumi in piena o da indisposizione fisica. Anche la fortuna viene spesso chiamata in causa al posto della colpa. Talvolta noi affermiamo di aver agito male, ma con buone intenzioni. Dell'uno e dell'altro caso non è necessaria l'esemplificazione, data la frequenza

Nel passo dell'*Institutio oratoria* in commento, si prendono in considerazione le *excusationes* necessarie per affermare la propria innocenza. Infatti, quando non è possibile sostenere la propria innocenza negando il fatto o qualificandolo in termini diversi, è possibile giustificare la propria condotta se mossa da *ignorantia*, *necessitas* o *fortuna*.

In particolare, Quintiliano prende in considerazione le cause di giustificazione: l'assoluzione potrà essere ottenuta e la condanna evitata se il convenuto dimostra di aver ignorato, senza colpa, una situazione che, se conosciuta, lo avrebbe portato a comportarsi diversamente. Una tale discolpa può basarsi anche sull'ignoranza del fatto: ad esempio, ci dice l'oratore, quando un tale marchia a fuoco un servo fuggitivo che poi si dimostra essere un uomo libero. In tal caso, l'azione sarà giustificata per aver ignorato incolpevolmente lo *status* dell'uomo.

È opportuno considerare che nel passo riportato, Quintiliano non utilizza più il termine *imprudencia* per descrivere lo stato di ignoranza inevitabile che giustifica il comportamento dannoso, ma si serve del lemma *ignorantia*, così come al posto del termine *casus* utilizza *fortuna*.

Il comportamento dettato dall'ignoranza è il comportamento imprudente descritto dall'anonimo in *Ret. Her.*1,24.

Il significato, pertanto, che emerge da questa disamina retorico-forense risiede proprio in questo: l'*imprudencia* è intesa come un elemento della *purgatio* che, se perpetrata senza colpa, giustifica il comportamento dannoso. Solo un'ignoranza incolpevole può escludere la responsabilità dell'imputato.

Tale significato di *imprudencia* è esplicito anche nel seguente passo ancora di Cicerone:

in evidenza con cui ricorrono». Trad. a cura di R. FIRANDA e P. PECCHIURA, *L'istituzione oratoria di Marco Fabio Quintiliano*, II, Torino, rist. 1992, 81.

Cic. *de inv.* 2, 95

Imprudencia est, cum scisse aliquid is, qui arguitur, negatur; ut apud quosdam lex erat: ne quis Dianae vitulum immolaret. Nautae quidam, cum adversa tempestate in alto iactarentur, voverunt, si eo portu, quem conspiciebant, potiti essent, ei deo, qui ibi esset, se vitulum immolatueros. Casu erat in eo portu fanum Dianae eius, cui vitulum immolare non licebat. Inprudentes legis, cum exissent, vitulum immolaverunt. Accusantur. Intentio est: "Vitulum immolastis ei deo, cui non licebat". Depulsio est in concessione posita. Ratio est: "Nescivi non licere". Infirmitas est: "Tamen, quoniam fecisti, quod non licebat ex lege, supplicio dignus es". Iudicatio est: cum id fecerit, quod non oportuerit, et id non oportere nescierit, sitne supplicio dignus?"⁴⁰⁷

L'Arpinate presenta un caso in cui dei marinai travolti da una tempesta promettono che, se si fossero salvati, avrebbero fatto un sacrificio alla divinità del luogo in cui fossero approdati. Una volta giunti ad un porto si recano al tempio dedicato a Diana e compiono il sacrificio promesso. In quel luogo, però, era stato decretato che non era lecito (*non licebat ex lege*) fare sacrifici alla dea e, per tale ragione, vennero convenuti in giudizio per aver violato la norma.

Cicerone, in questo contesto, difende i marinai sostenendo che i convenuti ignoravano che non fosse lecito sacrificare dei vitelli a Diana.

⁴⁰⁷ Cic. *de inv.* 2,95 «It is a plea of ignorance when the accused claims that he was not aware of something. For instance, a certain people had a law that prohibited the sacrifice of a bull-calf to Diana. Some sailors tossed on the deep by a terrible storm vowed that if they could gain the harbour which was in sight, they would sacrifice a bull-calf to the divinity whose temple stood there. It so happened that in that port there was a shrine of that Diana to whom it was unlawful to sacrifice a bull-calf. Ignorant of the law they landed and sacrificed a bull-calf. They are brought to trial. The charge is: 'You sacrificed a bull-calf to the divinity to whom it was unlawful'. The answer consists in confession and avoidance. The reason is: 'I did not know that it unlawful'. The prosecutor's reply is: 'Nevertheless, since you have done what was unlawful, you deserve punishment'. The point for the judge's decision is: 'Granted that he did what he ought not, and did not know that he ought not, does he deserve punishment?' ». Trad. a cura di H. M. HUBBEL, Cicero, cit., 261 s.

La difesa, infatti, tenta di convincere l'uditorio a prendere in considerazione la totale mancanza di colpevolezza degli imputati che non avevano intenzionalmente violato la legge⁴⁰⁸. L'accusa, invece, nega con forza l'esistenza di *imprudentia*, ritenendo i convenuti colpevoli per negligenza: avrebbero potuto, con l'ordinaria diligenza e attenzione, venire a conoscenza della norma.

Un punto interessante da chiarire, alla luce di questi dati, risiede nel fatto che Cicerone si concentra sull'evitabilità o meno dell'ignoranza della norma (*error iuris*): se c'è *imprudentia*, non c'è né intenzionalità, né colpevolezza; se c'è negligenza, invece, c'è colpa.

Nel caso di specie, i marinai non avrebbero potuto conoscere della liceità o no del loro comportamento, anche con la massima diligenza, essendo inevitabile la loro ignoranza. In tal caso l'*imprudentia* costituisce un'efficace scusante della non conoscenza della norma.

Cicerone chiarisce che l'*imprudentia* si verifica quando l'imputato sostiene di non essere a conoscenza della legge. In tal senso, *imprudentia* non è un elemento della colpa, ma piuttosto è un criterio per l'escluderla⁴⁰⁹.

Il discrimine sembra essere l'elemento soggettivo: la colpa è associata alla negligenza; l'*imprudentia*, invece, all'inevitabilità.

In sintesi, *imprudentia*, alla luce della dimensione retorico-giuridica, emerge come una causa di giustificazione che esclude l'antigiuridicità del comportamento dannoso.

⁴⁰⁸ In merito all'ignoranza inescusabile, si veda il punto di arrivo della giurisprudenza costituzionale nella rilettura dell'art. 5 c.p.: C. Cost. 364/1988.

⁴⁰⁹ Come visto *supra*, p. 165 ss.

1.2.1.2.2. FONTI GIURIDICHE

1.2.1.2.2.1. PRIMA DI GAIO

Il termine *imprudencia* ricorre sia in fonti precedenti alla stesura delle *Res cottidianae*, sia in quelle successive.

Nel periodo antecedente al II secolo d.C., almeno due testimonianze trattano del concetto di *imprudencia* in modo simile a quanto espresso nelle fonti letterarie precedentemente analizzate: D. 9,2,31 (*Paul. X ad Sab*) e D. 12,6,32 (*Iul. X dig*):

D. 9,2,31 (*Paul. X ad Sab.*)

Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius dixit, etiam si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit⁴¹⁰.

⁴¹⁰ D. 9,2,31 (*Paul. X ad Sab.*) «Se un potatore lasciando cadere un ramo dall'albero, o un operaio <lasciando cadere qualcosa da una impalcatura>, uccide un servo che passa, è tenuto così, se tagli in luogo pubblico né gridò in modo che potesse essere evitato l'oggetto che cadeva. Ma <Quinto> Mucio disse che si poteva agire per la colpa anche se fosse accaduta la stessa cosa in luogo privato: infatti, è colpa non aver provveduto a ciò che da una persona diligente si sarebbe potuto provvedere, od aver avvisato, quando <ormai> il pericolo non poteva essere evitato. Secondo questa ratio non interessa molto se uno passasse in luogo pubblico o privato, poiché spesso comunemente si passa per luoghi privati. Se non vi era alcun passaggio, dovrà rispondere solo per dolo, cioè di non far cadere apposta su colui che abbia visto che sta passando: infatti, rispetto a lui non si deve pretendere <che sia tenuto per> la colpa <cioè, per non aver provveduto o avvisato>, poiché non avrebbe potuto indovinare se per quel luogo sarebbe passato qualcuno». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, II, cit., 255.

Nel frammento di Paolo si discute delle conseguenze derivanti da un'azione imprudente di un potatore che, lasciando cadere un ramo dell'albero appena tagliato o anche di un operaio che, gettando qualcosa da un'impalcatura, uccidono inavvertitamente un servo che passava da quelle parti.

Nel passo in esame, sul quale si è accumulata una notevole massa di dottrina⁴¹¹, Paolo riporta una soluzione già proposta da Quinto Mucio, secondo il quale il potatore sarebbe stato in colpa, qualora avesse potuto prevedere le conseguenze dannose derivanti dal suo gesto ed evitarle.

È comunemente riconosciuto dagli studiosi moderni che in questo frammento fosse stato elaborato il concetto di colpa nella forma di *imprudentia*, strettamente correlato a quello di diligenza: un bravo e attento potatore avrebbe previsto che, lasciando cadere il ramo, avrebbe potuto ferire o uccidere qualcuno⁴¹².

Tuttavia, ci si interroga sul motivo per cui Quinto Mucio non abbia impiegato il termine *imprudentia* per descrivere tale comportamento.

È opportuno sottolineare il ruolo centrale di tale giurista nella formazione delle categorie giuridiche durante il I secolo a.C., testimone del costante progresso giurisprudenziale nell'elaborazione e nell'assegnazione di un *nomen iuris* alle diverse fattispecie.

Il panorama delineato da Quinto Mucio, suggerisce che, al suo tempo, e presumibilmente anche durante l'epoca di Paolo, il comportamento imprudente non fosse associato al termine *imprudentia* come intendiamo oggi. Le espressioni impiegate lasciano supporre che la categoria giuridica dell'imprudenza-mancanza-di-previsione potesse non essere stata ancora completamente sviluppata in quel periodo. Inoltre, l'analisi delle fonti retorico-forensi analizzate precedentemente suggerisce che, nel I secolo a.C., il significato del termine *imprudentia* potesse non coincidere con il nostro concetto moderno di comportamento colposo, caratterizzato da una

⁴¹¹ Richiamata in S. SCHIPANI, *Contributi romanistici*, cit., 76 ss.

⁴¹² Sul punto da ultimo, si veda G. SANTUCCI, *La colpa nel diritto romano*, cit., 733 s.

mancata previsione del pericolo e da una mancata conformità a un modello comportamentale.

Ulteriori prove a sostegno di ciò, emergono da altre fonti che interpretano *imprudencia* nel senso di ‘errore’, contrapponendola al concetto di dolo.

Da questo punto di vista, appare eloquente il testo di D. 12,6,32,1, attribuito a Giuliano:

D. 12,6,32,1 (*Iul. X dig.*)

*Fideiussor cum paciscitur, ne ab eo pecunia petatur, et per imprudentiam solverit, condicere stipulatori poterit et ideo reus quidem manet obligatus, ipse autem sua exceptione tutus est. nihil autem interest, fideiussor an heres eius solvat: quod si huic fideiussori reus heres extiterit et solverit, nec repetet et liberabitur*⁴¹³.

Nel frammento unanimemente considerato autentico dalla dottrina, viene esaminato il caso in cui un fideiussore pattuisce che la somma di denaro da lui garantita non venga richiesta. Tuttavia, se per *imprudencia*, egli paga questa somma, avrà diritto di ripeterla poiché erroneamente corrisposta, lasciando però obbligato il debitore principale e tutelando sé stesso con l'*exceptio pacti conventi*. Solo nel caso in cui il debitore principale fosse erede del fideiussore e avesse pagato per *imprudencia*, non potrà ripetere quanto dato per errore.

In questo caso, l'*imprudencia* non costituisce un criterio di attribuzione di responsabilità poiché non vi è alcun atto illecito, ma essa assume un significato non

⁴¹³ D. 12,6,32,1 (*Iul. X dig.*) «Se il fideiussore pattuisce che la somma di denaro <per cui ha garantito> non venga richiesta, e, per distrazione, l'abbia pagata, potrà agire <in ripetizione> per intimazione contro il creditore, e così, invero, il debitore principale rimane obbligato, mentre egli stesso è tutelato dalla sua eccezione. Non vi è, poi, differenza se paghi il fideiussore o il suo erede; se poi di questo fideiussore sia divenuto erede il debitore principale e abbia pagato, egli non ripeterà e sarà liberato». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, III, cit., 65.

tecnico: *imprudentia* significa leggerezza oppure distrazione. Sembrerebbe indicare un errore.

Pertanto, in conformità con questa interpretazione, il fideiussore avrà il diritto di ripetere la somma pagata erroneamente.

1.2.1.2.2. FONTI POST-GAIANE

Tra le fonti successive a Gaio, è interessante analizzare un contributo di Africano, conservato in D. 35,1,32:

D. 35,1,32 (*Afr. IX quaest.*)

Quamvis rationes reddere nihil aliud sit quam reliqua solvere, tamen si et statuliberi et heredis culpa, sine fraude tamen servi minus solutum sit et bona fide redditas esse rationes existimatum fuerit, liberum fore: et nisi ita observetur, neminem, qui sub condicione ita manumissus esset, umquam ad libertatem perventurum, si per imprudentiam minus solutum esset. Haec ita accipienda ait, si quando is, qui rationes reddere iussus sit, per aliquem errorem sine dolo malo ita rationes ediderit, ut dominus quoque circa computationem erraret⁴¹⁴.

⁴¹⁴ D. 35,1,32 (*Afr. IX quaest.*) «Sebbene presentare il rendiconto non sia altro che pagare ciò che residui, tuttavia, qualora per colpa sia dello statulibero, sia dell'erede, ma senza la frode del servo, sia stato pagato di meno e sia stato ritenuto che il rendiconto sia stato presentato in buona fede, sarà libero; e laddove non si osservi ciò, non si perverrà mai alla libertà da parte di nessuno che sia stato così manomesso sotto una condizione, qualora inavvertitamente abbia restituito di meno. E <Giuliano> afferma che così deve intendersi allorquando colui, a cui sia stato ordinato di presentare il rendiconto, per un qualche errore senza solo abbia esibito i conti in modo tale che anche il padrone avrebbe sbagliato riguardo al calcolo». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, V.2, cit., 182.

Il caso presentato dal giurista riguarda le sorti della libertà di uno statulibero a seguito di una manomissione sotto condizione: se il servo, presentando un rendiconto in buona fede e per *culpa et statuliberi et heredis* ma senza frode, sia stato pagato meno dell'effettivo residuo, sarà considerato libero. Tuttavia, se il rendiconto risulterà inferiore e non sarà versato quanto rimanga a causa di frode, la condizione di manomissione non sarà considerata soddisfatta anche *per imprudentiam*. Lo stesso avviene anche quando colui, a cui è ordinato di rendere il conto, sbaglia per errore e senza dolo.

Anche in questo frammento si conferisce al termine un'accezione diversa da quella di *culpa*. Non solo, infatti, le conseguenze sulla libertà del servo sono opposte (se c'è colpa, ma non frode, allora sarà libero; se ricorre *imprudentia*, invece, non otterrà la libertà), ma con *imprudentia* pare si faccia riferimento ad un errore, una leggerezza.

Africano, infatti, puntualizza il significato che vuole attribuire a *imprudentia*: in questo caso ci si riferisce ad una disattenzione e una leggerezza, che comportano l'errato pagamento del rendimento dei conti.

Passiamo ora a considerare due passi di Paolo. Il primo è:

D. 2,2,2 (*Paul. III ad ed.*)

*Hoc edicto dolus debet ius dicentis puniri: nam si adessoris imprudentia ius aliter dictum sit quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adessori*⁴¹⁵.

Un altro aspetto rilevante è il concetto espresso da Paolo nel frammento ripreso dal commento all'editto in cui emerge un primo significato di *imprudentia*. Qui si

⁴¹⁵ D. 2,2,2 (*Paul. III ad ed.*) «In base a quest'editto deve essere punito il dolo di chi esercita la giurisdizione: infatti, se per inesperienza dell'assessore la giurisdizione sia stata esercitata diversamente da come si sarebbe dovuto, ciò non deve nuocere al magistrato, bensì allo stesso assessore». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 147-148.

discute la responsabilità dolosa del magistrato giudicante: qualora fosse stato animato da dolo, sarebbe stato punito secondo l'editto.

Diversamente, se la giurisdizione fosse stata delegata ad un assessore⁴¹⁶ privo dell'esperienza (*imprudentia*, appunto) necessaria al compito, ciò non sarebbe stato imputato al magistrato, ma all'assessore stesso. In questo contesto, l'*imprudentia* assume un significato di mancanza di conoscenza o esperienza⁴¹⁷. Infatti, non sempre il soggetto imprudente agisce senza l'ordinaria diligenza e dal frammento in esame non sembra trasparire negligenza.

Nel secondo passo di dice:

D. 3,5,20,3 (*Paul. IX ad ed.*)

*Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit: quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti neglegentia eius fecit, tu mihi praestes*⁴¹⁸.

Paolo qui affronta una questione relativa alla responsabilità nell'ambito della *negotiorum gestio*.

In questa situazione, il mandante risponderà per aver scelto in modo imprudente Lucio Tizio, al quale furono affidati gli affari di un terzo. In particolare, quando un gestore non è stato in grado di compiere gli affari in modo corretto, sarà responsabile

⁴¹⁶ Per una definizione si veda J. PLESCIA, *Conflict of laws in the Roman empire*, in *Labeo*, 1992, 20, 43.

⁴¹⁷ Emerge, in questo primo frammento, un significato di *imprudentia* che si discosta da quello tecnico di colpevolezza, sia da quello rinvenuto nella retorica-forense.

⁴¹⁸ D. 3,5,20,3 (*Paul. IX ad ed.*) «Lucio Tizio gestì i miei affari avendone ricevuto mandato da te; poiché egli non ha gestito a dovere, tu sei tenuto nei miei confronti con l'azione di gestione di affari non soltanto garantendomi le tue azioni nei suoi confronti, ma anche nel senso che devi rispondere di qualunque danno la sua negligenza abbia provocato, per il fatto di averlo scelto imprudentemente». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 265.

nei confronti del gerito colui che diede mandato *imprudenter*, e non il gestore incapace di adempiere al compito a lui affidato.

Si sottolinea che, in questo testo, l'aggettivo *imprudenter* sembra far riferimento al minimo di diligenza richiesto per adempiere all'obbligazione assunta.

Atri luoghi in cui è utilizzato il lemma sono i seguenti:

D. 49,14,15 pr. (*Iun, Maur. III ad leg. Iul. et Pap.*)

*Senatus censuit, si delator abolitionem petat, quod errasse se dicat, ut idem iudex cognoscat, an iusta causa abolitionis sit, et si errasse videbitur, det imprudentiae veniam, si autem calumniae, hoc ipsum iudicet eaque causa accusatori perinde cedat, ac si causam egisset et prodidisset*⁴¹⁹.

Il giurista, nel prendere in considerazione una questione in merito ai delatori, paragona l'errore alla distrazione e alla leggerezza. Qui emerge che *imprudentia* non ha una connotazione tecnica di colpa, ma piuttosto si riferisce ad un errore compiuto in buona fede, senza la malizia richiesta per configurare il dolo. Questo significa che se il giudice riconosce la presenza di *imprudentia*, perdonerà⁴²⁰, mentre se individua la malizia (*calumnia*), condannerà⁴²¹.

Anche in questo caso '*per imprudentiam*' sembra ammettersi un significato non di colpa, ma di generica leggerezza.

⁴¹⁹ D. 49,14,15 pr. (*Iun, Maur. III ad leg. Iul. et Pap.*) «Il Senato opinò che, se il delatore chiede l'abolizione dicendo di avere errato, lo stesso giudice decide se sia giusta la causa dell'abolizione. E se apparirà avere egli errato, perdonerà l'errore. Che se apparirà esservi malizia, il giudice decida questo stesso e tal causa sia a danno dell'accusatore, come se l'avesse iniziata e prodotta». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4668-4669.

⁴²⁰ *Imprudentia*, infatti, nella casistica dell'errore è causa di giustificazione. Si veda *supra*, p. 165 ss.

⁴²¹ Un'analisi del frammento si ritrova in C. VENTURINI rec. a L. FANIZZA, *Delatori e accusatori, l'iniziativa nei processi in età imperiale*, Roma, 1988, in *IURA*, 39, 1988, 171 ss. in part. 177 in cui fa riferimento al frammento in esame non prendendo in considerazione il termine *imprudentia* che, anche in tal caso è in senso non tecnico.

D. 50,17,108 (*Paul. IV ad ed.*)

*Fere in omnibus poenalibus iudiciis et aetati et imprudentiae succurritur*⁴²².

Infine, Paolo riporta una regola importante: nei giudizi penali si tiene conto sia dell'età, sia dell'*imprudentia*. L'accostamento alla *aetas* corrobora quanto sostenuto fin d'ora: qui si evidenzia che l'*imprudentia* non ha un connotato tecnico di colpa ma sembra essere assimilata alla natura delle *excusationes*, analogamente all'età o al *morbus*.

Allo stesso modo anche Ulpiano:

D. 44,4,4,3 (*Ulp. LXXVI ad ed.*)

*Item quaeritur, si cum eo, a quo tibi sexaginta deberentur, compromiseris, deinde per imprudentiam poenam centum stipulatus fueris. Labeo putat convenire officio arbitri iubere tantum tibi dari, quantum re vera debeatur, et, si non fiat, non vetare, ne quid amplius petatur: sed etiamsi id omissum fuerit, peti posse quod debetur Labeo dicit, et si forte poena petatur, doli mali exceptionem profuturam*⁴²³.

Ulpiano presenta un altro esempio in cui *imprudentia* è associata ha un errore compiuto in buona fede⁴²⁴. Tuttavia, emerge un interrogativo su eventuali richieste

⁴²² D. 50,17,108 (*Paul. IV ad ed.*) «In quasi tutti i giudizi penali si soccorre e all'età e all'imprudenza». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4867.

⁴²³ D. 44,4,4,3 (*Ulp. LXXVI ad ed.*) «Parimente si dà questo caso: tu hai fatto un compromesso con colui che ti doveva sessanta, ed indi per inavvertenza stipulasti la pena di cento; Labeone dice che l'arbitro deve ordinare che ti sia data tanta somma quanta realmente a te dovuta, e se ciò non avviene, non deve proibire che sia domandata qualche cosa di più; e che se ciò fu omesso, può essere domandato quanto è dovuto; e che è utile l'eccezione di dolo qualora si domandi la pena». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4129.

⁴²⁴ Il frammento è stato analizzato da A. BURDESE, *Recenti prospettive in tema di contratti*, in *Labeo*, 1992, 201. L'Autore prende in considerazione il frammento per riportare una differente visione tra

più elevate come nell'esempio di Labeone, che sosteneva la possibilità, in caso di un compromesso per sessanta, di domandare un importo maggiore (cento) *per imprudentiam*. In tal caso, il giurista sosteneva che l'arbitro potesse autorizzare il pagamento della somma effettivamente dovuta; in assenza di tale procedura, tuttavia, non si vietava la richiesta di un importo superiore. Nel caso in cui ciò non avvenisse, si riteneva comunque lecito domandare quanto effettivamente dovuto, sottolineando che l'eccezione di dolo si sarebbe potuta invocare, ove fosse stata richiesta la pena.

Dal frammento analizzato emerge, pertanto, che in presenza di *imprudentia*, intesa come disattenzione ed errore in buona fede, non si considera l'elemento soggettivo che ha animato l'agente, ma ci si focalizza piuttosto sulla disparità oggettiva tra ciò che è stato deciso e ciò che è stato richiesto.

1.2.2. D.50,13,6 (GAI. III RER. COTT. SIVE AUR.)

1.2.2.1. LA RICOSTRUZIONE DEL TESTO

Il medesimo testo del frammento di Gaio D. 44,7,5,4 è riproposto anche dai compilatori anche in D. 50,13,6 nel titolo *de variis et extraordinariis cognitoribus et si iudex qui litem suam fecisse dicetur* nell'ultimo libro del Digesto.

D. 50,13,6 (*Gai. III rer. cott. sive aur.*)

Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum

Servio e Labeone. Quest'ultimo, in particolare, non individua la dialettica tra *stipulatio* e accordo sottostante.

*actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit*⁴²⁵.

Questo secondo frammento rispetto al precedente, è più esteso e riprende quasi letteralmente la prima parte. Anche in questo testo, Gaio afferma che il giudice che fa sua la lite non è né obbligato da delitto (*ex maleficio*), né da contratto (*ex contractu*), ma realizza un comportamento comunque censurabile.

A mio avviso, la ragione per la quale il giudice è ritenuto responsabile potrebbe risiedere nell'*utique peccasse*: il giudice è tenuto quasi da delitto poiché commette un errore anche in assenza di dolo. La particolarità di questo frammento consiste nella presenza della medesima locuzione inserita in D. 44,7,5,4 (assente invece in Gai. 4,52): *licet per imprudentiam*. Anche qui il giurista afferma che il giudice risponde come se fosse tenuto da delitto se sbaglia qualcosa, anche per imprudenza.

Tuttavia, dopo tale spiegazione che riprende integralmente il testo riportato nel titolo dedicato alle obbligazioni e alle azioni (*de obligationibus et actionibus*), D. 50,13,6 si spinge oltre completando il discorso con due indicazioni. La prima riguarda la concessione di una non meglio specificata *actio in factum*. La seconda, invece, attiene alla sanzione: il giudice sarà soggetto a una pena pecuniaria nella misura che parrà equa al giudice che dovrà giudicare tale comportamento (l'espressione è *religionis iudicantis*).

In merito a tale aggiunta, che compare anche in I. 4,5 pr., vi sono diverse opinioni ricostruttive in dottrina.

Una prima opinione parte dal presupposto che l'intero testo delle *Res Cottidianae* sia di epoca postclassica. Chi lo afferma adduce quale prova un confronto serrato tra il

⁴²⁵ D. 50,13,6 (*Gai. III rer. cott. sive aur.*) «Qualora il giudice abbia fatto una lite sua, non è obbligato propriamente per maleficio: ma siccome non è obbligato nemmeno per contratto, e si reputa che sia in colpa, ancorché inavvertitamente; così è tenuto quasi per maleficio all'azione *in factum*; e dovrà subire la pena in quanto alla coscienza del giudice sembrerà conveniente». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4787-4788.

testo degli *Aurea* e delle *Institutiones*, arrivando alla conclusione che il confronto fra i due manuali rende note le abissali differenze di stile e di linguaggio, da cui deve discendere l'origine postclassica del trattato⁴²⁶.

Conseguentemente, questa corrente ritiene che i compilatori del Digesto e quelli delle Istituzioni di Giustiniano, nel riprendere il testo di Gaio, non abbiano interpolato alcunché: il testo postclassico è stato utilizzato direttamente dalle commissioni ed è possibile ricavare ciò per l'identità di struttura e linguaggio dei passi (nello specifico, tra D. 50,13,6 e I. 4,5 pr.)⁴²⁷.

L'unica interpolazione considerata ammissibile è rappresentata dalle parole *in factum actione* presenti solo in D. 50,13,6 e assenti negli altri luoghi in cui è ripreso il testo.

Un'altra parte della dottrina, invece, considera che i frammenti delle *Res cottidianae* siano interpolati nell'esposizione dai compilatori giustiniane, ma di paternità gaiana. Infatti, si suppone che la chiusa di D. 50,13,6 *et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit* fosse da attribuire alla commissione⁴²⁸.

1.2.2.2. *LICET PER IMPRUDENTIAM*

Anche in questo frammento il riferimento all'*imprudentia* ha sollevato diversi dubbi tra gli studiosi.

⁴²⁶ Sul punto, in particolare, si vedano E. ALBERTARIO, *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, 59, 1926 (= in *Studi di diritto romano*, III. *Obbligazioni*, 1936, 110 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, in *Annali di Messina*, 1913-1914, 46 (=in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene. 1854-1954*, Napoli, 1954, 125 ss.).

⁴²⁷ In tal senso: A. BERGER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in *KVRG*, 50, 1912, 438; J. KUNKEL, *Diligentia*, in *ZSS*, 45, 1925, 272. E. ALBERTARIO, *Ancora sulle fonti*, cit., 117.

⁴²⁸ G. SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III, 1929, 506 ss.

Una parte di essi⁴²⁹ ha ritenuto che il riferimento all'*imprudencia* fosse necessario per permettere che la responsabilità del giudice fosse considerata fonte di un'obbligazione *quasi ex maleficio* in luogo di quella da delitto.

Si credeva, infatti, che l'*imprudencia* fosse non solo contrapposta al *dolus – proprium* dei delitti - ma che fosse metonimica della *culpa*.

Considerando l'origine postclassico, ne discende che il *litem suam facere* dovrebbe, di per sé, indicare un comportamento doloso e, pertanto, il termine *imprudencia* (quindi colpa) ne giustificerebbe la collocazione tra le obbligazioni *quasi ex delicto*.

Alcuni studiosi, infatti, hanno sostenuto che la figura classica del *litem suam facere* avesse unicamente natura dolosa e che solo in epoca postclassica la sensibilità giuridica avesse introdotto l'*imprudencia* quale criterio di imputazione colposa del comportamento⁴³⁰.

Al di là delle congetture sulla classicità o meno delle *Res Cottidianae*, ritengo che questo dibattito non sia da accogliere. Personalmente, credo che non ci siano sufficienti prove testuali che giustifichino l'origine postclassica del trattato. A mio

⁴²⁹ E. ALBERTARIO, *Ancora sulle fonti*, cit., 118.

⁴³⁰ In tal senso S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II. *Obbligazioni ed azioni – Diritto ereditario e donazioni*, Roma, 1928, 387. Inoltre, in dottrina si è sostenuto che la collocazione del *l.s.f.* tra le obbligazioni quasi da delitto fosse giustificabile anche alla luce del pensiero greco, in particolare alla luce di quanto scritto da Aristotele nell'*Etica Nicomachea*, 1136 b: ἔτι εἰ μὲν ἀγνοῶν ἔκρινεν, οὐκ ἀδικεῖ κατὰ τὸ νομικὸν δίκαιον οὐδ' ἄδικος ἢ κρίσις ἐστίν, ἔστιν δ' ὡς ἄδικος (ἕτερον γὰρ τὸ νομικὸν δίκαιον καὶ τὸ πρῶτον); εἰ δὲ γινώσκων ἔκρινεν ἀδίκως, πλεονεκτεῖ καὶ αὐτὸς ἢ χάριτος ἢ τιμωρίας. «Inoltre, se ha emesso un giudizio ignorando, non commette ingiustizia secondo il giusto legale, né è ingiusto il suo giudizio, anche se in un certo senso lo è: infatti il giusto legale è diverso dal giusto in senso primario. Ma se in piena conoscenza ha giudicato in modo ingiusto, anch'egli prende di più o di favore o di vendetta». Trad. a cura di M. ZANATTA, *Etica Nicomachea*, cit., 375. In particolare, il filosofo in questa parte della sua opera si sta occupando del giudice che pronuncia una sentenza ingiusta a causa della sua ignoranza (ἀγνοῶν). In tal caso Aristotele dice che non è responsabile per un delitto, ma il suo comportamento è ugualmente da ritenere riprovevole (ἔστιν δ' ὡς ἄδικος). Con questa esegesi, è visibile un legame con il *litem suam facere*: infatti, pur non perpetrando un delitto, il giudice è responsabile 'come se' lo avesse fatto e sorge una responsabilità basata sull'inadempimento dell'*obligatio quasi ex delicto*. In effetti, il termine δ' ὡς ἄδικος ricorda il *non proprie ex maleficio teneri* presente nella codificazione giustiniana. Tuttavia, questa non è la sede appropriata per discutere sull'influenza del testo aristotelico nella creazione della categoria delle obbligazioni *quasi ex delicto* e delle problematiche ad essa collegata.

avviso, il testo è da considerare classico nella sostanza, salve le sicure interpolazioni giustiniane presenti in D. 50,13,6 (*in factum actione e religio iudicantis*).

Un dato incontestato rimane il riferimento all'*imprudentia* (nella formulazione *licet per imprudentiam*) che in Gaio assume un significato preciso.

Come ho tentato di dimostrare attraverso l'analisi dei testi di origine retorico-forense, il termine *imprudentia* si accosta al significato di ignoranza identificandosi con quest'ultima. I giuristi romani, infatti, non utilizzano tale lemma per indicare il comportamento colposo derivante da una mancata previsione dell'evento, come oggi invece lo intendiamo.

Lo stesso Gaio, infatti, in D. 9,2,8,1 e in D. 50,17,132 fa riferimento all'imperizia per indicare la colpa e non all'*imprudentia*, che rimane fuori da tale concetto:

D. 9,2,8,1 (*Gai. VII ad ed. prov.*)

Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur culpa nomine teneri. idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit⁴³¹.

⁴³¹ D. 9,2,8,1 (*Gai. VII ad ed. prov.*) «Si dice comunemente che è tenuto a titolo di colpa anche il mulattiere, se per imperizia non abbia potuto trattenere l'impeto delle mule e se esse abbiano schiacciato con gli zoccoli un servo altrui. Lo stesso si dice anche se egli non abbia potuto trattenere l'impeto delle mule per debolezza; né sembra iniquo, se la debolezza si ascriva a colpa per il fatto che ciascuno non deve cercare di fare ciò per cui capisce o deve capire che la sua debolezza sarà pericolosa per altri. Il diritto <da applicare> è il medesimo nei confronti della persona che non potrà frenare per imperizia o debolezza l'impeto del cavallo che cavalcava». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., II, 240.

D. 50,17,132 (*Gai. VII ad ed. prov.*)

*Imperitia culpa adnumeratur*⁴³².

Gaio in questi frammenti parla della colpa in termini di *imperitia*. Il testo conservato in D. 50,17,132 è eloquente: l'imperizia è annoverata tra le fattispecie colpose.

Il giurista, nel primo famosissimo testo ripreso dal commento all'editto provinciale, descrive la colpa del mulattiere che non è riuscito a trattenere le mule dal recare danno ad altri. In particolare, si ritiene che non sia stato in grado di evitare lo schiacciamento di un servo per imperizia. L'uomo, in questo caso, non ha dato prova di possedere quella capacità specifica richiesta ad un mulattiere.

Inoltre, prosegue Gaio, lo stesso si imputa al mulattiere che per debolezza non sia riuscito a trattenere le bestie. Anche tale comportamento è considerato colposo: chi è troppo debole per trattenere i muli e sa di avere questa debolezza, comprendendo la pericolosità del compito, non deve prendere in custodia gli animali.

Il giurista, nel passo riportato, rende noto un significato di colpa ben preciso: da un lato, è *culpa-imperitia* quando non è tenuto un comportamento che è richiesto ad un dato esperto del settore (nella fattispecie, un mulattiere); dall'altro lato, è sempre *culpa-imperitia* il comportamento di chi, pur conoscendo i propri limiti (nel caso analizzato, fisici) decida consapevolmente di assumere un compito che non sarà in grado di assolvere e si prefiguri la pericolosità delle sue azioni⁴³³.

Questo ragionamento sembrerebbe trovare conferme sia nel periodo antecedente a Gaio (Celso e Giuliano) sia in un periodo successivo al nostro giurista provinciale (Ulpiano, che riprende il pensiero di Celso in D. 19,2,8,5, sia quello di Giuliano in D. 2,1,15).

⁴³² D. 50,17,132 (*Gai. VII ad ed. prov.*) «L'imperizia è annoverata tra le specie della colpa». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus iuris civilis*, II, cit., 4871.

⁴³³ S. SCHIPANI, *Contributi romanistici*, cit., 29 ss.

Il testo, inserito nella trattazione dei contratti consensuali in D. 19,2,9,5, in particolare nel titolo dedicato alla *locatio conductio*, prende in considerazione il termine *imperitia*:

D. 19,2,9,5 (*Ulp. XXXII ad ed.*)

*Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit*⁴³⁴.

Ulpiano riporta l'opinione di Celso in merito a cosa fosse l'imperizia: consiste in un comportamento colposo, cioè ascrivibile alla categoria della colpa.

Il termine corrispondente a *imperitia* e utilizzato nel testo dei Basilici è ἀπειρία, lemma che assume un significato tecnico⁴³⁵: un comportamento mosso da *imperitia* è colposo.

Lo scolio al testo⁴³⁶, inoltre, fa un parallelismo (ή ἀπειρία ἔοικε τῇ ἀμελείᾳ) dal quale si evince non solo che ἀπειρία è fattispecie colposa, ma che è l'*imperitia* (e non l'*imprudentia*) a inserirsi in tale concezione soggettiva.

⁴³⁴ D. 19,2,9,5 (*Ulp. XXXII ad ed.*) «Celso, nel libro ottavo dei Digesti, scrisse che anche l'imperizia è da ascrivere alla colpa; se taluno prese in conduzione vitelli per allevarli o qualche cosa per ripararla o per pulirla, egli è tenuto per colpa, ed è colpa ciò che <egli> sbagliò per imperizia, poiché, dice, prese in conduzione come esperto.». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, III, cit., 431.

⁴³⁵ Il termine ἀπειρία significa, 'non esperto, non perito'. Si veda, per il significato, H.G. LIDDELL- R. SCOTT, *Greek-English Lexicon*, Oxford, 1996, 184.

⁴³⁶ Riporto qui il testo in greco: ή ἀπειρία ἔοικε τῇ ἀμελείᾳ] Ὁ Κέλσος τὴν ἀπειρίαν εἰς κούλπαν ἀναφέρεσθαί φησιν. ἀμέλει ἐάν τις μόσχους ἐπὶ τῷ κατανέμειν μισθώσῃται, ἢ ράπτης ἐπὶ τῷ ράψαι ἐσθῆτα, ἢ κναφεὺς ἐπὶ τῷ κνάψαι αὐτήν, ἐπειδὴ κατέχονται ἀπὸ ραθυμίας, εἰ συμβῆ τούτους ἐξ ἀμελείας βλάψαι τὰ μεμισθωμένα ὁ μὲν γὰρ ἐξ ἀπειρίας κατὰ κρημνον τοὺς μόσχους ἀπήγαγεν, οἱ δὲ ἐν τῷ ράψαι ἢ κνάψαι ἀπειρώς κατασχεθῆσονται τῇ λοκάτῃ ὡς ραθυμήσαντες. οὐκ ἔδει γὰρ αὐτοὺς κατόπιν τῆς οικείας υποσχέσεως ἀμαθεῖς φανῆναι. οἱ γὰρ τεχνίται συναλλάξαντες, ἐξ ὧν ἔβλαψαν, ἐδείχθησαν ἀμαθεῖς. Στέφανος. Σημείωσαι, ὅτι καὶ ἐνταῦθα ἡ ἀπειρία τῇ κούλπῃ προσέοικε. τοῦτο ἔγνωσ καὶ ἐν τῷ α. βιβ., των πρώτων τιτ. ιγ. διγ. ζ. θεμ. ή. οὐκοῦν εἰ σαθρὸν ἦν τὸ ἱμάτιον, καὶ ὡς σαθρὸν ἐσχίσθη, οὐ κινδυνεύει ὁ κναφεὺς, ὥσπερ οὐδὲ λιθογλύπτῃς, εἰ ὁ λίθος ἐκλάσθη διὰ τὸ

Inoltre, anche in D. 2,1,15 si coglie che colposo era solo il comportamento imperito:

D. 2,1,15 (*Ulp. II de omnibus tribunalibus*)

*Si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus, nihil valebit quod actum est. nec enim ferendus est qui dicat consensisse eos in praesidem, cum, ut Iulianus scribit, non consentiant qui errent: quid enim tam contrarium consensui est quam error, qui imperitiam detegit?*⁴³⁷

Il giurista si domanda cosa potrebbe accadere nel caso fosse stato adito erroneamente un pretore. In tal caso quanto da lui compiuto, in violazione delle formalità prescritte, non avrebbe avuto alcun valore. Sul punto si era formato *ius controversum*: da un lato, chi sosteneva che una nomina di tal genere sarebbe stata regolarizzata dal

προσὸν αὐτῷ βίτιον πλὴν εἰ τὸν πάντα κίνδυνον ὁ τεχνίτης ἀνεδέξατο, ὡς Οὐλ- πιανὸς ἐν τῷ ιγ. διγ. θεμ. ζ. τοῦ παρόντος τιτ. φησί. [Sch. o. II. 450.]. Di seguito il corrispondente latino: 5) *imperitia culpae similis est*] *Celsus ait, imperitiam ad culpam referri. Itaque si quis vitulos pascendos conduxerit, vel sarcinator vestem sarciendam, vel fullo poliendam eam, quia negligentiae nomine tenentur, si negligentia res conductas laeserint: ille enim ex imperitia vitulos per locum praeruptum egit, hi autem in sarciendo vel poliendo imperite versati sunt: locati tenebuntur tanquam negligenter versati. Neque enim post promissiones suas debuerunt imperiti apparere. Nam artifices, qui contraxerunt, ex his, quae peccarunt, imperitiam suam comprobant. Stephanus. Nota, hic etiam imperitiam culpae proximam esse. Hoc etiam didicisti lib. 1. partis primae Digestorum, tit. 18. dig. 6. them. 8. Ergo si vestis fragilis esset, et tanquam attrita scissa sit, fullonis periculum non est, quemadmodum nec sculptoris, si lapis fractus sit vitio materiae: nisi periculum omne artifex in se receperit, ut ait Ulpianus dig. 13. them. 6. huius tituli. Hb. II, 337-338; Sch. 1174 B III Scholia. «Celso afferma che l'imperizia è attribuibile alla colpa. Infatti, se qualcuno conduce i vitelli al pascolo, o un sarto ripara una veste, o un tintore la pulisce, se danneggiano la cosa per negligenza, saranno responsabili per negligenza: infatti, colui che ha guidato i vitelli attraverso un terreno impervio ha agito per inesperienza, mentre coloro che riparano o lucidano la veste sono stati inesperti nel fare il loro lavoro: saranno tenuti come se avessero operato con negligenza. Infatti, non avrebbero dovuto mostrare inesperienza dopo aver fatto promesse. Gli artigiani, che hanno stipulato un contratto, da questi errori hanno dimostrato la loro inesperienza. Stefano: Nota, qui si dice anche che l'imperizia è molto vicina alla colpa. Hai anche appreso questo nel primo libro della parte prima dei Digesti, al titolo 18, dig. 6. Quindi se un tessuto fosse fragile e sembrasse usurato e strappato, il tintore non è responsabile, così come lo scultore non lo è se la pietra si è rotta a causa di un difetto del materiale: a meno che l'artigiano non abbia accettato tutti i rischi, come dice Ulpiano nel libro tredicesimo, 13, di questo titolo». La traduzione è mia.*

⁴³⁷ D. 2,1,15 (*Ulp. II de omnibus tribunalibus*) «Se per errore sia stato adito un pretore invece di un altro, quanto è stato compiuto non avrà valore. Infatti, non va sostenuto chi dica che le parti abbiano espresso un consenso su colui che presiedeva, perché, come scrive Giuliano, non può ritenersi raggiunto un accordo fra coloro che sono in errore: cosa, infatti, è tanto contrario al consenso quanto l'errore, che rivela imperizia?». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 146.

consenso delle parti; dall'altro lato, invece, vi era l'orientamento a cui aderiva Giuliano e che riteneva non possibile un accordo tra coloro che erano caduti in errore. Infatti, conclude il giurista, non c'è nulla di più contrario al consenso dell'errore che è sintomo di imperizia.

Ne consegue che l'errore che poteva essere evitabile con diligenza e perizia comporti il rimprovero del comportamento. L'agente avrebbe potuto evitare il danno con l'ordinaria diligenza richiesta. In tal caso il comportamento sarà imputato a titolo di *culpa*.

Il solo caso in cui l'errore è scusabile e giustifica il comportamento dannoso quando esso è inevitabile, cioè quando non sarebbe stato possibile non provocare il danno nemmeno con la massima diligenza.

Per tale ragione, l'imprudenza a cui fa riferimento il sintagma *licet per imprudentiam* è solo quella inevitabile, da cui discende un errore che non poteva essere evitato. Infatti, l'*imprudentia* (quale elemento della *purgatio* nel discorso forense) mira a scagionare l'imputato portando a giustificazione un'ignoranza che non avrebbe potuto evitare nemmeno con un comportamento diligente.

Di conseguenza, l'errore, causato da leggerezza o disattenzione dovuta a scarsa diligenza o poca perizia (che non è chiamata *imprudentia*), avrebbe comportato la responsabilità del soggetto agente che non avrebbe potuto utilizzare a sua discolpa la non conoscenza della situazione.

Normalmente, l'*imprudentia* nel senso sopra indicato esclude la colpevolezza e la punibilità.

Invece, nei due frammenti ripresi dalle *Res Cottidianae*, Gaio sta ammonendo i lettori che, nel caso del *litem suam facere*, l'imprudenza – cioè, l'ignoranza inevitabile - non assiste il giudice: al *iudex*, infatti, è richiesto un certo compito che deve assolvere e non può genericamente chiedere di esserne esonerato perché non aveva conoscenza di una situazione o di una norma.

L'uso della concessiva introdotta con *licet* sembrerebbe indicare proprio questo: anche se per *imprudencia* – solitamente causa di giustificazione – il giudice sarà ritenuto responsabile⁴³⁸.

1.2.3 SIGNIFICATO DI *IMPRUDENTIA* NELLE *RES COTTIDIANAE*

A me sembra che, se si potesse tradurre *imprudencia* con ignoranza così come suggeriscono le fonti analizzate, il significato attribuito al termine da Gaio nelle *Res cottidianae* comporterebbe un'estensione della responsabilità del giudice anche ai casi in cui, seppur in buona fede, il *iudex* abbia fatto sua la lite violando delle regole processuali.

⁴³⁸ Sulla costruzione concessiva con *licet* militano a favore anche gli altri luoghi in cui Gaio utilizza lo stesso costrutto, quasi ad indicare una generica eccezione ad una regola consolidata. Si veda, *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, s.v. *licet*, III, 1631, in part. al paragrafo II intitolato *concessive usurpatum*. Ad esempio, in D. 3,5,2 (*Gai. III ad ed. prov.*) *Si quis absentis negotia gesserit licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habet eo nomine actionem: itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appellatur negotiorum gestorum. Et sane sicut aequum est ipsum actus sui rationem reddere et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit vel ex his negotiis retinet: ita ex diverso iustum est, si utiliter gessit, praestari ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est.* «Se qualcuno ha gestito gli affari di un assente, sebbene questi non ne fosse a conoscenza, tuttavia, qualunque spesa egli abbia utilmente fatto per il patrimonio di quello, o se anche abbia assunto obbligazioni verso qualcuno per il patrimonio dell'assente, ha azione a tale titolo: perciò da tale accadimento sorge un'azione dell'uno verso l'altro, che si chiama di gestione di affari. E certo, come è equo che egli renda conto dei propri atti e sia condannato a tale titolo, per qualunque cosa abbia gestito non nel modo in cui sarebbe stato necessario o se trattenga alcunché dalla gestione di quegli affari, così, correlativamente, è giusto che, se ha gerito utilmente, gli venga prestato tutto ciò che a tale titolo ha perduto o perderà». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 253 s. Anche in D. 3,5,38 (*Gai. III de verborum obligationibus*) *Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et invitati nos facere posse, deteriolem non posse.* «Chiunque paghi per un altro, lo libera, anche se l'altro non voglia o non ne sia al corrente; ma ciò che è dovuto a uno non può essere a buon diritto preteso da un altro senza il suo consenso. Infatti, in base ad una ragione allo stesso tempo di ordine naturale e civile, noi possiamo rendere migliore la condizione di un altro, sebbene questi sia contrario o lo ignori, ma non possiamo renderla peggiore». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 273. Pure in questa occasione, Gaio utilizza il costrutto con *licet* come concessiva: in questo caso particolare (nella fattispecie, il pagamento del terzo) anche qualora il debitore fosse *invitus* o ignorasse la situazione, non può sottrarsi alla conseguenza della liberazione dall'obbligazione. Pertanto, anche qui è ammesso l'effetto giuridico nonostante l'ignoranza della situazione.

In effetti, la buona fede si sostanzia nell'ignoranza di ledere l'altrui interesse giuridicamente tutelato. In presenza di essa, infatti, al privato nulla accade. Non vi sono conseguenze sfavorevoli poiché ha agito con la diligenza richiesta.

In tale scenario, tuttavia, non vi è una giustificazione come per la *necessitas* o il caso, ma il giudice verrebbe considerato responsabile e assoggettato alle conseguenze delle proprie azioni.

Gaio nelle *Res cottidianae* vuole ampliare il comportamento rilevante del giudice: anche se il giudice è in buona fede e ignora una certa posizione, se reca danno sarà considerato responsabile e sorgerà in capo a lui l'obbligo di risarcimento.

2. LITEM SUAM FACERE NEL PERIODO DEI SEVERI: ULPIANO

2.1.D. 5,1,15,1 ULP. XXI AD ED

2.1.1. TESTIMONIANZA DELLA FONTE

Una diversa testimonianza relativa al *litem suam facere* ci è giunta attraverso un frammento di Ulpiano, ripreso dal *XXI ad Edictum* e conservato in D. 5,1,15,1:

D. 5,1,15,1 (*Ulp. XXI ad ed.*)

*Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur*⁴³⁹.

⁴³⁹ D. 5,1,15,1 (*Ulp. XXI ad ed.*) «Si intende che un giudice faccia propria una lite allorché con dolo abbia pronunciato una sentenza in frode alla legge (si considera che egli faccia ciò con dolo quando

Nel testo, si afferma che il giudice fa propria sua la lite nel caso in cui abbia pronunciato una sentenza con dolo in frode alla legge.

Inoltre, tale frammento, delinea il concetto di *dolus malus* considerandolo doloso il comportamento del giudice che mostri preferenza per una delle parti, o che nutra una particolare avversione nei confronti di una di esse, oppure nel caso in cui adotti atteggiamenti particolarmente biasimevoli, come essere corrotto.

Il sintagma *iudex qui litem suam fecit* è utilizzato dal giurista per descrivere un comportamento differente da quello indicato da Gaio o in altre fonti: il giudice, in questo testo, è ritenuto responsabile, qualora *cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*⁴⁴⁰.

Questo frammento si distingue nettamente dagli altri precedentemente analizzati almeno sotto diversi aspetti: in primo luogo, merita attenzione il criterio soggettivo di imputazione del dolo attribuito al giudice; in secondo luogo, la presenza della *fraus legis*, caratteristica necessaria per la configurazione dell'istituto; e, infine, la presenza di una sentenza⁴⁴¹.

risulti evidente la sua preferenza per una delle parti, o la sua inimicizia <verso una di esse> o anche la sua corruzione), sicché viene costretto a prestare la vera stima della lite». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, II, cit., 9.

⁴⁴⁰ In chiave moderna, tale comportamento potrebbe essere definito come un atteggiamento animato da «interesse privato in atti di ufficio». In tal senso si veda A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli, 1978, 14 ss.; la locuzione si ritrova in F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 225

⁴⁴¹ I tre punti sono stati individuati da Scevola di cui condivido a pieno le osservazioni: R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 251. Osservazioni simili anche in Lamberti, ma con delle differenze: «[...] gli elementi della violazione risultano essere: a) la qualifica di *iudex* dell'autore dell'illecito; b) l'intenzionalità del comportamento (*dolo malo*); c) il collegamento del *litem suam facere* all'esistenza della pronuncia giudiziale; d) la qualificazione della condotta come *in fraudem legis*». La lettera a) merita una precisazione: il fatto che la Lamberti indichi questo elemento come costitutivo della fattispecie in esame non deve ingannare perché ai tempi di Ulpiano la differenza che poteva esserci tra *arbiter* e *iudex* è andata scemando e non la si riscontra più. F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 226.

2.1.2. LA RICOSTRUZIONE DEL TESTO

2.1.2.1. LA COLLOCAZIONE PALINGENETICA DEL FRAMMENTO

La collocazione palingenesi del frammento determina il significato della locuzione *litem suam facere* assunto in Ulpiano. La questione centrale riguarda l'interpretazione di tale frammento: se debba essere considerato come un rimedio eccezionale applicabile solo nei casi in cui il giudice, agendo *cum dolo malo*, compia una frode alla legge speciale, oppure, se debba essere inteso come una fattispecie che esprime un principio generale.

Infatti, se si accettasse la collocazione indicata in rubrica (XXI libro *ad Edictum*) il frammento si riferirebbe ad un caso specifico; se, invece, si considerasse la rubrica inesatta e la collocazione del frammento fosse nel XXIII libro del commento all'Editto, allora il frammento verrebbe ad assumere una valenza generale dovuta alla collocazione nel XIV titolo dell'Editto (di cui il XXIII libro di Ulpiano ne è il commento) rubricato *De iudiciis omnibus*⁴⁴².

In merito a tale questione, si sono consolidate due opinioni. Un primo orientamento contestava la correttezza dell'*inscriptio* (XXI *ad Edictum*) suggerendo che il frammento potesse essere collocato nel XXIII libro *ad Edictum*⁴⁴³. In tal caso, la fattispecie sarebbe stata inserita in un libro dedicato al ruolo del giudice e sarebbe stata interpretata come un'ipotesi generale: il giudice sarebbe stato responsabile di *litem suam facere* anche per dolo (oltre che per *imprudencia*).

Questa visione ha ricevuto sostegno da studiosi come Beseler, che riteneva erronea l'*inscriptio*⁴⁴⁴, e Lenel, il quale, pur mostrando inizialmente titubanza nella sua tesi

⁴⁴² Così riferito da O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Leipzig, 1927, rist., Roma, 2000, 541 ss. oppure solo *De iudiciis*, in ID., *EP*³, cit., 145.

⁴⁴³ Cfr. M. GIUSTO, *Per una storia*, cit., 464, pensa «al mancato rispetto di un qualunque precetto giuridico», come pure in fin dei conti F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 224 ss.

⁴⁴⁴ «Die Inskription wird richtig lauten Ulp. 23 ed. Auch Lenel 210 bedenkt die Möglichkeit eines Inskriptionsfehlers. *Legis* scheint mir trotz Lenel 210 kaum möglich. Die Korruption wäre etwa so entstanden: erste Hand mit Auslassung von vier Buchstaben *litigis*, zweite Hand, unter dem Banne des häufigen *in fraudem legis* und mit vermeintlicher Emen dation, *legis*». G. BESELER, *Beiträge*, cit., 78.

esposta nella Palingenesi⁴⁴⁵, in cui ha espresso dei dubbi sulla collocazione del frammento secondo l'indicazione dell'*inscriptio*⁴⁴⁶; tuttavia, successivamente ha confermato la collocazione⁴⁴⁷ nel XXI libro *ad Edictum*⁴⁴⁸.

Nonostante ciò, in seguito, Lenel ha adottato un approccio più cauto, riflettendo sulle discrepanze rispetto alle indicazioni di Gaio al *litem suam facere*⁴⁴⁹ e all'ingiustizia

⁴⁴⁵ O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 541.

⁴⁴⁶ Così il Lenel esprimeva la sua perplessità in *Palingenesia*, cit., II, 541, nt. 3: «*Etiam fr. 650-655 ad titulum de adpromissoribus pertinere ideo verosimile est, quia hic tractatus etiam in librum XXII producitur. Sed quo singula spectet fragmenta, in obscuro videtur relinquendum esse*».

⁴⁴⁷ Così il Lenel in *EP*², 140 ss. e senza modifiche in *EP*³, cit., 167 ss. Nella terza edizione dell'editto, il Lenel esprimeva in questo modo la sua perplessità circa la collocazione del frammento: «Dunkel ist endlich auch Ulp. 21 (5,1) 15 [...] Rudorff, *EP* § 79, gründet auf diese Stelle die Annahme, daß in direkter Nachbarschaft dessen, was das Edikt mit Beziehung auf die Bürgschafts gesetze enthielt, die Klausel *Si iudex litem suam fecerit* gestanden habe. Ich halte diese Hypothese für unmöglich: denn ist die Inskription des Frag ments richtig, so stand dasselbe mitten in der Materie von der Bürgschaft, in der Gegend der Rubriken *ad legem Cicereiam* und *ad legem Corneliam* (Ulp. 21), aber noch vor der Rubrik *ad epistulam D. Hadriani* (Ulp. 22): wie soll an solchen Ort die Klausel *Si iudex litem suam fecerit* geraten sein? Ohne Zweifel haben wir es vielmehr in fr. 15 cit. (wofern die Inskription der Stelle richtig ist) mit einem speziellen Fall des *litem suam facere* zu tun, zu dessen Erörterung eines der Bürgschaftsgesetze Anlaß gab. Dafür spricht auch sehr entschieden der Wortlaut der Stelle; denn wenn Ulpian das *litem suam facere* definiert als: *dolo malo in fraudem legis sententiam dicere*, so wäre das als Definition des Delikts überhaupt viel zu enge (s. oben S. 168), und das *in fraudem legis* verträgt gewiß sehr gut die Deutung auf ein Urteil, das *in fraudem* eines bestimmten Gesetzes erlassen ist. Es läßt sich vermuten, daß man in Rom mancherlei Wege versucht haben wird, um die lästigen Beschränkungen der Bürgschaft zu umgehen, <-man denke nur etwa an die Möglichkeit der Ersetzung der Bürgschaft durch Übernahme der Korrealverpflichtung. Vielleicht ist in fr. 15 cit. ein *Judex* zu unterstellen, der bewußt solche Gesetzesumgehung unterstützt, indem er über das Maß der *lex Furia* oder *Cornelia* hinaus verurteilt». O. LENEL, *EP*³, cit., 216-217.

⁴⁴⁸ Lenel prendeva in considerazione unitariamente i frammenti pr. e 1 del D. 5,1,15,1; a favore della sua tesi si veda F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 250-251 che testualmente afferma essere suo convincimento che «Ulpiano, in effetti, spiega cosa deve intendersi per *litem suam facere* in relazione al discorso da lui avviato in D. 5,1,15 pr., in cui si prende in considerazione l'emanazione di una sentenza vistosamente pregiudizievole per una parte, resa da un *filius familias*». Più critico su questa collocazione è, invece, R. SCEVOLA (*La responsabilità*, cit., 249 ss.) che dimostra, opportunamente sostenuto dalla dottrina richiamata, come i due frammenti non potessero originariamente stare insieme: il segnale che farebbe presagire una loro originaria divisione e collocazione differente è l'inelegante ripetizione di *tunc* che, secondo Scevola, è sintomo sia di una forzata unione dei frammenti, sia della classicità del passo. I compilatori, infatti, se lo avessero interpolato, vi avrebbero tolto un *tunc* rendendo il testo più scorrevole.

⁴⁴⁹ «Man würde längst aufgehört haben, in dieser Stelle irgend etwas auf fallend zu finden, wenn man sich nicht daran gewöhnt hätte, bei dem *litem suam facere* allein oder doch vorzugsweise gerade an den in derselben behandelten Fall ungerechten Urteils zu denken. Da begreift man nun nicht, warum Ulpian hier nur den dolosen *Judex*, Gaius auch den *imprudens*, Ulpian ihn auf den vollen Streitwert, Gaius ihn auf eine *ex aequo* zu bemessende Strafsumme haften lässt. Es ist aber umgekehrt bei unserm Delikt gerade vorwiegend an die bei der Selbständigkeit des römischen Geschworenen jedenfalls unendlich häufigen kleinen Gesetzeswidrigkeiten zu denken: Versäumung des Termins, Verfehlung wider die gesetzlichen Vorschriften über die Vertagungen, u. dgl., - Fehler, wegen deren

formale della sentenza, ma anche ai piccoli errori che non comportano né nullità, né responsabilità per l'intera causa⁴⁵⁰.

Il secondo orientamento, che riteneva corretta la collocazione del frammento di Ulpiano nel XXI libro *ad Edictum*, ha ricevuto il sostegno di coloro che pensavano che la responsabilità del giudice derivasse dalla violazione di una specifica *lex* o di una *constitutio*⁴⁵¹. In tal caso, il frammento non avrebbe enunciato una fattispecie generale di *litem suam facere* dolosa, ma avrebbe indicato la conseguenza della violazione di una specifica norma⁴⁵².

Si è sostenuto che il frammento (in particolare, il lemma *lex*) si riferisse a una legge a tutela degli *adpromissores*⁴⁵³, come la *lex Furia* (XX *ad ed.*), la *lex Cicereia* o la *Lex Cornelia* (XXI *ad ed.*)⁴⁵⁴.

Tra i favorevoli a questa seconda tesi, vanno menzionati più in dettaglio Rudorff e Burdese. Il primo aderisce all'indicazione dell'*inscriptio*⁴⁵⁵; il secondo sosteneva che la clausola *litem suam facere* nel frammento in commento non fosse una definizione

gegen den *Judex* natürlich nur in Ausnahmefällen eine Klage auf den vollen Streitwert begründet sein konnte, eine genaue Abschätzung des Interesses i d. R. aber überhaupt unmöglich war, so dass der wider den pflichtvergessenen Geschworenen urteilende *Judex* notwendig auf sein billiges Ermessen verwiesen werden musste. Gerade an solche Fehler muss man denken, wenn man es begreiflich finden will, dass Gaius das *litem suam facere* nicht als eigentliches Delikt gelten, und dass er den *Judex* auch für *imprudencia* haften lässt». O. LENEL, *EP*², cit., 163.

⁴⁵⁰ Cfr. O. LENEL, *EP*³, cit., 168-169. Lenel ritiene, inoltre, che il pretore abbia sapientemente lasciato libertà ai contendenti nella costruzione della pretesa formulare. Ribadisce anche in tale occasione che non avverte che ci sia alcuna antinomia tra il frammento in commento e le indicazioni di Gaio in D. 50,13,6 e I. 4,5 pr.

⁴⁵¹ Sulla violazione delle *constitutiones*, si veda la recente monografia di D. A. CENTOLA, *Contra constitutiones iudicare. Alle origini di una dialettica nell'età dei Severi*, Napoli, 2017, in part. 139 ss.

⁴⁵² Cfr. B. KÜBLER, *Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen*, in ZSS, 39, 1918, 220 ss., e O. LENEL, *Das Edictum*, cit., 1927³, 216 ss. che pensavano a una fra le *leges* limitatrici della responsabilità dei garanti; per T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., 49 ss., la disposizione normativa elusa sarebbe da rintracciarsi nella *lex Iulia iudiciorum privatorum*; A. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., 176 s.; così, ora, anche F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 23 ss.

⁴⁵³ Su chi erano gli *adpromissores* si veda una rapida ricognizione in G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, 362 ss.

⁴⁵⁴ Di queste tre leggi abbiano notizia da Gaio: in particolare, è possibile leggere della *Lex Furia* in Gai. 3, 121-122; della *Lex Cicereia* in Gai. 3, 123; della *Lex Cornelia* in Gai. 3, 124.

⁴⁵⁵ A. F. RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig, 1869, 92.

generale (come potrebbe far pensare *intellegitur*⁴⁵⁶), ma si riferisse all'elusione di una legge specifica. Con questa opinione, lo studioso collocava il passo nel titolo dedicato alla *lex Cornelia*⁴⁵⁷. Egli, infatti, riteneva che il riferimento nell'*inscriptio* fosse corretto perché richiama una *fraus* di una specifica *lex*.

Propone, invece, una tesi originale il De Martino⁴⁵⁸, ad avviso del quale c'era stato un errore nel riportare la formula edittale: lo studioso napoletano, infatti, sia convinto che non fosse possibile limitare il dolo alla sola *fraus legis*, ma che il caso prospettato da Ulpiano in D. 5,1,15,1 fosse solo uno dei tanti casi di dolo che, nella fattispecie, era stato causato dalla violazione di una specifica norma posta a limite delle garanzie personali degli *adpromissores*⁴⁵⁹. Di errore parla anche Lamberti, la

⁴⁵⁶ Della stessa opinione del Burdese, anche F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 250.

⁴⁵⁷ A. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., 176 (= ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994, 92). A sostegno di tale tesi, cita anche Gaio: 3,124. *Sed beneficium legis Corneliae omnibus commune est. qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno uetatur in ampliorem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia; et quamuis sponsores uel fidepromissores in amplam pecuniam, uelut in sestertium C milia se obligauerint, tamen dumtaxat in XX milia tenentur. pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum, cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est, quae sine ulla condicione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur. appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur; itaque et si uinum uel frumentum aut si fundum uel hominem stipulemur, haec lex obseruanda est.* «Il beneficio della legge Cornelia è invece comune a tutti. Questa legge vieta di contrarre obbligazioni per una somma pecuniaria superiore ai ventiseimila sesterzi in favore della stessa persona e nei confronti della stessa nello stesso anno. È quantunque gli sponsori o promittenti in fede di una somma superiore, ad esempio, per centomila sesterzi. Ed intendiamo per somma dovuta non solo quella che siamo a credito, ma tutto ciò che sia certo costituire un debito dal momento in cui l'obbligazione viene contratta, vale a dire ciò che viene dedotto in obbligazione senza condizione. In questa legge, poi, il termine pecunia indica ogni cosa: sicché questa legge va applicata anche quando si stipuli del vino, del frumento, un fondo o uno schiavo». Trad. a cura di M. BALZARINI, *Le istituzioni di Gaio*, Torino, 1998, 141 s. La norma statuiva che fosse responsabile per *litem suam facere* il giudice che avesse violato i limiti previsti dalla *Lex Cornelia*: lo *sponsor* e il *fidepromissor* non potevano impegnarsi a garanzia dello stesso debitore nel medesimo anno per una cifra superiore a ventimila sesterzi. Infatti, se tale regola non fosse stata rispettata nel corso del giudizio, il giudice che avesse condannato ad una somma più alta sarebbe incorso in un'ipotesi di *litem suam facere*. Ulpiano, in D. 5,1,15,1, esprimeva la medesima regola di diritto anche nel caso in cui il giudice avesse eluso fraudolentemente la legge senza violarla formalmente.

⁴⁵⁸ «La previsione del dolo non può dunque che essere di origine classica. L'Arangio Ruiz ha notato che le parole relative sembrano proprio quelle dell'editto e tale opinione è giusta, salvo che per la limitazione del dolo alla *fraus legis*. Si tratta di due previsioni diverse, come è nella clausola concernente i *pacta conuenta*». F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 8-9.

⁴⁵⁹ «Alcuni studiosi hanno spiegato la dizione *in fraudem legis* con il riferimento a leggi determinate. Il Rudorff ed il Lenel anche se con differenze tra loro hanno supposto che la clausola riguardasse le leggi che avevano imposto limiti alle garanzie personali, la *lex Furia* o la *Cornelia*. Questa congettura

quale, avvalorando la sua tesi citando il Birks⁴⁶⁰, ritiene che il frammento estrapolato dal suo contesto originario assuma nel Digesto una portata generale, che fa propendere per una sua collocazione nel XXIII libro *ad Edictum*⁴⁶¹.

Tra gli studiosi, inoltre, non è mancato chi ha ricondotto il riferimento ad una generica *lex* alla *lex Iulia Iudiciaria*⁴⁶², limitando la fattispecie alla violazione processuale delle sue norme.

In conclusione, sebbene si siano espressi punti di vista divergenti tra gli studiosi⁴⁶³, a mio avviso, è più convincente la collocazione del frammento nel XXI libro *ad Edictum* di Ulpiano, come indicato nell'*inscriptio* del frammento per le ragioni che ora vado a esporre.

2.1.2.2. LA PARTE GENUINA DELLA FONTE

Il testo ha ricevuto numerose interpolazioni, nonostante fosse generalmente considerato autentico dalla maggior parte degli studiosi. Per sostenere questa tesi, è utile suddividere il frammento in tre parti distinte: la prima parte è composta dalle parole *Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*; la seconda, invece, è costituita dalla parentesi: (*dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes*); infine, l'ultima parte può essere individuata nella frase *ut veram aestimationem litis praestare cogatur*.

si fonda sulla *inscriptio* del testo di Ulpiano, nel lb. 21 *ad edictum*, nel quale libro si trattava della *lex Cicereia* e della *lex Cornelia*, mentre nel lb. 20 della *lex Furia*. Può darsi che l'espressione di Ulpiano sia occasionata da un esame del tema delle garanzie personali, ma questo non toglie che del dolo si poteva trattare anche in altri casi, come del resto ci apprende la citata *lex Irnitana* e ci suggerisce la logica. È quindi preferibile credere che la menzione del dolo abbia un valore più generale e si applichi ad altri casi nei quali vi era stata una violazione dolosa della legge. Si può allora supporre che la clausola dicesse: *si iudex dolo malo aut in fraudem legis in aliquem sententiam dixerit, actionem dabo*». ID., cit., 9.

⁴⁶⁰ P. B. H., BIRKS, *A new argument*, cit., 387.

⁴⁶¹ Cfr. F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 252-252.

⁴⁶² T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., 49 ss.

⁴⁶³ Per una ricognizione si vedano: M. GIUSTO, *Per una storia*, cit., *passim*; F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 20 ss.

In particolare, la prima parte del frammento, che per comodità espositiva ripeto, è considerata classica dalla maggioranza degli studiosi:

Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit.

Ulpiano descrive il caso in cui il giudice fa propria la lite quando emette una sentenza motivata dal dolo con frode alla legge. Questo frammento rappresenta una delle poche testimonianze di dolo caratterizzato e perpetrato mediante *fraus legis*⁴⁶⁴, ed è stato oggetto di critiche in merito alla connotazione della *fraus legis*, elemento distintivo del dolo ulpiano.

È importante definire cosa si intenda per *fraus legis*: si tratta di comportamenti⁴⁶⁵ che, sebbene non violino esplicitamente una disposizione normativa (che essa sia, ad esempio, una *lex*, una *constitutio* o un *senatusconsulto*), sono considerati leciti da un punto di vista formale, ma sono animati da un'intenzione antilegislativa e mirano a violare la norma sostanzialmente⁴⁶⁶.

Questa definizione è conservata nel terzo titolo del primo libro del Digesto dedicato ai testi legislativi e rubricato *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*.

⁴⁶⁴ «Io stesso, prima di procedere all'analisi dei testi, mi ero affacciata l'ipotesi che la dottrina della *fraus legis* con quelle particolarità con cui si presenta nel diritto intermedio ed odierno, fosse almeno in parte influenzata dai compilatori: ma, man mano che l'esame delle singole specie classiche mi mostrava come di quei concetti anomali di cui la teoria è formata, poco o nulla risulta dalle fonti, ho anche dovuto convincermi che i compilatori sono rimasti in questa materia quasi completamente passivi». G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, (Torino, 1911), rist., Roma, 1971, 32; in accordo con la tesi del Rotondi, più di recente si veda F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 249.

⁴⁶⁵ Oltre a D. 5,1,15,1. vi sono molti altri esempi. Si veda, a tal proposito, l'interessante monografia di L. FASCIONE, *Fraus legis. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983, in particolare 178 ss.

⁴⁶⁶ «[...] La legislazione epigraficamente pervenuta [...] mostra che a volte i comportamenti giudicati in *fraudem legis* non sono costituiti da atti di per sé contrari alla legge, ma è l'intento anti-legislativo che nel complesso si prefiggono a renderli sanzionabili». Così L. FASCIONE, *Fraus legis*, cit., 191.

Paolo (D. 1,3,29 *lib. sing. ad l. Cinciam*) e Ulpiano (D. 1,3,30 *Ulp. III ad ed.*) chiariscono la distinzione tra atti *contra legem* e atti *in fraudem legis*.

D. 1,3,29 (*Paul. lib. sing. ad l. Cinciam*)

*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*⁴⁶⁷.

D. 1,3,30 (*Ulp. III ad ed.*)

*Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat ῥητὸν ἀπὸ διανοίας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit*⁴⁶⁸.

Nel primo frammento, Paolo distingue i due scenari: gli atti *contra legem* che violano esplicitamente la lettera della norma, mentre gli atti *in fraudem legis* eludono in modo più subdolo lo spirito della legge, tanto da utilizzare anche il verbo *circumvenire* che suggerisce un raggirò del senso della norma. Quest'ultimo concetto sembra alludere alla questione più ampia sollevata dai giuristi romani sulla differenza tra il tenore letterale della legge (*verba*) e la sua intenzione (*voluntas*). Se si commettono atti *contra legem*, si violano gli aspetti più letterali della legge; se, invece, si opera eludendo la legge, ciò costituisce una violazione della sua finalità⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ D. 1,3,29 (*Paul. lib. sing. ad l. Cinciam*) «Fa <qualcosa> contro la legge colui che fa ciò che la legge proibisce; invece, fa <qualcosa> in frode <alla legge> colui che, fatte salve le parole, ne raggira il senso». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 96.

⁴⁶⁸ D. 1,3,30 (*Ulp. III ad ed.*) «Viene fatta frode alla legge quando viene fatto ciò che essa non volle che fosse fatto, ma non vietò che si facesse; e, come dista la parola dal pensiero, così dista la frode <della legge> da ciò che è fatto contro la legge». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 97.

⁴⁶⁹ La celebre diatriba vide contrapporsi famosi uomini del tempo quali Q. Mucio Scevola (*verba*) e Licinio Crasso (*voluntas*), come è anche ricordato nel Digesto da Pomponio: D. 33,7,15 pr-2 (*IV ad Sab.*): *Si ita testamento scriptum sit: 'quae tabernarum exercendarum instruendarum pistrini cauponae causa facta parataque sunt, do lego', his verbis servius respondit et caballos, qui in pistrinis essent, et pistores, et in cauponio institores et focariam, mercesque, quae in his tabernis essent, legatas videri. Domo instructa responsum et suppellectilem legatam, non etiam vina, quia domus vinis instructa intellegi non potest. Mulier villae custos perpetua fundo qui cum instrumento*

Ulpiano, nel secondo frammento, è ancor più esplicito e definisce la frode alla legge come l'atto che raggira il testo normativo, compiendo azioni che, pur non essendo esplicitamente vietate, vanno contro l'intenzione della legge stessa. Questa concezione sottolinea la differenza tra la frode e le violazioni dirette della legge.

Il concetto di *fraus legis* suggerisce la possibilità di eludere la legge realizzando comportamenti che, sebbene non siano esplicitamente vietati, sono contrari al suo spirito.

Il secondo frammento conferma che Ulpiano aveva chiara la distinzione tra atti *contra legem* e atti *in fraudem legis*.

Tuttavia, è fondamentale esaminare il legame tra la frode alla legge e il dolo.

Partendo dal presupposto che il passo, sul punto, difficilmente può essere ritenuto interpolato⁴⁷⁰, è necessario capire se la frode richieda obbligatoriamente la presenza del dolo. Sebbene alcuni autori neghino tale connessione, il frammento sembra inserirsi nella prospettiva del giurista severiano e nel contesto del *ius controversum* che impegnava i giuristi dell'epoca⁴⁷¹. Ulpiano associa il comportamento fraudolento al *dolus malus* in D. 4,3,1 pr-2, riportando le diverse opinioni sulla questione:

legatus esset aut instructo continebitur, sicuti saltuarius: par enim ratio est: nam desiderant tam villae quam agri custodiam, illic, ne quid vicini aut agri aut fructuum occupent, hic, ne quid ceterarum rerum quae in villa continentur: villa autem sine ulla dubitatione pars fundi habetur. «Quando nel testamento sia scritto così «do, lego quelle che furono fatte, preparate per mantenere e fornire le botteghe, il mulino, l'osteria», con queste parole Servio rispose che sembravano legati i cavalli che siano nei molini, ed i panettieri ed i garzoni nella osteria e la cuciniera e le merci che siano in tali botteghe. Legata la casa arredata, fu risposto essersi legate le suppellettili, non anche i vini, non potendosi comprendere una casa arredata di vini. Una donna perpetua custode della villa al pari dei guardaboschi è compresa nel gondo legato, coll'arredo o arredato, essendo eguale la ragione; giacché tanto le ville che i campi riecheggino la custodia; colà affinché i vicini non occupino alcunché del campo e dei frutti; qui affinché non prendano alcuna di quelle cose che stanno nella villa. Che la villa poi sia parte del fondo è fuori dubbio». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 2218-2219. Il frammento in esame è la riprova di quale fosse la vera volontà del testatore nel momento in cui aveva stabilito un legato. A mero titolo esemplificativo, il passo riesce a dare contezza dell'analisi fatta dai Romani su tale problematica che era di primaria importanza in antichità.

⁴⁷⁰ Così F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 8-9. Il maestro sostiene che i giustinianeî conoscevano solo l'istituto del *litem suam facere per imprudentiam* e, pertanto, il riferimento al dolo può essere ritenuto classico.

⁴⁷¹ Per tutti si veda sul punto F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 74 ss.

D. 4,3,1 pr-2 (*Ulp. XI ad ed.*)

Pr. Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos, qui aliis offerunt calliditate quadam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa. 1. Verba autem edicti talia sunt: "Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo." 2. Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est⁴⁷².

Il pretore, nel caso in cui ci fosse stato un pregiudizio a causa di qualche astuzia o malizia, avrebbe concesso l'azione all'ingannato. In particolare, l'editto tutela contro il *dolus malus*. In tema di definizione di dolo ci sono due opinioni da considerare: secondo Servio, infatti, il dolo è una macchinazione volta ad ingannare, ma necessita sempre di una simulazione⁴⁷³; Labeone, invece, ritiene che il momento centrale del dolo non sia una simulazione, la quale può anche non esserci, ma è la volontà

⁴⁷² D. 4,3,1 pr-2 (*Ulp. XI ad ed.*) «Con questo editto il pretore ci viene in aiuto contro <gli uomini> incostanti e ingannatori, i quali hanno recato pregiudizio ad altri usando qualche astuzia, affinché a quelli non rechi lucro la loro malizia ed a questi non sia dannosa la loro ingenuità. Tali poi sono le parole dell'editto: «quelle cose che si dirà essere state fatte per effetto del dolo cattivo, se per esse non ci sarà un'altra azione e risulterà esserci una giusta causa, darò azione». Servio poi definì il dolo come una qualche macchinazione con lo scopo di ingannare un altro, quando si simula una cosa e se ne fa un'altra. Per contro Labeone <reputa> che qualcosa possa essere fatto per raggirare qualcuno, anche senza simulazione: e che si possa fare una cosa e simularne un'altra, anche senza dolo, come fanno coloro che si avvalgono di una simulazione per dedicarsi a qualcosa, e tutelino sia i propri beni o quelli altrui; e perciò egli stesso definì così il dolo: ogni astuzia, inganno e macchinazione volti a circuire, far cadere in errore, ingannare un altro. La definizione di Labeone è vera». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit. 296.

⁴⁷³ Così come Cic. *de off.* 3,15,61.

cosciente, finalizzata a raggirare la controparte⁴⁷⁴. In questa seconda opinione sembra rispecchiarsi anche Ulpiano a dimostrazione del fatto che la frode alla legge necessita della volontà cosciente del soggetto che realizza l'elusione normativa⁴⁷⁵.

Infatti, se la frode per essere perpetrata necessita del dolo, non tutte le situazioni animate dal dolo si concludono con una frode alla legge: il dolo anima anche gli atti *contra legem*.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte in rapporto a D. 5,1,15,1, è possibile affermare che il *litem suam facere* descritto da Ulpiano si configura quando il giudice viola dolosamente con frode i limiti normativi⁴⁷⁶ e tale osservazione è riconducibile quantomeno all'età severiana.

2.1.2.3. LE PRESUNTE INTERPOLAZIONI

Contrariamente alla prima parte del frammento, la parentetica (*dolo...sordes*) presenta tutte le caratteristiche di un'interpolazione postclassica. Riporto ancora, per semplicità nell'esposizione, il testo che è stato oggetto di sospetti:

⁴⁷⁴ Sembra vicina anche alla definizione di Paolo in D. 17,2,3,3 di cui riferisce il L. FASCIONE, *Fraus legis*, cit., 208-209.

⁴⁷⁵ Se sul punto parte della dottrina (L. FASCIONE, *Fraus legis*, cit., 191 ss.) non ha dubbi, un'altra parte, invece, ha un'opinione diversa. Il riferimento è, per il De Martino, ad una controversia che Ulpiano riporta in D. 4,3,2 pr-2 su come deve essere la *fraus*, Per lo studioso questo discorso non riguarda il giudice e ritiene che la menzione del dolo abbia una portata generale e si applichi anche ad altri casi. Sostiene, infatti, che la clausola edittale dovesse essere *dolo malo aut fraus legis*. Cfr. F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 9. Contraria a tale visione è, invece, T. GIMÉNEZ CANDELA, *Los cuasidelictos*, cit., 50 che parla di un originario carattere oggettivo della frode. Scettico a queste ricostruzioni è A. BURDESE, *Responsabilità*, cit., 95-96, che ritiene che Ulpiano abbia già potuto dare alla *fraus legis* un'accezione dolosa. Anche G. MACCORMACK, *The Liability*, cit., 23-24, pensa che il significato di *fraus legis* così come inteso dal giurista severiano sia solo successiva, in particolare di età giustiniana.

⁴⁷⁶ In tale senso si veda anche A. BURDESE, *Responsabilità*, cit., 97

dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes.

Gli elementi, che hanno indotto la dottrina a dubitare della genuinità di questa parte del testo, sono principalmente tre: l'utilizzo della parentesi, l'avverbio *vel etiam*, e la descrizione anomala del dolo.

Innanzitutto, l'uso anomalo di *vel etiam* ha suscitato perplessità tra gli studiosi. Alcuni⁴⁷⁷ ritengono che questo avverbio sia un tentativo maldestro di imitare la terminologia classica. Ad esempio, il termine *inimicitia* non è comunemente utilizzato da Ulpiano, il che suggerirebbe un'origine postclassica.

Tra gli studiosi che si sono interessati alla ricostruzione del testo, va menzionato anche Beseler, il quale credeva che il testo originale di Ulpiano potesse contenere le parole *in fraudem litigatoris* (in luogo di *in fraudem legis*) e che l'inciso fosse di natura giustiniana⁴⁷⁸.

Il Kübler, invece, si mostrava critico solo nei confronti della parentetica, salvando la classicità del resto del passo⁴⁷⁹.

Allo stesso modo Lenel, pur rigettando la proposta del Beseler, riteneva genuina solo la sua prima parte del frammento⁴⁸⁰.

Tutti e tre gli studiosi, sebbene con tesi parzialmente diverse, concordano sul fatto che la parentesi fosse stata inserito dai compilatori.

Per quanto riguarda il contenuto dell'inciso, Ulpiano descrive il *dolus malus* del giudice che si configura quando egli agisca a favore di una delle parti in causa

⁴⁷⁷ Si ritiene che fosse sintomo di un'aggiunta posteriore: T. HONORÉ, *Ulpian*, 1982, Oxford, 42 ss.; così anche A. GUARINO, *Actiones in aequum conceptae*, in *Labeo*, 8, 1962, 14 ss.

⁴⁷⁸ Cft. G. BESELER, *Beiträge*, cit., 77.

⁴⁷⁹ B. KÜBLER., *Die Haftung*, cit., 220

⁴⁸⁰ O. LENEL in *EP*³, cit., 168.

(*gratia*)⁴⁸¹, oppure quando abbia tenuto un comportamento avverso ad uno dei litiganti (*inimicitia*), o quando la sua condotta sia stata animata da sentimenti negativi (*sordes*).

In dottrina non è mancato chi si è dedicato ad analizzare i luoghi del commentario *ad Edictum* di Ulpiano in cui sono presenti questi stessi termini (*gratia*, *inimicitia* e *sordes*) che descrivono il dolo. In particolare, si fa riferimento a *Ulp. XII ad. ed. D. 4,6,26,4* riferibile al magistrato⁴⁸²; *Ulp. IV ad. ed. D. 4,8,3,1* che riguarda l'arbitro⁴⁸³;

⁴⁸¹ Sul concetto di *gratia* rimando interamente a G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 105 ss.

⁴⁸² D. 4,6,26,4 (*Ulp. XII ad. ed.*) *Ait praetor: "Sive cui per magistratus sine dolo malo ipsius actio exempta esse dicetur". Hoc quo? Ut si per dilationes iudicis effectum sit, ut actio eximatur, fiat restitutio. Sed et si magistratus copia non fuit, Labeo ait restitutionem faciendam. Per magistratus autem factum ita accipiendum est, si ius non dixit: alioquin si causa cognita denegavit actionem, restitutio cessat: et ita servio videtur. Item per magistratus factum videtur, si per gratiam aut sordes magistratus ius non dixerit: et haec pars locum habebit, nec non et superior "secumve agendi potestatem non faciat": nam id egit litigator, ne secum agatur, dum iudicem corrumpit.* «Il pretore afferma: «O SE SI DICA CHE A QUALCUNO, PER CAUSA DEI MAGISTRATI, SENZA SUO DOLO, L'AZIONE SIA VENUTA MENO». Questo che significa? Che, se a causa delle dilazioni del giudice avvenga che l'azione sia venuta meno, ha luogo la reintegrazione. Ma anche se mancò la possibilità di <adire il> magistrato, Labeone afferma che deve essere fatta la reintegrazione. D'altra parte, ciò che sia accaduto per causa dei magistrati deve essere inteso così: se non esercitò la giurisdizione; altrimenti, se egli, previa cognizione della causa, denegò l'azione, la reintegrazione viene meno; e così ritiene Servio. Del pari, risulta accaduto per causa dei magistrati se il magistrato non abbia esercitato la giurisdizione per favore o meschinità, <situazione per la quale> si applicherà questa parte <dell'editto> non meno della precedente «O NON DIA LA POTESTÀ DI AGIRE CONTRO DI LUI»; infatti il litigante fece ciò allorché corrompe il giudice, affinché non si agisse contro di lui». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., I, 346.

⁴⁸³ D. 4,8,3,1 (*Ulp. IV ad. ed.*) *Tametsi neminem praetor cogat arbitrium recipere, quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem iurisdictionis posita, attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat: non tantum quod studeret lites finire, verum quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt. Finge enim post causam iam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiae dantem vel sordibus corruptum vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere: quisquamne potest negare aequissimum fore praetorem interponere se debuisse, ut officium quod in se recepit impleret?* «Sebbene il pretore non costringa alcuno ad assumere l'ufficio di arbitro, poiché trattasi di attività libera, svincolata da obblighi e posta al di fuori di quanto necessario nella giurisdizione, tuttavia una volta che taluno abbia assunto su di sé l'ufficio di arbitro, il pretore reputa che ciò meriti la sua cura e sollecitudine, non solo per il fatto che egli desidera che le liti abbiano una fine, ma perché non devono essere ingannati coloro che scelsero quella persona, come se fosse un uomo onesto, quale arbitro dei loro dissidi. Infatti, metti che, dopo che la causa sia stata trattata una prima ed una seconda volta, dopo che siano stati svelati gli intimi disegni di entrambe le parti e resi palesi i segreti dell'affare, l'arbitro o per fare un favore o in quanto sordidamente corrotto o per qualsiasi altra ragione non voglia pronunciare la sentenza, chi mai può negare che in tal caso sarebbe quantomai equo che il pretore debba interporre, affinché quello adempia all'ufficio che si assunse?». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., I, 357.

e *Ulp. XXXV ad. ed. D. 26,7,7,2* che affronta il problema in relazione al tutore⁴⁸⁴. A questi si aggiunga anche *C. 2,55,3* in cui si ripropongono i medesimi termini *sordes* e *gratia*⁴⁸⁵.

Entrando nel dettaglio, il termine *sordes* ha sollevato particolari problematiche, poiché sembra ripetere concettualmente quanto già espresso con il termine *inimicitia*.

Tuttavia, mentre *inimicitia* sembra termine attestato nel periodo postclassico, esistono fonti che confermano l'utilizzo di *sordes* da parte di Ulpiano⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ *D. 26,7,7,2 (Ulp. XXXV ad. ed.) Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint, hoc est si praedia comparaverint non idonea per sordes aut gratiam. Quid ergo si neque sordide neque gratiose, sed non bonam condicionem elegerint? Recte quis dixerit solam latam negligenciam eos praestare in hac parte debere.* «Contro i tutori, spetterà l'azione di tutela, se avranno concluso male un contratto, come nel caso in cui avranno comprato per motivi sordidi e favoritismo dei fondi che non meritavano di essere acquistati. Cosa si deve ritenere dunque se non <lo fecero> né per motivi sordidi né per favoritismo, ma abbiano fatto una scelta non buona? Correttamente qualcuno potrebbe dire che essi in questo caso devono rispondere solo di negligenza grave». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., IV, 369.

⁴⁸⁵ *C. 2,55,3 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Petroniae. Arbitrorum ex compromisso sententiae non obtemperans, si sordes vel evidens gratia eorum qui arbitrati sunt intercessit, adversus filiam tuam agentem ex stipulatu exceptione doli mali uti poteris. Sed et ex doli clausula, quae compromissi stipulationi subici solet, filiam tuam convenire non vetaberis. PP. IIIId. Ian. ipsis AA. cons. [a. 290 vel 293].* «Non standosi alla sentenza degli arbitri in forza di compromesso, se vi fu sordi Dezza o manifesta deferenza di coloro che arbitrano, potrai volerti della eccezione di dolo contro tua figlia attrice in forza dello stipulato: ma non ti sarà vietato convenire tua figlia in forza della clausola di dolo, la quale si suole aggiungere alla stipulazione di compromesso». Trad. a cura di G. VIGNALI, *Corpo del diritto. Codice*, I, cit., 530 s.

⁴⁸⁶ Le fonti che provano la classicità del termine *sordes* sono sia letterarie, sia giuridiche. Il tema di interesse, tuttavia, risiede anche nel significato attribuito a tale termine. Dalle traduzioni moderne – che avevano quale esigenza quella di fare coesistere in *D. 5,1,15,1* il riferimento all'*inimicitia* e a *sordes* – viene attribuito al termine il significato di corruzione. Si traduce infatti «*corruption*» in inglese e «*suborno*» in spagnolo. In italiano viene tradotto con «corruzione». Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 252 nt. 65. Sulla problematica della traduzione è opportuno rinviare a S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., VII ss. per comprendere l'importanza di veicolare i concetti espressi in latino nelle lingue moderne ma, altresì, è opportuno non stravolgere il significato. Il termine *sordes* è utilizzato nel significato diverso da corruzione in Cicerone. In particolare, nel *Pro Sestio* 28,60 (*at etiam eo negotio M. Catonis splendorem maculare voluerunt ignari quid gravitas, quid integritas, quid magnitudo animi, quid denique virtus valeret, quae in tempestate saeva quieta est et lucet in tenebris et pulsa loco manet tamen atque haeret in patria splendetque per sese semper neque alienis umquam sordibus obsolescit. non illi ornandum M. Catonem sed relegandum, nec illi committendum illud negotium sed imponendum putaverunt, qui in contione palam dixerint linguam se evellisse M. Catoni, quae semper contra extraordinarias potestates libera fuisset. sentient, ut spero, brevi tempore manere libertatem illam, atque hoc etiam, si fieri potuerit, esse maiorem, quod cum consulibus illis M. Cato, etiam cum iam desperasset aliquid auctoritate sua profici posse, tamen voce ipsa ac dolore pugnavit, et post meum discessum iis Pisonem verbis flens meum et rei publicae casum vexavit ut illum hominem perditissimum atque impudentissimum paene iam provinciae paeniteret.* «Perfino il

nome luminoso di Catone, tentarono Clodio e i suoi di macchiare con quelle loro gesta, incapaci di comprendere quel che valgono l'austerità, l'integrità, la grandezza d'animo, la virtù infine che imperturbata affronta ogni fiera tempesta, che illumina nelle tenebre, che perseguitata rimane tuttavia avvinta alla patria, e per sé stessa perennemente risplende, né mai si contamina con le sozzure altrui. Si proponevano quelli, non già di onorare Catone, ma di allontanarlo; non già di affidargli una missione, ma d'imporgliela; e pubblicamente dissero in un comizio di avergli con ciò soffocato in gola la parola, che sempre aveva liberamente suonato contro ogni conferimento di poteri eccezionali. Ma presto si accorgeranno, invece, a dio piacendo, che quelle libertà è rimasta integra, ed anzi, se possibile, divenuta, per quella ragione appunto, anche maggiore, poiché Catone, pur disperando di poter rendere con la propria autorità qualche beneficio finché erano in carica quei consoli, combatté la legge con la parola e con le lacrime, e dopo la mia partenza, commosso per la disgrazia che colpiva me e la repubblica, attaccò Pisone per mercato delle province, con tali accenti da far quasi rimordere la coscienza di quell'uomo privo di ogni onore e d'ogni pudore». Trad. a cura di C. GIUSSANI, *Due scandali politici*, Milano, 1988, 269-271) in cui con il termine *sordes* l'Arpinate si riferisce a «comportamenti individuali dai quali dai quali si evince un livello morale ed uno stile di vita meritevoli di biasimo» (R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 251 nt. 65). Troviamo il sintagma anche nell'*Epistularum ad Atticum* 1,16,11 (*Noster autem status est hic. Apud bonos iidem sumus, quos reliquisti, apud sordem urbis et faecem multo melius nunc, quam reliquisti*). «Passo a parlarti della posizione che personalmente occupo. Nel giudizio delle persone di retto sentire godo la stessa stima di quando tu sei partito, invece, agli occhi di quelli che formano la teppaglia ed il fecciume dell'Urbe, risultato molto migliore di allora». A cura di C. DI SPIGNO, *Epistole ad Attico di M. Tullio Cicerone*, I, Torino, 1998, 127) e in Tacito (Tac. *Hist.* 1,84 *Vlline Italiae alumni et Romana vere iuventus ad sanguinem et caedem depoposcerit ordinem, cuius splendore et gloria sordis et obscuritatem Vitellianarum partium praestringimus?* «E i figli d'Italia, questa gioventù veramente romana, dovrebbe chiedere sangue e strage per quell'ordine il cui splendore e la cui gloria ci consentono di eclissare la sordida oscurità del partito di Vitellio?». Trad. a cura di F. DESSÌ, *Storie*, I, Milano, 1968, 245-247). Anche in queste occasioni *sordes* non è un comportamento corruttivo, ma fa riferimento ad una decadenza dei costumi. Emerge in Cic. *Mur.* 36,76 (*Itaque homo integerrimus, civis optimus, cum esset L. Pauli nepos, P. Africani, ut dixi, sororis filius, his haedinis pelliculis praetura deiectus est. Odit populus Romanis privatam luxuriam, publicam magnificentiam diligit; non amat profusas epulas, sordis et inhumanitatem multo minus; distinguit rationem officiorum ac temporum, vicissitudinem laboris ac voluptatis*). «E così un uomo virtuosissimo e un ottimo cittadino, che era pure nipote di Lucio Paolo e figlio, com'ho già detto, di una sorella dell'Africano, pagò con la bocciatura nelle elezioni per la pretura queste povere pelli di capra: perché è vero che il popolo romano ha in odio il lusso dei privati, però predilige la magnificenza pubblica; non ama lo spendere senza misura per i banchetti, ma molto meno ama la tirchieria e la grettezza; sa ben distinguere quanto è richiesto dai nostri doveri e dalle circostanze, in una naturale alternanza di lavoro e di piacere». Trad. a cura di G. BELLARDI, *Le orazioni*, cit., 889) con il significato di *avaritia*. Oltre alle fonti letterarie, c'è una specifica testimonianza di Ulpiano che utilizza il termine *sordes*: in D. 21,2,51 pr. (*Si per imprudentiam iudicis aut errorem emptor rei victus est, negamus auctoris damnum esse debere: aut quid refert, sordibus iudicis an stultitia res perierit? Iniuria enim, quae fit emptori, auctorem non debet contingere*). «Se per imprudenza o errore del giudice il compratore della cosa è stato sconfitto <nel giudizio>, neghiamo che il danno debba essere a carico del <venditore> garante; o, in altri termini, che importa se la lite si sia persa per le sordidezze o per la stoltezza del giudice? L'ingiustizia, infatti, che viene fatta al compratore, non deve ricadere sul <venditore> garante». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, IV, cit., 91) il termine *sordes* pare essere un esplicito riferimento a quello che Ulpiano riteneva essere dolo ed avvalorare in tal modo la testimonianza di D. 5,1,15,1.

2.1.3. *LITEM SUAM FACERE* PER ULPIANO

Attraverso l'analisi svolta nelle pagine precedenti, orientate a provare la classicità e la specificità della fattispecie dolosa presente in D. 5,1,15,1, si potrebbe interpretare l'espressione *iudex qui litem suam fecit* come una forma di responsabilità oggettiva del giudice che viola formalità processuali.

Entro i confini del *litem suam facere*, oltre all'estensione indicata da Gaio con l'espressione *licet per imprudentiam* (D. 44,7,5,4 e D. 50,13,6) che comprendeva all'interno della responsabilità oggettiva anche le situazioni di errore incolpevole del giudice (non considerate giustificate), Ulpiano aggiunge qualcosa. Infatti, fa rientrare nell'alveo della fattispecie del *litem suam facere* anche i casi di violazione fraudolenta della legge.

Questa interpretazione avvalorata la lettura di una responsabilità del giudice totalmente oggettiva: infatti, se il giudice avesse agito con dolo (quindi, ad esempio, se avesse realizzato atti *contra legem*) avrebbe commesso un illecito.

In assenza di un *dolus malus* palese, *proprium* dei delitti, non sarebbe stato possibile punire il comportamento del giudice.

Il *litem suam facere*, sarebbe entrato in gioco solo in caso di violazione formale delle regole processuali e non in caso di violazioni sostanziali della legge.

Come indicato nei paragrafi precedenti il giudice che rimane assente o sbagliando viola le formalità processuali sarà considerato responsabile e dovrà risarcire la parte in processo.

In questo contesto, il giurista severiano sta espandendo il campo di applicazione del *litem suam facere*, derogando alla regola che prevede l'assenza di rimedi per una violazione sostanziale nel processo⁴⁸⁷. Nel caso specifico, il giudice fa sua la lite quando emette una sentenza che viola la finalità di una legge senza contrastarvi in modo palese. Questa situazione non avrebbe ricevuto tutela prima dell'introduzione

⁴⁸⁷ Sul punto si veda p. 165 ss.

dell'appello. Infatti, il giudice che emetteva la sentenza adempiva al suo compito, e le parti non potevano contestare la correttezza della decisione.

Questa interpretazione di D. 5,1,15,1 risulta coerente anche con quanto analizzato in *P.Ant.* I,22 *recto*, se si accetta che il testo sia attribuibile ad Ulpiano. In questo contesto, *iudex qui litem suam fecit* rappresenta una forma di responsabilità oggettiva del giudice che viola le formalità del processo, indipendentemente da qualsiasi criterio soggettivo. A tali casi si aggiungano i comportamenti derivanti da *imprudencia*, non giustificabili, e l'elusione fraudolenta della norma.

Questa interpretazione amplia il campo di applicazione del concetto di *litem suam facere*, includendo non solo i casi di violazione formale delle regole processuali, ma anche quelli di violazione sostanziale della legge senza un'esplicita contestazione.

In conclusione, il frammento D. 5,1,15,1 tutela un caso specifico di violazione sostanziale di una norma rientrante tra le fattispecie di *litem suam facere*.

CAPITOLO QUARTO

I RIMEDI CONTRO IL GIUDICE CHE FA SUA LA LITE

SOMMARIO. 1. Le conseguenze a cui andava incontro il giudice prima dell'elaborazione del *litem suam facere*. - 1.1. L'oscura origine del processo per *legis actiones* e il passaggio alle formule. - 1.2. Le conseguenze per il giudice che violava le formalità processuali. - 1.2.1. *Mutatio iudicis*. - 1.2.1.1. Gli impedimenti del giudice e le *excusationes*. - 1.2.2. *Manus iniectio*. - 1.2.3. *Multae dictio*. - 2. I rimedi contro il giudice che fa sua la lite. - 2.1. La prova dell'esistenza di un'*actio in factum*: D. 50,13,6. - 2.2. La natura dell'*actio adversus iudicem qui litem suam fecit*. - 2.3. La condanna. - 2.3.1. D. 5,1,15,1 e la *vera aestimatio litis*. - 2.3.2. Gai, 4,52 e la condanna *in aequum*. - 3. La ricostruzione della formula. - 4. Riflessioni conclusive.

1. LE CONSEGUENZE A CUI ANDAVA INCONTRO IL GIUDICE PRIMA DELL'ELABORAZIONE DEL *LITEM SUAM FACERE*

1.1. L'OSCURA ORIGINE DEL PROCESSO PER *LEGIS ACTIONES* E IL PASSAGGIO ALLE FORMULE

La problematica circa le conseguenze del *litem suam facere* resta di difficile soluzione anche in ragione del periodo storico di riferimento. Infatti, la dottrina unanimemente ritiene che l'origine della tutela giurisdizionale sia strettamente connessa alle origini del processo per *legis actiones*⁴⁸⁸. La nascita del processo

⁴⁸⁸ Tra gli autori che hanno affrontato compiutamente l'argomento ricordo L. WENGER, *Institutionen*, cit., *passim*; V. SCIALOJA, *Procedura*, cit., 1936, *passim*; F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., *passim*; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana I, Esercizio dei diritti e difesa privata. Dalle lezioni*

privato, dunque, diventa tassello imprescindibile per poter affrontare la fattispecie della tutela contro il giudice responsabile.

In particolare, deve essere indagato il periodo arcaico a cui appartiene la prima forma nota di processo privato che sono le *legis actiones*⁴⁸⁹, in vigore almeno fino alla *lex Aebutia*⁴⁹⁰.

All'espressione *lege agere*⁴⁹¹, per la prima volta comparsa nel III-II a.C.⁴⁹², è stata data dalla dottrina un'interpretazione particolare: il termine *lex*, infatti, si riferirebbe a *certa verba*; il termine *actio*, invece, ad atti solenni⁴⁹³.

*tenute nell'Università di Modena, Anno Accademico 1945-1946, Bologna, 1946, passim; G. PUGLIESE, Il processo civile romano, cit., passim; M. KASER, Das römische Zivilprozeßrecht, cit., passim; A. BISCARDI, Lezioni sul processo romano antico e classico, Torino, 1968; G. NICOSIA, Il processo privato romano, cit., passim; F. SERRAO, Diritto privato, economia e società, cit., 423 ss.; R. ORTU, Alle origini del iudicium privatum, cit., 129 ss. Rimando, per una disamina completa, anche a M. TALAMANCA, s.v. *Processo civile*, cit., 1-72. In particolare, sono due le teorie che hanno preso forma tra gli studiosi: alcuni hanno sostenuto essere sorto dal potere del re, altri (come il Wlassak) riconducono l'origine dall'arbitrato. Cfr. M. WLASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, Leipzig, 1889, *passim*.*

⁴⁸⁹ La testimonianza ci è fornita anche dalle *Institutiones* di Gaio (4, 11).

⁴⁹⁰ Si vedano sul punto M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, cit., 63 ss.; F. BERTOLDI, *La lex Iulia*, cit., *passim*.

⁴⁹¹ Tale espressione – in luogo di *legis actio* – è indicata da G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 62, come più antica.

⁴⁹² La più antica testimonianza è di Plauto, *Aul*, v.v. 458-459 *EVCL. Lege agito mecum. molestus ne sis. i et cenam coque, aut abi in malum cruciatum ab aedibus. CONG. Abi tu modo. «Eucl. Cite-moi en justice, et ne m'assomme pas davantage. Va faire ton dîner, ou décampe et va te faire prendre. Cong. Vas-y toi-même»*. Trad. a cura di A. ERNOUT, *Plaute*, I, Paris, 1989, 175. La celebre opera di Plauto, seppur incompleta, racconta della storia di Euclione che, sotto la sua dimora, scopre una pentola piena d'oro. L'opera si sostanzia nelle azioni che compie Euclione che vive nel terrore che qualcuno possa ribargli il tesoro e sospetta di chiunque. Il passo riportato riguarda il cuoco Congrione, incaricato di cucinare per le nozze della figlia di Euclione. Inutile ricordare che sospetta anche del cuoco e arriva a malmenarlo. In particolare, Congrione nei versetti riportati, ammonisce il signore per cui lavora dicendo che lui è stato chiamato per cucinare e non per essere picchiato (v. 457 *CONG. Heus, senex, pro vapulando hercle ego abs te mercedem petam. Coctum ego, non vapulatum, dudum conductus fui. «Cong. Oui, vieux! Mais je me ferai payer, morbleu! Pour les coups que tu m'as donnés. On m'a engagé pour faire la cuisine, pas pour être battu»*. Trad. a cura di A. ERNOUT, *Plaute*, cit., 175). Euclione, pertanto, gli risponde di cucinare il pranzo e che se vorrà potrà citarlo in giudizio per ottenere giustizia (*lege agito mecum*), purché non lo molesti in questo momento che ha altro da fare. Sull'attendibilità di Plauto, si veda L. LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone*, in *Labeo*, 14, 1968, 24 ss.; G. ROTELLI, *Ricerca di un criterio metodologico per l'utilizzazione di Plauto*, in *BIDR*, 75, 1972, 97 ss.; E. CANTARELLA - L. GAGLIARDI (a cura di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di, Milano, 2007, *passim*.

⁴⁹³ Sui *certa verba* si veda R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA XXX*, Palermo 1967, 103 ss. e AA. VV., *Lineamenti di storia*, cit., 132 ss. Sull'indicazione che il termine *lex*

Da queste notazioni appaiono gli elementi del processo civile più arcaico, caratterizzato da formalismo estremo, dalla pronuncia di formulari prestabiliti accompagnati da gesti solenni. La rigidità di tale tipologia di processo è dovuta al tratto più significativo del periodo antico, ossia il collegamento indissolubile del giudizio al significato religioso⁴⁹⁴ che assumeva nella *civitas*, in ragione del legame tra il *ius* e il *fas*⁴⁹⁵.

Al fine di procedere con l'analisi delle conseguenze del giudice responsabile, ritengo necessario riproporre brevemente le conclusioni cui sono giunta in merito alla problematica origine della bipartizione processuale.

Nell'antica Roma, il *rex* sovrintendeva al processo fino alla pronuncia della sentenza definitiva. Presumibilmente, a partire dal regno di Servio Tullio, venne introdotta la struttura bipartita del processo privato⁴⁹⁶. La prima fase, *in iure*, era presieduta dal re e in età repubblicana dal magistrato, mentre la seconda fase, *apud iudicem*, si svolgeva davanti a un giudice scelto dalle parti.

potesse riferirsi ai *mores* si veda W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift Koschaker*, Weimar, 1939, 4.

⁴⁹⁴ Sul *sacramentum* si veda F. BERTOLDI, *I «sacramenta» nelle legis actiones: da un processo 'divino' a un processo laico*, testo della relazione svolta al III congresso Internazionale Cattedra Innocenzo III, *Giustizia e processo. Linee evolutive e percorsi giuridici nella Storia del diritto*, tenutosi a Murcia in data 29 e 30 novembre, 1° dicembre 2017, pubblicato in *Justice and judicial process. Evolution and development in the History of Law*, a cura di J. BELDA INIESTA, Murcia, 2021, 81-108.

⁴⁹⁵ Sulle implicazioni religiose nella Roma delle origini si veda R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR*, 46, 1939, 224 ss.; F. SINI, *Bellum Nefandum. Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico"*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, VII, Sassari, 1991; ID., *Ut iustum conciperetur bellum. Guerra "giusta" e sistema giuridico-religioso romano*, in *Seminari di storia e diritto III, «Guerra giusta? Le metamorfosi di un concetto antico»*, a cura di A. CALORE, Milano 2003. Per la visione d'insieme dell'ordinamento, si veda P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990, *passim*.

⁴⁹⁶ Sull'origine della divisione si vedano i contributi di L. WENGER, *Institutionen*, cit., 48 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1960, 449; PUGLIESE, G., *Il processo civile*, cit., 11; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., 65; M. KASER, e K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., 24; G. BROGGINI, *Iudex arbitrive*, cit., 13.

Questa forma bipartita del processo, introdotta dal sovrano etrusco, sarebbe stata istituzionalizzata nel corso della *res publica* romana⁴⁹⁷. Parte della dottrina⁴⁹⁸ sostiene che ciò avvenne con la nascita della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*⁴⁹⁹, che permetteva di nominare un giudice o un arbitro⁵⁰⁰ con competenza esclusiva per emanare la sentenza in tutti i *iudicia privata*⁵⁰¹.

Inquadrata la problematica origine del processo romano, è opportuno calare il risultato dell'analisi condotta precedentemente⁵⁰² con la contestualizzazione processuale, al fine di potervi scorgere il significato delle disposizioni e proporre una linea ricostruttiva delle conseguenze della responsabilità del giudice nel corso della repubblica.

Per comodità espositiva, mi permetto di riportare qui i testi affrontati nel primo capitolo⁵⁰³, riassumendo brevemente le conclusioni che ritengo di aver raggiunto.

In particolare, in XII Tab. 2.2 viene indicato il meccanismo di differimento automatico del giorno della trattazione della causa nel caso in cui il giudice fosse stato affetto da un impedimento temporaneo (*morbus soticus*) o la lite fosse istaurata contro uno straniero (*status dies cum hoste*). Il versetto configura la responsabilità del giudice che non si fosse presentato in udienza senza una valida *excusatio* per la violazione del termine imposto dal magistrato. Inoltre, è responsabile anche per la violazione del dovere di giudicare imposto dall'*iussum* del magistrato stesso.

⁴⁹⁷ Si veda Cap. I, pp. 9 ss. Sul punto, si vedano in particolare G. GROSSO, *Storia del diritto romano*, cit., 79 ss.; AA. VV., *Lineamenti di storia*, cit., 79 ss.; 103 ss.; F. SERRAO, *Classi, partiti e leggi*, cit., 165 ss.; ID., *Diritto privato*, cit., 429, nonché R. ORTU, *Alle origini del iudicium privatum*, cit., 150.

⁴⁹⁸ Cfr. R. ORTU, *Alle origini del iudicium privatum*, cit., *passim*.

⁴⁹⁹ Cfr. anche M. KASER, *Zum Ursprung*, cit., 107 ss.

⁵⁰⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 1989; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 69.

⁵⁰¹ Sembra, infatti, possibile ritenere che in un periodo precedente quello della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* il processo fosse già diviso nelle due fasi ma che tale divisione fosse concessa dal re. Nella *legis actio per sacramentum*, ad esempio, si sarebbe potuto nominare un giudice (come le fonti ci dicono), ma ciò non era predisposto da una fonte legislativa che ne garantiva la competenza ai giudici privati. Sul punto concordo con R. ORTU, *Alle origini del iudicium privatum*, cit., 152.

⁵⁰² Cap. I, pp. 9 ss.

⁵⁰³ Cap. I, pp. 39 ss.

XII Tab. 9.3, invece, è la prima testimonianza di repressione del fenomeno corruttivo che nel periodo delle XII Tavole si sostanziava nella pena di morte.

Delle due fonti, la prima è priva di indicazioni circa la conseguenza cui andava incontro il giudice che violava le formalità processuali⁵⁰⁴.

Come è fin troppo noto, mentre l'origine del processo formulare può essere fatta risalire alla media repubblica, e, in particolare, all'operato del pretore peregrino, il principio della decadenza di questo tipo di processo parte dal periodo augusteo, ma trova la sua definitiva consacrazione nel periodo post-classico, quando gli imperatori Costanzo e Costante ne stabiliscono formalmente il definitivo tramonto⁵⁰⁵.

In ogni caso, le *formulae* in una prima fase hanno pacificamente convissuto con le più antiche *legis actiones*, erodendone però progressivamente il campo di azione.

Tuttavia, le fonti non chiariscono in modo definitivo il passaggio dal processo arcaico a quello formulare, poiché testimoniano l'esistenza di due leggi che eliminano il processo per *legis actiones* e introducono quello nuovo *per formulas*: una *lex Aebutia* e la *lex Iulia iudiciorum privatorum*.

La dottrina⁵⁰⁶ si divide circa l'origine delle formule: da una parte, si collocano coloro che ne sostengono la derivazione dall'evoluzione delle antiche azioni di legge⁵⁰⁷;

⁵⁰⁴ Riprendo, brevemente, quanto già esaminato nel Cap. I, pp.... In particolare, credo opportuno ricordare quanto sostenuto da De Martino, il quale nel trattare il tema, fece riferimento al tipo di responsabilità che colpiva il giudice delle *legis actiones*, indicando che, data la natura formale ed estremamente rigida di questo tipo di processo, «se vi fu una responsabilità del giudice, questa non poteva che ricollegarsi a violazioni del rigido formalismo del sistema delle *legis actiones*, nel quale termini e tempi avevano un'importanza fondamentale». F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 3.

⁵⁰⁵ La disposizione è conservata in C. 2,57(58),1: *Imp. Constantius et Constans AA. Marcellino praesidi Phoenice. Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur. D x k. Febr. Constantio III et Constante II AA. cons.* [a. 342]. «Siano radicalmente recise le formole del diritto insidianti agli atti di tutti con accalappiamento di sillabe». Trad. a cura di G. VIGNALI, *Corpo del diritto. Codice*, cit., 537.

⁵⁰⁶ In particolare, si veda M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, vol. II, 1891, 301 ss.; E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 77 ss.; O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946, *passim*; F. SERRAO, *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano, 1954, *passim*; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, III, cit., *passim*; G. PUGLIESE, *Il processo civile*, vol. II, cit., *passim*; M. TALAMANCA, *Lineamenti*, cit., 137 ss.; F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997, 53 ss.

dall'altra parte, invece, coloro che sostengono l'origine autonoma del processo dall'opera del pretore. In questo filone di pensiero, gli studiosi si dividono, ulteriormente, tra coloro che ritengono essere stata la procedura formulare elaborata dal pretore urbano⁵⁰⁸, e coloro che sostengono essere essa nata in seno alla giurisdizione del pretore peregrino⁵⁰⁹.

L'origine della formula è strettamente legata alla concezione che viene attribuita alla *litis contestatio*⁵¹⁰. Sono fondamentali, a tal proposito, due tesi che si sono

⁵⁰⁷ F. L. KELLER, *Der Römische Civilprocess und die Actionen in summarischer darstellung*, Leipzig, 1855, 110 ss.

⁵⁰⁸ Il Kaser, ad esempio, è incerto, anche se sembra accettare, in un primo momento, lo sviluppo della procedura in seno alla giurisdizione del pretore peregrino, in M. KASER- K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 109.

⁵⁰⁹ F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 1937, 113 e C. TOMULESCU, *Les origines de la procédure formulaire*, in *RIDA*, 20, 1973, 355 ss.

⁵¹⁰ È tuttavia oramai noto che l'origine del processo formulare è da rinvenirsi nell'*imperium* del pretore peregrino che doveva predisporre strumenti esperibili anche dagli stranieri. Trattasi infatti di *iudicia quae imperio continentur*. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 140; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 94. Inoltre, la rigidità delle *legis actiones* è testimoniata tradizionalmente da Gai. 4,11, già ripreso a p. 166, nt. 366. L'utilizzo delle *legis actiones* era, pertanto, riservato ai cittadini e per le cause specificamente indicate dall'azione stessa. Da ciò, pertanto, fu opportuno elaborare ulteriori tutele. Infatti, né si potevano usare contro gli stranieri, né i cittadini romani potevano venir tutelati dalle azioni di legge per situazioni nuove non contemplate dallo *ius civile*. La soluzione che adottarono i Romani si materializzò nel pretore. In particolare, il pretore peregrino aveva il compito di tutelare gli stranieri e le pretese non contemplate dalle azioni di legge. Non trascorse molto tempo che anche il pretore urbano, per agilità della procedura e per l'elasticità della tutela, iniziò a utilizzare la medesima procedura formulare anche per i negozi di stretto *ius civile* per cui era prevista l'apposita *actio*. Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 37 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 56 ss.; M. BRUTTI, *Diritto romano privato*, Torino, 2015, 585 ss. Si veda anche O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, cit., 71 ss. sull'origine del pretore peregrino. Infatti, avanti a questo tribunale le parti non erano tenute a pronunciare parole sacramentali e fare gesti solenni, ma con molta libertà esponevano la questione giuridica al magistrato giurisdicente. Il passaggio al processo formulare è confermato anche da Gai. 4,30 *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus*. «Tutte queste *legis actiones*, però, a poco a poco divennero impopolari. Infatti, per l'eccessiva pignoleria degli antichi artifici del diritto, si arrivò al punto che chi avesse compiuto anche il minimo errore perdesse la causa. Perciò, con la legge Ebuizia e le due leggi Giulie, queste *legis actiones* sono state abolite e si è passati ad un processo mediante parole messe insieme, vale a dire formule». Trad. a cura di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 135. Il giurista asiatico, nel frammento in esame, individua nella *lex Aebutia* la disposizione che per prima è riuscita a scalfire il sistema delle *legis actiones*. Una particolarità che è stata rilevata da O. CARRELLI, *op. cit.*, 86, è il fatto che il nuovo processo è stato introdotto da una legge che, nel periodo storico di riferimento (c.a. fine II sec. a.C.), è rappresentata da una *rogatio* acclamata dal popolo su proposta del magistrato. È il *populus* che ha deciso di eliminare le *legis actiones* e di *litigare per formulas*.

contrapposte fin dal XIX secolo: quella del Keller che ritiene la *litis contestatio* come «ein ideeller Endpunkt» della fase *in iure* e che si sostanzia nell'attività del magistrato di invitare il giudice a decidere. Per lo studioso la *l.c.* non è un'attività delle parti e il processo ha origine magistratuale⁵¹¹.

La tesi del Wlassak, invece, ritiene che la *litis contestatio* sia un contratto tra le parti che si obbligano ad accettare il giudicato⁵¹².

1.2. LE CONSEGUENZE PER IL GIUDICE CHE VIOLAVA LE FORMALITÀ PROCESSUALI

Nel corso di questo periodo storico, dopo la redazione delle XII Tavole fino almeno al periodo basso repubblicano, abbiamo notizie circa diverse conseguenze cui poteva andare incontro il giudice e che, in parte, si discostano dalle indicazioni decemvirali.

Bisogna, dapprima, individuare quali fossero le fattispecie da cui scaturivano le diverse conseguenze legate al processo.

Dalle fonti emergono soprattutto i casi di impedimento del giudice sia nel giudicare, sia nel non presentarsi in giudizio senza giustificazione.

Sulle conseguenze, cui egli andava incontro prima dell'*actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, vi sono diversi orientamenti: da un lato, si considera l'eventuale possibilità di mutare il giudice in caso di sua responsabilità e quella di cambiarlo in casi specifici che andremo ad analizzare; dall'altro lato, c'è l'ipotesi della sanzione della *manus iniectio* o della pena capitale; da ultimo, viene considerata l'eventualità di una *multae dictio* come possibilità di irrogare una sanzione pecuniaria in luogo delle pene corporali.

⁵¹¹ Si veda F. L. KELLER, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht*, Zurich, 1827, *passim*.

⁵¹² M. WLASSAK, *Die Litiskontestation*, cit., *passim*.

1.2.1. *MUTATIO IUDICIS*

La letteratura sul tema⁵¹³ aiuta nell'esame di due fattispecie che sono prese in considerazione insieme: la *translatio iudicii* e la *mutatio iudicis*.

Per *translatio iudicii* si intende lo strumento attraverso cui il pretore sostituisce una parte processuale. L'istituto della *mutatio iudicis*⁵¹⁴, invece, determina la sostituzione del giudice in causa.

La difficoltà risiede nell'individuare correttamente il rapporto tra questi due istituti: se considerare o meno la *mutatio iudicis* un'ipotesi di *translatio iudicii*.

Nonostante lo sforzo di parte della dottrina di ritenere le due fattispecie sovrapponibili, è apprezzabile la recente indicazione di Erxleben che individua i due istituti come paralleli entro l'*officium praetoris*⁵¹⁵.

Secondo dottrina e orientamenti risalenti⁵¹⁶, la responsabilità del giudice sotto la vigenza del processo per *legis actiones* era collegata alla violazione dei presupposti formali.

⁵¹³ Da ultimo, F. ERXLEBEN, *Translatio iudicii. Der Parteiwechsel im römischen Formularprozess*, München, 2017, *passim*; si veda anche la recensione di M. VARVARO, *A proposito di «traslatio iudicii»*, in *Index*, vol. 47, 2019, 218-228; G. TURELLI, *Transfere iudicium. Linee ricostruttive di uno strumento pretorio*, Torino, 2020, *passim*.

⁵¹⁴ Per dare una definizione: «Dans le cadre de cette ancienne procédure, une *mutatio iudicis* signifierait uniquement la mise en oeuvre du pouvoir juridictionnel du magistrat et notamment de son pouvoir de surveillance qui subsiste - nous venons de le dire - pendant toute la phase *apud iudicem*». Cfr. G. BROGGINI, *A propos de Mutatio iudicis et de translatio iudicii*, in *RHD* 27, 1959, 320

⁵¹⁵ Si veda F. ERXLEBEN, *Translatio iudicii*, cit., 267.

⁵¹⁶ Il Voigt sostiene che: «Das *litem suam facere* Seitens des *iudex*, welches darduch consummirt wird, dass der *iudex* in Termin der *iudicii constitutio* ohne gesetzliche Entschuldigung, wie solche in Tab. 2.2 vorgesehen, ausleibt und welches nach Tab. 2.3 durch *translatio iudicii* auf den *iudex* geahndet wird, so dass dieser selbst als Successor der Beklagten in dessen Rollr und in die *lis* in deren durch die *legis actio* festgestellten *status quo* eintritt, an seiner eigenen Stelle aber ein neuer *iudex* oder *arbiter* wird». M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil und Criminalrechtes, wie Processes der XII Tafeln, nebst deren Fragmenten*, I, Leipzig, 1883, 554-555. In tal senso anche F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 2, e da A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 380; R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 126 n. 3.

In effetti, il massimo formalismo del processo arcaico fa propendere per una responsabilità in caso di violazione di termini, parole e gesti. Viene sanzionato, soprattutto, l'inadempimento dell'obbligo di presentarsi in udienza.

Sembra, infatti, che una prima conseguenza per la violazione della procedura fosse la *mutatio iudicis*, ossia il cambiamento del giudice.

Dalla lettura delle fonti emergono due motivi per i quali è possibile che il magistrato pronunci la *mutatio iudicis*⁵¹⁷: in caso di morte del giudice⁵¹⁸ o di impedimento dello stesso.

L'ipotesi più accreditata, infatti, è quella che dispone che alla *mutatio iudicis*, in caso di impossibilità a presentarsi in udienza del giudice, sarebbe seguita la *translatio iudicii* e cioè un trasferimento del processo in capo ad un altro soggetto, appunto il *iudex*, che da terzo e imparziale diviene parte del nuovo processo davanti al nuovo giudice nominato dal magistrato⁵¹⁹.

1.2.1.1. GLI IMPEDIMENTI DEL GIUDICE E LE *EXCUSATIONES*

Gli ostacoli che potevano impedire l'attività del giudice potevano essere di natura fisica o giuridica.

⁵¹⁷ Rimando a Turelli per la questione sulla continuità del processo in caso di mutamento dell'organo giudicante che, nella presente ricerca, è tema non preponderante. G. TURELLI, *Transfere iudicium*, cit., 122 ss.

⁵¹⁸ A titolo di esempio si veda D. 5,1,60 (*Paulus, libro XIV ad Sabinum*) *Mortuo iudice quod eum iudicare oportuerat, idem eum qui subditus est sequi oportet*. «Morto un giudice, ciò che egli avrebbe dovuto giudicare lo deve proseguire chi gli subentra». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., II, 20.

⁵¹⁹ In questo senso Brogginì prosegue sulla *traslatio iudicii*: «Peut-on restreindre à priori la *translatio iudicii* aux modifications des sujets du proces qui suivent la *litis contestatio*, c.-a-d. voir dans tous les cas de *translatio iudicii* une *translatio post litem contestatam*? Il ne s'agit pas d'une question terminologique, car il est évident que, si les sources admettaient une *translatio iudicii* avant la *litis contestatio*, elles prouveraient par ce fait-même que le *iudicium* n'est pas le produit de la seule *litis contestatio*, mais plutôt le résultat de toute une série d'actes de procédure *in iure*, ayant chacun sa force obligatoire et aboutissant finalement à la *litis contestatio*». G. BROGGINI, *Mutatio*, cit., 328.

I primi riguardano un'impossibilità fisica di poter adempiere al proprio *officium*: *morbis soticus* (in tal senso anche *XII Tab.* 2.2), età avanzata o morte; i secondi, invece, riguardano un particolare *status* che il giudice ricopriva e che comportava l'impossibilità di essere imparziale.

Occorre, innanzitutto, apprezzare la codificazione di una regola processuale fondamentale:

D. 50,5,13,2 *Ulp. XXIII ad ed.*

*Qui autem non habet excusationem, etiam invitus iudicare cogitur*⁵²⁰.

In questo frammento, Ulpiano nella trattazione nel libro dedicato ai giudizi (*XXIII ad ed.*) descrive il senso del *munus publicum* che il giudice era obbligato ad assolvere: il *iudex* che non aveva una valida *excusatio* non poteva rifiutarsi di giudicare.

Infatti, il giurista nel paragrafo precedente rendeva nota al lettore la clausola edittale *operam dare non posse ad iudicandum*. Ci sono elementi a sostegno della presenza di una tale clausola nell'editto che considerava il caso di impossibilità del giudice di assolvere al suo compito. Il Lenel, infatti, reputa sicura tale presenza e ritiene che rientri a pieno titolo nel capitolo dedicato al *iudex qui litem suam fecit* (§59)⁵²¹.

Lo stesso sembra confermato anche dal *principium* del medesimo frammento:

D. 50,5,13 pr. *Ulp. XXIII ad ed.*

⁵²⁰ D. 50,5,13,2 (*Ulp. XXIII ad ed.*) «Colui che non è esentato deve giudicare anche contro la sua volontà». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4758.

⁵²¹ Così O. LENEL, *EP*³, cit., 167 «Die Wendung 'quo minus... operam dare possit' war sicher ediktal; sie findet sich auch bei Cicero, Brut. 31 § 117: ... uacationem augures, quo minus iudiciis operam darent, non habere. Die Wahrscheinlichkeit spricht nun m. E. sehr entschieden dafür, daß der Prätor an dem Ort, wo er die Voraussetzungen bezeichnete, unter denen er den Geschworenen entschuldigen wolle, auch die Verantwortlichkeit desjenigen Geschworenen regelte, der, ohne entschuldigt zu sein, seine Pflicht versäumte».

*Praetor eos, quoscumque intellegit operam dare non posse ad iudicandum, pollicetur se excusaturum: forte quod in perpetuum quis operam dare non potest, quod in eam valetudinem incidit, ut certum sit eum civilia officia subire non posse: aut si alio morbo laboret, ut suis rebus superesse non possit: vel si quid sacerdotium nacti sint, ut discedere ab eo sine religione non possint. Nam et hi in perpetuum excusantur*⁵²².

Il pretore prometteva di tutelare dalle conseguenze negative i giudici che fossero stati impossibilitati a prestare la propria opera. Infatti, *pollicetur se excusaturum* nei casi di impossibilità in perpetuo di *operam dare*.

In particolare, Ulpiano discute astrattamente le ipotesi in cui il giudice veniva esonerato perpetuamente dal *munus*: se l'impedimento fosse stato *in perpetuum*; se in presenza di una malattia che non permetteva di amministrare gli affari civili; qualora si ricoprisse un sacerdozio.

Sull'impedimento della malattia, è eloquente anche il seguente frammento

D. 5,1,46 (*Paul. II quaest.*)

*Iudex datus in eodem officio permanet, licet furere coeperit, quia recte ab initio iudex addictus est: sed iudicandi necessitatem morbus soticus remittit. Ergo mutari debet*⁵²³.

⁵²² D. 50,5,13 pr. (*Ulp. XXIII ad ed.*) «Il pretore è tenuto ad esonerare dai carichi chiunque egli sa che non può prestarsi a giudicare, o perché non può farlo mai più, o perché cadde in tale malattia per cui sia certo che non può sostenere gli uffici civili, o perché è oppresso da malattia tale per cui non possa amministrare le cose sue, o perché entrò in un ufficio dal quale non possa sciogliersi senza offendere la religione; invero tutti questi sono esentati per sempre». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4758.

⁵²³ D. 5,1,46 (*Paul. II quaest.*) «Un giudice, una volta nominato, permane nel suo ufficio anche se abbia cominciato ad impazzire, perché all'inizio fu correttamente nominato giudice, ma una grave malattia fa venire meno la necessità di giudicare. Di conseguenza deve essere cambiato». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., II, 17.

Paolo, nel passo in esame, non sembra chiarire bene il punto: nel frammento sostiene che il giudice che fosse impazzito non sarebbe stato sostituito; invece, qualora fosse colpito da una malattia grave (*morbus soticus*) sarebbe stato necessario conferire l'incarico a qualcun altro.

Il giudice a cui è stata assegnata una causa rimane in carica anche nel caso in cui divenisse *furiosus*. Il principio sotteso riguarda la correttezza della nomina. Alla presenza di *morbus soticus*, invece, il giudice veniva dispensato dal dovere di giudicare.

Il giurista, con questa importante testimonianza, sembra sostenere che le due ipotesi prospettate non abbiano la medesima conseguenza: infatti, solo se il giudice fosse colpito da una malattia sarebbe stato sostituito.

Se il *iudex* fosse impazzito, invece, non ci sarebbe stata possibilità di rimedio: la tradizione e la legislazione non avevano, evidentemente, ritenuto la situazione tanto grave da permettere una sostituzione del giudice, soluzione questa che, invece, è stata considerata idonea nel caso di *morbus soticus*.

L'apparente discrasia tra *furor* e *morbus* non deve sorprendere. Secondo una certa dottrina⁵²⁴, infatti, non solo il *furor* era da considerare condizione temporanea per il giudice, ma il riferimento a questo termine è andato via via a identificarsi sempre più con quella di *morbus soticus*. Il *discrimen*, pertanto, ricadrà sulla temporaneità o meno dell'impedimento.

Tuttavia, c'è un punto da precisare.

Come è possibile ammettere l'evidente antinomia che intercorre tra *tab. 2.2*, fattispecie che prevede in caso di *morbus soticus* il differimento della causa, e *D. 5,1,46* che, invece, prevede la sostituzione del giudice? Le soluzioni proposte, infatti, apparentemente dicono due cose differenti: la prima fonte parla di *diffissio diei*, la seconda, invece, di *mutatio iudicis*.

⁵²⁴ Cfr. C. LANZA, *Impedimenti del giudice*, cit., 491 ss., 513 ss.

Questa discrasia è facilmente risolvibile attraverso l'analisi dei frammenti che seguono.

D. 50,5,13,1 (*Ulp. XXIII ad ed.*)

*Duo genera tribuendae muneris publici vacationis sunt, unum plenus, cum et militiae datur, aliud exiguius, cum nudam muneris vacationem acceperint*⁵²⁵.

Inizialmente, Ulpiano, nel XXIII libro del commento all'Editto dedicato specificamente ai giudizi, al termine della sua analisi⁵²⁶, afferma l'esistenza di due tipologie di esenzione: il primo è quello 'pieno', comprendente anche l'esenzione dalla milizia, mentre il secondo è minore e comporta la sola dispensa dalle attività in cui si è impediti.

Il giurista, poi, nel successivo paragrafo prosegue:

D. 50,5,13,3 (*Ulp. XXIII ad ed.*)

*Si post causam actam coeperit se excusare iudex, si quidem privilegio, quod habuit antequam susciperet iudicium, velit se excusare, nec audiendus est: semel enim adgnosendo iudicium renuntiat excusationi. quod si postea iusta causa incidit, ut iudex vel ad tempus excusetur, non debet in alium iudicium transferri, si cum captione id futurum est alterutrius. tolerabilius denique est interdum iudicem qui semel cognoverat tantisper exspectare, quam iudici novo rem rursus iudicandam committere*⁵²⁷.

⁵²⁵ D. 50,5,13,1 (*Ulp. XXIII ad ed.*) «Vi sono due generi di esenzioni dal carico; uno pieno, per cui si è esenti anche dalla milizia; l'altro minore, per cui si ha la nuda esenzione». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4758.

⁵²⁶ È conservato in D. 50,5,13 tratto da *Ulp. XXIII ad ed.* e anche Lenel mantiene il medesimo ordine. Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., 554.

⁵²⁷ D. 50,5,13,3 (*Ulp. XXIII ad ed.*) «Quando dopo aver cominciata la causa il giudice allega le sue scuse, sebbene tenti di scusarsi adducendo un privilegio che aveva prima di assumere il giudizio, pure non deve essere ascoltato; perché, fatta che abbiamo cognizione della causa, egli viene a rinunciare al

Descrive il funzionamento delle *excusationes* e il procedimento da seguire nel mezzo del processo in atto. Infatti, il giudice, sebbene abbia ottenuto un'*excusatio* in una fase anteriore al giudizio (cioè, quando essa preesisteva) e l'abbia eccepita successivamente, non può far valere – come nel primo caso analizzato - la giustificazione, poiché, una volta conosciuto il merito della causa, è come se avesse rinunciato al diritto di far valere tale privilegio, comportando una rinuncia implicita delle scusanti.

Diverso è invece la situazione in cui sopraggiunga, dopo l'inizio del processo, una giustificazione: il giudice potrà essere temporaneamente scusato e, in tal caso, non ci sarà il trasferimento del processo a un altro giudice, a condizione che ciò non comporti danno per le parti coinvolte ⁵²⁸.

Il giurista, infatti, con le sue ultime osservazioni, esprime la preferenza per la sospensione del giudizio piuttosto che per la sostituzione del giudice (*mutatio iudicis*). Si ritiene più conveniente che il giudice, esonerato dall'obbligo di pronunciarsi, non venga sostituito, ma piuttosto si attenda che il processo venga riassunto dal medesimo *iudex*.

La *ratio* ispiratrice risiede nel ritenere più opportuno che la causa venga decisa da chi ne ha già avuto conoscenza, anziché trasferire rapidamente il giudizio a un altro soggetto che l'avrebbe istruita *ex novo*.

Il terzo paragrafo di D. 50,5,13 ora in esame, completa il ragionamento di Ulpiano: se l'impedimento fosse stato permanente (*in perpetuum*), si sarebbe provveduto a sostituire il giudice; se temporaneo (*ad tempus*) invece, si sarebbe atteso che il giudice fosse nuovamente in grado di attendere ai suoi compiti.

diritto di essere scusato. E se poscia gli sopravvenga giusta causa di essere anche temporaneamente scusato, non si deve trasferire in altro giudizio, qualora ne risulti danno all'una od all'altra parte: invece è meglio talvolta che aspetti un po' il giudice che ha già fatta cognizione dell'affare, che sottomettere un'altra volta la causa ad un nuovo giudice». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4758.

⁵²⁸ Sulla lettura di *captio* nel senso di danno, si veda G. TURELLI, *Transferre iudicium*, 149.

Da ciò sembra potersi evincere che la *diffissio diei* fosse rimedio possibile quando il *morbis soticus* fosse temporaneo e fosse prospettabile un ulteriore termine. Tutto ciò dovrebbe avvenire in assenza di un pregiudizio per le parti per la lunghezza eccessiva della causa.

La necessità per i romani di evitare, fin quando possibile, il trasferimento del giudizio ad altro giudice, è chiarito ulteriormente da Ulpiano che, nel medesimo libro del commento edittale, testimonia la necessità di sostituire il giudice:

D. 5,1,18 pr. (*Ulp. XXIII ad ed.*)

*Si longius spatium intercessurum erit, quo minus iudex datus operam possit dare, mutari eum iubet praetor: hoc est si forte occupatio aliqua iudicem non patiatur operam iudicio dare, incidente infirmitate vel necessaria profectione vel rei suae familiaris periculo*⁵²⁹.

La *mutatio iudicis* è consentita al pretore solo in casi eccezionali. In particolare, il fine che deve essere perseguito dalla *civitas* e che ci racconta Ulpiano, è precisamente quello di non gravare sulle parti. In un periodo storico, in cui i processi dovevano durare il minor tempo possibile, è comprensibile questa preoccupazione dei giuristi romani.

Inoltre, il mutamento del giudice avveniva solo allorché l'impedimento non fosse risolvibile in tempi brevi, altrimenti, avrebbe operato la regola analizzata in precedenza.

Oltre a questi inadempimenti attinenti per lo più ad impossibilità fisiche, vi sono anche impedimenti giuridici che determinano il trasferimento della causa.

⁵²⁹ D. 5,1,18 pr. (*Ulp. XXIII ad ed.*) «Il pretore ordina che sia sostituito il giudice, qualora sia intercorso uno spazio di tempo troppo lungo durante il quale egli non riesca a prestare la propria attività: cioè, se per caso qualche occupazione per una infermità sopravveniente o per una partenza indifferibile o per qualche pericolo <incombente> sul suo patrimonio non consenta al giudice di prestare la propria attività nel giudizio». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., II, 9-10.

Un caso specifico è descritto ancora da Ulpiano:

D. 5,1,17 (*Ulp. XXII ad ed.*)

*Iulianus ait, si alter ex litigatoribus iudicem solum heredem vel ex parte fecerit, alius iudex necessario sumendus est, quia iniquum est aliquem suae rei iudicem fieri*⁵³⁰.

Senza voler anticipare il principio di indipendenza e terzietà del giudice, nel caso in cui il *iudex* della causa fosse stato erede di una parte del processo – indipendentemente dal fatto che sia stato istituito come unico erede o solo per quota – costui non avrebbe potuto decidere la causa e il pretore avrebbe dovuto nominare un altro giudice.

La *ratio* della disposizione è intuitiva: si vuole evitare che il giudice decida «di una cosa propria» e che ciò vada a discapito delle parti.

Da ricollegare a questi frammenti ve ne è uno successivo molto significativo ai fini della ricerca: D. 5,1,60 (*Paul. XIV ad Sab.*), in cui il giurista ammette la *mutatio iudicis* nel caso in cui muoia il giudice⁵³¹:

D. 5,1,60 (*Paul. XIV ad Sab.*)

*Mortuo iudice quod eum iudicare oportuerat, idem eum qui subditus est sequi oportet*⁵³².

⁵³⁰ D. 5,1,17 (*Ulp. XXII ad ed.*) «Giuliano afferma che, se uno dei litiganti abbia istituito il giudice come <proprio> erede, unico o per una quota, si deve necessariamente nominare un altro giudice, perché è iniquo che uno sia fatto giudice di una cosa propria». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., II, 9.

⁵³¹ Rinvio alla lettura di G. TURELLI, *Mutatio*, cit., 122 per un'analisi dettagliata sulla continuità del processo a seguito della dipartita del *iudex*.

⁵³² La traduzione è a p. 225, nt. 516.

Paolo nel paragrafo in esame descrive la conseguenza della morte improvvisa del giudice: l'operato del *iudex* non deve interrompersi bruscamente, ma deve essere continuato dal suo successore. L'attenzione del giurista si concentra sul destino del processo. La *ratio* è sempre la medesima: i romani tutelavano le parti del processo che non dovevano subire pregiudizio dalla morte del giudice⁵³³. Dall'analisi dei precedenti frammenti del Digesto si evince che le cause che possono comportare la sostituzione del giudice sono tassative: si parla infatti dell'impossibilità del giudice-erede e quindi di incompatibilità (D. 5,1,17), si parla anche del caso di incapacità (D. 5,1,18 pr.), di malattia grave (D. 5,1,46) e di morte (D. 5,1,60).

È opportuno svolgere due considerazioni in merito alle ipotesi specificamente indicati: la prima, riguarda il fatto che talune possono essere ricollegate alle disposizioni delle XII Tavole, in particolare, alla XII *Tab.* 2.2, nella quale vi è l'espresso riferimento alla possibilità di utilizzare delle giustificazioni per evitare di essere costretti a giudicare. Se l'impedimento è temporaneo, verosimilmente, sarà possibile *diffissio diei*; invece, ove fosse permanente, il magistrato potrà optare per disporre la *mutatio iudicis*. È, altresì, da segnalare che nessuno dei precedenti frammenti contempla la circostanza per cui è necessaria una sostituzione del giudice in caso di una sua assenza ingiustificata in udienza.

In mancanza di qualsiasi indicazione sul tema, ad eccezione di una *diffissio diei* nel testo decemvirale, come avrebbero potuto tutelarsi le parti che non avessero visto comparire il giudice nel giorno fissato? Domanda, questa, che si pone lo stesso De Martino, il quale cerca di dare una risposta indicando come *iniuria* un tale comportamento del giudice⁵³⁴. Lo studioso, basandosi su un passo di Aulo Gellio

⁵³³ Il problema che la *mutatio iudicis* si proponeva di risolvere è proprio la continuità del processo che era da assicurare alle parti. Infatti, la sostituzione del giudice in caso di morte avveniva con rapidità al fine di assicurare la continuità del processo con un *iudex subditus*. Sul punto si vedano le testimonianze di Fest. L. 462 e di Cic. *dom.* 32,85. Sulle problematiche legate al tema si veda G. TURELLI, *Mutatio*, cit., 122-123 e la letteratura ivi citata.

⁵³⁴ «Non si può peraltro ignorare che non vi è traccia nelle XII Tavole di sanzioni per il caso di assenza del giudice dal processo fuori dei casi previsti. Si può pensare che l'assenza di punisse con l'*iniuria*? Per questa era prevista una pena di XXV assi. Ma si tratta di congetture con deboli addentellamenti nelle fonti». F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 3.

(*Noct. Att.* 14,2,1)⁵³⁵, si adopera per dimostrare come la responsabilità del giudice fosse strettamente connessa alla violazione del formalismo estremo del processo per *legis actiones*.

L'erudito in questo passo ci conferma che fu la *lex Iulia* ad aver disciplinato i termini, le scadenze e le possibili azioni da compiere nei procedimenti giudiziari. Non trascurabili, secondo Gellio, sarebbero stati anche gli apporti dei giurisperiti, tra i quali egli cita espressamente Sabino, il che ci fa propendere per collocare il discorso di Gellio nel periodo del processo formulare. Attraverso questo testo, De Martino vuole mettere in evidenza la ricezione dell'antico formalismo, «dei termini, dei rinvii e delle comparizioni» in violazione delle quali il giudice sarà considerato responsabile.

Pertanto, alla luce di tale argomentazione, seppur con il debole addentellato nelle fonti, sarebbe possibile operare con la *diffissio* o con la *mutatio* nel caso di assenza ingiustificata del *iudex*. Ciò, in quanto, il non presenziare in *iudicio* equivarrebbe alla violazione di formalità processuali. Dalle fonti pare che emerga la tendenza del pretore a operare, quale rimedio per le parti, una *mutatio iudicis*, cioè una sostituzione del giudice che fosse impedito in perpetuo. In effetti, questa soluzione non viene ad inglobare ogni tipologia di impedimento e, quindi, di responsabilità del giudice: nel caso in cui il *iudex* fosse stato temporaneamente impossibilitato ad istruire la causa (sempre in presenza di una *excusatio*) sarebbe stato possibile domandare il semplice differimento del giudizio.

Nulla, comunque, viene riferito dalle fonti circa la ingiustificata responsabilità del giudice che viola le formalità processuali: sarà necessario attendere l'elaborazione del *litem suam facere* per ammettere una forma di risarcimento del danno subito dalle parti.

⁵³⁵ Il testo è già stato analizzato a p. 144. Qui riprendo quanto necessario dell'analisi sopra svolta per comodità espositiva.

1.2.2. MANUS INIECTIO

Altra parte della dottrina⁵³⁶, invece, ritenne che, prima dell'elaborazione del *litem suam facere*, la conseguenza discendente dalla responsabilità del giudice fosse la *manus iniectio*. Secondo tale opinione, il giudice sarebbe stato trattato alla stregua di una parte processuale che, se non si fosse presentata in udienza, avrebbe subito passivamente l'esecuzione dell'attore che fosse rimasto frustrato per la mancata espletazione del giudizio.

Tale teoria, tuttavia, è caratterizzata dalla mancanza di fonti esaustive a suo sostegno.

Infatti, le poche testimonianze da prendere in considerazione sono presenti nella XII Tab. 3 con le disposizioni 3.2 e la 3.3 che, notoriamente, sono dedicati alla *in ius vocatio* e che non trattano specificamente del giudice.

XII Tab. 3.2

*POST DEINDE MANUS INIECTIO ESTO. IN IUS DUCITO*⁵³⁷.

In particolare, da tale disposizione si evince che la costrizione fisica del debitore poteva avvenire solo a scadenza del termine previsto per la partecipazione al procedimento:

XII Tab. 3.3

*NI IUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EO IN IURE VINDICIT, SECUM DUCITO, VINCITO AUT NERVO AUT COMPEDIBUS XV PONDO, NE MAIORE AUT SI VOLET MINORE VINCITO*⁵³⁸.

⁵³⁶ O. KARLOWA, *Römische rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 1349. Ugualmente anche il E. CUQ, *Manuel des institutions Juridiques des Romains*, Paris, 1928, 590 ss.

⁵³⁷ XII Tab. 3.2 «Dopo tale termine abbia luogo l'apposizione della *manus* <del debitore>. Venga condotto avanti al magistrato». La traduzione è mia.

Il versetto in esame, invece, descrive la punizione inferta al convenuto condannato che non si fosse adeguato al giudicato o nel caso in cui nessuno avesse dato garanzia per lui davanti al magistrato.

In queste ipotesi prospettate, il creditore potrà assoggettare il condannato alla sua potestà legandolo e portandolo via con sé.

Questi due versetti sono, probabilmente, quelli che si avvicinano di più alla problematica in esame, ma nulla dicono riguardo al *iudex*. Essi, infatti, hanno una mera funzione esecutiva e regolano il procedimento utilizzabile dall'attore.

Una critica, che può essere avanzata contro questa seconda teoria, riguarda anche la stessa natura della *manus iniectio*. Si ritiene non fosse possibile applicare la *manus iniectio iudicati*⁵³⁹, poiché il titolo esecutivo non avrebbe potuto materializzarsi in una sentenza, mentre il giudice, che si fosse reso colpevole di mancata comparizione in giudizio, non sarebbe stato certo preventivamente condannato. Altri studiosi hanno invocato il ricorrere in questo caso di un'altra tipologia di *manus iniectio*, cioè quella *pro iudicato*⁵⁴⁰: i sostenitori di questa ricostruzione, infatti, affermano che la posizione del *iudex* poteva essere assimilata a quella del *iudicatus*⁵⁴¹, così che sarebbe stata praticabile anche in questo caso la tutela con la *manus iniectio*.

A sostegno di ciò, si ricorda Gaio:

⁵³⁸ XII Tab. 3.3 «Chi non adempie al giudicato o se nessuno dà garanzia per lui in quanto il creditore lo porti con sé, lo leghi con cavi o ceppi non più pesanti di quindici libbre, ma se vuole di minor peso». La traduzione è mia.

⁵³⁹ «Nella configurazione che risulta da Gai. 4.21-24, la *manus iniectio iudicati*, come forma tipica di questa procedura, presuppone l'emanazione di una sentenza di condanna al pagamento di una somma di denaro», quindi, si potrebbe definire, in chiave moderna, come la possibilità di agire con una vera e propria esecuzione in forza di una sentenza di condanna quale titolo per poter procedere. Così viene descritta questa *actio* da M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 291.

⁵⁴⁰ «Anche dopo le XII tavole, del resto, la *manus iniectio* non presupponeva sempre un *iudicatum* o una *confessio*, ma vi furono in realtà alcune leggi, sia del periodo antico, sia di quello successivo, che nel campo specifico da esse considerato autorizzarono l'attuazione immediata della *manus iniectio* contro una persona né condannata, né confessa. Gai. 4,22 parla al riguardo di <*manus iiectio pro iudicato*> per dire che un dato soggetto, ai fini della soggezione alla *manus iniectio*, era equiparato a un *iudicatus*». G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 75.

⁵⁴¹ A tal proposito cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 132-133.

Gai. 4,22

*Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectio in quosdam dederunt, sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non soluisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponso aduersus eum, qui a sponsore plus quam uirilem partem exegisset, et denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt*⁵⁴².

Nel frammento, infatti, sono indicate le fonti che conferiscono la tutela della *manus iniectio* al creditore: una legge *Publilia* disciplina la *manus iniectio* contro il debitore principale nel caso in cui non avesse rimborsato il garante entro i sei mesi successivi; una legge *Furia*, invece, dispone la tutela contro colui che avesse riscosso da un garante più di quanto necessario per il soddisfacimento della sua pretesa.

Gai. 4,23

*Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectio, sed puram, id est non pro iudicato, uelut lex Furia testamentaria aduersus eum, qui legatorum nomine mortisve causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret; item lex Marcia aduersus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectio cum eis ageretur*⁵⁴³.

⁵⁴² Gai. 4,22 «Alcune leggi, successivamente, diedero in vari altri casi l'imposizione della mano per titolo equivalente al giudicato contro alcuni soggetti: così, la legge *Publilia* contro il debitore principale nell'interesse del quale il garante avesse pagato, se, nei sei mesi successivi al momento del pagamento nel suo interesse, non avesse rimborsato il garante; così pure una legge *Furia* sulla garanzia, contro colui che avesse riscosso da un garante più della porzione virile; per farla breve, numerose altre leggi attribuirono un'azione di questo tipo in molti casi». Trad. a cura di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 133.

⁵⁴³ Gai. 4,23 «Ma altre leggi istituirono in certi casi delle azioni mediante imposizione della mano, ma pura, vale a dire non equivalente a giudicato: per esempio la legge *Furia testamentaria* contro colui

Proseguendo, il giurista è ancora più esplicito parlando di *manus inectio pura*, vale a dire non discendente da giudicato.

Anche in questo caso si trova l'indicazione normativa che ammette questo tipo di tutela: una *lex Furia testamentaria* contro colui che avesse ricevuto a titolo di legato o per causa di morte più di mille assi; la *lex Marcia* contro gli usurai, qualora avessero riscosso gli interessi oltre i limiti consentiti. In questi casi si poteva agire per la restituzione delle somme.

Gaio ci dimostra che per poter agire con la *manus iniectio* fosse necessaria un'esplicita indicazione legislativa che avesse effettivamente parificato *iudex a iudicatus* e avesse permesso l'applicazione di tale azione anche qualora il giudice non si fosse presentato in udienza.

Una tale indicazione, però, non è fornita da alcuna fonte.

A riprova della difficoltà di abbracciare la presente tesi, è possibile anche prendere in considerazione quanto riferito da Ulpiano:

D. 5,1,16 (*Ulp. V ad ed.*)

*Iulianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multis notata est*⁵⁴⁴.

che avesse ricevuto a titolo di legato o per causa di morte più di mille assi, pur non potendo, eccezionalmente, in forza di quella legge, ricevere oltre quel limite; analogamente, la legge Marcia (lo istituì) contro gli usurai, così che, se avessero riscosso gli interessi, si agisse contro di loro con l'imposizione della mano per la loro restituzione». Trad. a cura di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 133.

⁵⁴⁴ D. 5,1,16 (*Ulp. V ad ed.*) «Giuliano inoltre reputa che l'azione compete anche nei confronti dell'erede del giudice che fece propria una lite; questo parere <però> non è vero e da molti <giuristi> è stato annotato criticamente». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., II, 9.

Nel frammento si legge che Giuliano riteneva l'azione nei confronti dell'erede del giudice lecita, quale rimedio di *ius civile*. Sarebbe così spiegata la trasmissibilità passiva della responsabilità⁵⁴⁵, che però Ulpiano nega ritenendolo invece un rimedio pretorio tramite un'*actio in factum*.

La tesi del giurista severiano poggia sul fatto che il rimedio formulare è tipicamente *in factum* e che quindi non poteva avere una sua origine in un rimedio, quale la *manus iniectio*, propria dello *ius civile* come affermato da Giuliano⁵⁴⁶. Lo *ius controversum* che emerge dal frammento rende nota l'incertezza circa l'ammissibilità del rimedio della *manus iniectio* nei confronti del giudice.

Tutte queste ipotesi, però, - è importante ribadirlo - possono essere solo congetture data l'assenza di dati a riguardo. Pertanto, alla luce delle considerazioni sopra riportate, sembra possibile affermare quanto segue.

In particolare, non solo sembra difficile prospettare l'utilizzo della *manus iniectio* contro il giudice che non si presenta in udienza o che non pronuncia sentenza, ma la stessa operatività del rimedio esecutivo necessita del presupposto formale di una legge. Infatti, solo attraverso un'indicazione legislativa si sarebbe potuto equiparare il *iudex* al *iudicatus* e fruire del rimedio esecutivo.

1.2.3. *MULTAE DICTIO*

Altra ipotesi avanzata quale conseguenza per il giudice responsabile è la *multae dictio*.

⁵⁴⁵ Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 134.

⁵⁴⁶ Si veda sul punto A. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., 167 e F. J. PARICIO e I. CREMADES, *La responsabilidad*, cit., 199.

Prima dell'istituto del *litem suam facere*, la dottrina⁵⁴⁷ sosteneva che era compito del pretore intervenire in caso di responsabilità del giudice. Il magistrato avrebbe potuto irrogare una multa o, altrimenti, ricorrere alla *pignoris capio* come ultima tutela per le parti. Riferendosi alla multa che si applicava al giudice che non avesse adempiuto ai suoi compiti, riteneva che la pena pecuniaria ammontasse a XXV assi⁵⁴⁸, proprio come l'*iniuria*⁵⁴⁹. L'esistenza della multa trova prova nelle fonti; il ricorso al rimedio della *pignoris capio*, invece, non sembra essere avvalorato. Nonostante lo stesso Gaio, indicando i casi di applicazione della *legis actio per pignoris capionem*, affermasse che

Gai. 4,26

*Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam rebus lege*⁵⁵⁰.

I casi di pegno sono limitati a quelli sorti *moribus* o *lege* senza possibilità di eccezioni.

⁵⁴⁷ In particolare, la teorizzazione la si deve al Pernice «Letzterer übernimmt damit die Verpflichtung (officium), den Streit durch Schiedsspruch auszutragen. Aber Prätor nötigt ihn dazu durch ausserordentliche Mittel (Multierung, pignoris capio). Alle Voraussetzungen einer Klage sind also eigentlich vorhanden; der Grund, weshalb man trotzdem keine gab, liegt auf der Hand: die Schwierigkeit die Höhe des Schadensersatzes zu normieren». A. PERNICE, *Labeo I, Rominisches privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Halle, Max Niemeyer, 1895-1900 rist. Scientia Verlag Aalen, 1963, 447.

⁵⁴⁸ Cfr. F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 3.

⁵⁴⁹ Il riferimento all'*iniuria* necessita di chiarimenti. Il fatto che la pena sia la medesima fa presagire come sia grave quanto «un delitto realizzato con violenza fisica ai danni d'una persona». Per comprendere meglio il parallelismo, lascio alle parole di un grande maestro: «È ben noto che, in età progredita, il termine *iniuria* ebbe nel linguaggio giuridico romano, tra altri significati che qui non interessano particolarmente, anche quello – ristretto, specifico e tecnico [...] di *contumelia*. E cioè di comportamento doloso e ingiusto, ai danni d'un soggetto libero, implicante o lesione fisica, o violazione morale della personalità della vittima [...]. Quindi l'*iniuria* – intesa in questo senso, e classificata tra i *delicta* del diritto privato romano – poteva essere realizzata, secondo uno schema usato da Labeone [D.47.10.1.1], *re* o *verbis*: si poteva avere *iniuria in corpus*, consistente in percosse o danneggiamenti fisici, ovvero *iniuria pertinens ad dignitatem aut infamiam*, consistente in offese alla dignità e alla buona reputazione». B. ALBANESE, *Una congettura sul significato di «iniuria» in XII tab. 8,4*, in *IURA* 31, 1980, 21- 22.

⁵⁵⁰ Gai. 4.26 «Con il rito della presa di pegno si agiva in alcuni casi in base ai costumi, in altri in base alla legge». Trad. a cura di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 135.

Nell'elenco tassativo non compare il caso del giudice che non si sia presentato nella data fissata in udienza. Nei passi che seguono Gaio indica tutte le fattispecie nelle quali è consentito *pignus capere*:

Gai. 4,27

*Introducta est moribus rei militaris. nam [et] propter stipendium licebat militi ab eo, qui aes tribuebat, nisi daret, pignus capere; dicebatur autem ea pecunia, quae stipendii nomine dabatur, aes militare. item propter eam pecuniam licebat pignus capere, ex qua equus emendus erat; quae pecunia dicebatur aes equestre. item propter eam pecuniam, ex qua hordeum equis erat comparandum; quae pecunia dicebatur aes hordiarium*⁵⁵¹.

In questo primo caso il giurista fa un chiaro riferimento ai *mores* come fonte della *pignoris capio*, richiamando specificamente il contesto militare e la possibilità per il soldato che fosse stato privato della sua giusta remunerazione di tutelarsi attraverso questo ricorso legale. Allo stesso modo, era possibile prendere pegno anche a garanzia del denaro destinato all'acquisto di un cavallo e del sostentamento necessario dell'animale.

Gaio prosegue definendo i casi in cui si può prendere in pegno *ex lege*:

Gai. 4,28

Lege autem introducta est pignoris capio velut lege XII tabularum adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item adversus eum, qui

⁵⁵¹ Gai. 4.27 «Dai costumi è stato introdotto in ambito militare. Infatti, per la paga, era consentito al soldato prendere un pegno da colui che distribuiva il soldo, se non lo dava; il denaro che veniva dato a titolo di paga era chiamato *aes militare*. Analogamente, era consentito prendere pegno per il denaro con il quale si doveva comperare il cavallo, denaro che era detto *aes equestre*. Infine, per il denaro con il quale si doveva procurare l'orzo per i cavalli, denaro che era detto *aes hordiarium*». Trad. a cura di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 135.

*mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpenderet; item lege censoria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi Romani adversus eos, qui aliqua lege vectigalia deberent*⁵⁵².

In questo passo si descrivono i casi nei quali è possibile prendere pegno per legge: la legge delle XII Tavole disponeva che ciò era concesso contro colui che avesse comprato un animale da sacrificio e non ne avesse pagato il prezzo e contro colui che non avesse corrisposto il dovuto per l'animale da soma locato al fine di utilizzare il cavato in un banchetto sacrificale; la legge censoria, invece, prevedeva il pegno contro coloro che non avessero pagato le imposte.

Le circostanze qui esaminate possono essere associate al contesto di un debitore che non adempie al pagamento del prezzo di una merce, la quale, nella fattispecie, è un animale. Infine, si fa riferimento anche ai contribuenti insolventi nei confronti dell'erario.

In questo estratto non emerge alcuna suggestione riguardante la possibilità di ricorrere alla *pignoris capio* in caso di assenza ingiustificata del giudice durante l'udienza.

Il passaggio da considerare, precedente alla narrazione di Gaio riguardante la transizione dal processo per *legis actiones* a quello formulare, è il seguente:

Gai. 4,29

⁵⁵² Gai. 4.28 «Per legge, invece, la presa di pegno è stata introdotta ad esempio dalla legge delle XII Tavole, contro colui che avesse comprato un animale da sacrificio e non ne pagasse il prezzo; ancora, contro colui che non corrispondesse la mercede per l'animale da soma, che taluno avesse locato con il fine di impiegare il ricavato in un banchetto sacrificale; infine, con legge censoria la presa di pegno è stata concessa ai pubblicani (appaltatori dell'esazione) delle imposte del popolo Romano, contro coloro che fossero debitori d'imposta in base ad una legge». Trad. a cura di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 135.

Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse; quibusdam autem placebat legis actionem non esse, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti quis posset quam apud praetorem praesente adversario; praeterea quod nefasto quoque die, id est, quo non licebat lege agere, pignus capi poterat⁵⁵³.

In tale passo il giurista esplica il procedimento necessario per «prendere pegno» dando delle chiare indicazioni di carattere strumentale e formale in merito al luogo («la presa di pegno veniva compiuta al di fuori del tribunale») e al momento in cui poteva essere instaurato («si poteva prendere pegno anche in un giorno nefasto»), senza menzionare la possibilità di *pignoris capio* qualora il giudice non si fosse presentato in giudizio.

Pertanto, alla luce delle fonti analizzate e delle considerazioni svolte sembra possibile ritenere che la *pignoris capio* non fosse una sanzione utilizzabile nel caso di responsabilità del giudice.

È opportuno indagare se fosse invece possibile l'irrogazione di una multa.

In primo luogo, è necessario ammonire il lettore che sul significato stesso di 'multa' si nutrivano molti dubbi in antichità. Una delle prime testimonianze risale a Labeone, come riportato da Paolo⁵⁵⁴:

⁵⁵³ Gai. 4,29 «In tutti questi casi si prendeva pegno pronunciando parole fisse e, per questo, la maggioranza era dell'opinione che anche questa procedura fosse una *legis actio*; altri, invece, erano dell'idea contraria, innanzitutto perché la presa di pegno veniva compiuta al di fuori del tribunale, vale a dire non davanti al pretore e in presenza dell'avversario; inoltre, perché si poteva prendere pegno anche in un giorno nefasto, cioè in un giorno in cui non era consentito esperire una *legis actio*». Trad. a cura di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 135.

⁵⁵⁴ Sullo studio approfondito sull'Epitome di Paolo dei Πιθava di Labeone, si veda W. FORMIGONI, *Paolo e Labeone: un contrasto apparente*, in *AUFE*, sez. V, 1, 1987, 171-186; ID., *Pithanon a Paulo epitomatorum libri VIII. Sulla funzione critica del commento del giurista Giulio Paolo*, Milano, 1996, 1-30.

D. 50,16, 244 (*Labeo IV pith. a Pau. epit.*)

*Si qua poena est, multa est: si qua multa est, poena est. Paulus: utrumque eorum falsum est. namque harum rerum dissimilitudo ex hoc quoque apparet, quod de poena provocatio non est: simul atque enim victus quis est eius maleficii, cuius poena est statuta, statim ea debetur. at multae provocatio est, nec ante debetur, quam aut non est provocatum aut provocator victus est: nec aliter quam si is dixit, cui dicere licet. ex hoc quoque earum rerum dissimilitudo apparere poterit, quia poenae certae singulorum peccatorum sunt, multae contra, quia eius iudicis potestas est, quantam dicat, nisi cum lege est constitutum quantam dicat*⁵⁵⁵.

Il giurista riporta un'indicazione labeoniana che non condivide: il giurista sannita non trova la linea di demarcazione tra multa e pena, sostenendo invece che «qualsiasi pena è multa, qualsiasi multa è pena». Paolo, invece, corregge l'assioma affermando che per multa ci si riferisce a una decisione che può essere contestata e la cui quantificazione dipende dalla volontà del giudice; la pena, invece, è determinata dalla legge per ogni singolo delitto.

Dalle fonti pare che ciò fosse appannaggio e decisione del magistrato che decideva, caso per caso, l'ammontare della somma che il giudice avrebbe dovuto pagare per la sua condotta contraria alle indicazioni fornite:

D. 50,16,131,1 (*Ulp. III ad l. Iul et Pap.*)

⁵⁵⁵ D. 50,16,244 (*Labeo, IV pith. a Paul. epit.*) «Qualsiasi pena è multa, qualsiasi multa è pena. Paolo dice: è falsa sia l'una come anche l'altra di queste cose; perocchè la differenza tra queste due cose appare anche da ciò che per la pena non si può appellare; per vero non appena che alcuno è rimasto convinto del proprio maleficio per il quale è stabilita una pena subito deve scontarla; ma per la multa si può appellare, e non è dovuta se non quando o non ebbe luogo l'appello o l'appellante sia rimasto soccombente e sia stata pronunciata da chi aveva l'autorità di pronunciarlo. La differenza fra le dette cose potrà apparire anche da ciò che le pene sono determinate per i singoli delitti; non così le multe, perché il giudice ha potere di determinare la quantità: a meno che questa non sia determinata dalla legge». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4847.

Inter "mulctam" autem et "poenam" multum interest, cum poena generale sit nomen omnium delictorum coercitio, multa specialis peccati, cuius animadversio hodie pecuniaria est: poena autem non tantum pecuniaria, verum capitis et existimationis irrogari solet. et multa quidem ex arbitrio eius venit, qui multam dicit: poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est: quin immo multa ibi dicitur, ubi specialis poena non est imposita. item multam is dicere potest, cui iudicatio data est: magistratus solos et praesides provinciarum posse multam dicere mandatis permissum est. poenam autem unusquisque inrogare potest, cui huius criminis sive delicti exsecutio competit⁵⁵⁶.

Nel frammento in esame Ulpiano delinea la differenza tra multa e pena, in accordo con quanto già sostenuto da Paolo.

La multa è una forma specifica di punizione per un determinato comportamento, caratterizzata dalla sua natura pecuniaria. Si ricorre alla multa quando per un delitto non è prevista una pena specifica. La pena, invece, denota la punizione generale da infliggere per tutti i reati, la quale può assumere sia una forma pecuniaria che capitale. A differenza della multa, la pena può essere applicata solo se prevista da una legge.

Inoltre, la discrezionalità nell'applicazione della multa è affidata all'«arbitrio del giudice», il quale deve calibrare la sanzione in modo appropriato alla situazione specifica. Questo compito, data la sua delicatezza, è riservato a determinati

⁵⁵⁶ D. 50,16,131,1 (*Ulp. III ad l. Iul et Pap.*) «Vi è una grande differenza tra multa e pena: invero la pena è un nome generale che denota la punizione di tutti i delitti, multa è la punizione speciale di una colpa, la quale punizione oggi è pecuniaria; la pena invece s'infligge per lo più non solo in danaro, ma anche capitalmente e colla perdita della estimazione; la multa poi dipende dall'arbitrio del giudice; la pena non si infligge che a quel tale delitto contemplato dalla legge o specialmente da qualche altro diritto; che anzi si condanna alla multa quando per i reati non è imposta una pena speciale. Colui al quale è dato il giudicare può condannare alla multa. Ai soli magistrati e presidi delle province i mandati permettono di condannare alla multa; mentre le pene possono infliggerle tutti coloro ai quali compete la punizione di quel tale crimine o delitto». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4820.

magistrati. Al contrario, il meccanismo della pena opera in maniera diversa: essa può essere inflitta da «tutti coloro ai quali compete la punizione di quel tale crimine o delitto».

In questi due frammenti, i giuristi (Labeone da un lato, Paolo e Ulpiano dall'altro) rendono l'idea della difficoltà di trovare una linea di confine tra la *poena* e la *multa* e dell'evoluzione subita dalla giurisprudenza intorno a questi termini. Un punto incontestato – considerato sia da Paolo che da Ulpiano – pare risiedere nell'affermazione che la discrezionalità resta in capo al magistrato esercente *imperium*, sia per quel che riguarda l'*an*, quindi sul «se» effettivamente irrogare una sanzione, sia per quel che concerne il *quantum*, potendo il pretore – presumibilmente è tale magistrato che irroga la sanzione al *iudex* – decidere caso per caso la multa più efficace per la situazione da riparare.

Tale multa – perché diamo per assodato che di multa si possa parlare – ha dei limiti ben indicati dalla *lex Aternia Tarpeia* e dalla *lex Menenia Sextia de multa et sacramento* (presumibilmente risalenti al 454 – 452 a.C., così come indicato dal Rotondi⁵⁵⁷) come dimostra Cicerone:

Cic. *rep.* 2,35,60

Quo in statu rei publicae Sp. Cassium de occupando regno molientem, summa apud populum gratia florentem, quaestor accusavit, eumque ut audistis cum pater in ea culpa esse conperisse se dixisset, cedente populo morte mactavit. gratamque etiam illam legem quarto circiter et quinquagesimo anno post primos consules de multa et sacramento Sp.

⁵⁵⁷ L'autore non solo indica il riferimento alle fonti da consultare, ma viene anche offerta una spiegazione molto puntuale: «La prima sarebbe stata proposta ai comizi centuriati [...], dai consoli A. Aternius Varus e Sp. Tarpeius Montanus; la seconda sarebbe [...] dei consoli T. Menenius Lanatus e P. Sestius Capitolinus. A queste leggi si riferisce l'estensione a tutti i magistrati (anche ai *tribuni* e agli *aediles plebis*) del diritto di irrogare multe [...] e l'ammissione della *provocatio* per le multe superiori al massimo legale (*suprema multa*) fissata in 30 buoi e 2 pecore». G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, cit., 200.

*Tarpeius et A. Aternius consules comitiis centuriatis tulerunt. annis postea XX ex eo quod L. Papirius P. Pinarius censores multis dicendis vim armentorum a privatis in publicum averterant, levis aestumatio pecudum in multa lege C. Iuli P. Papiri consulum constituta est*⁵⁵⁸.

L'Arpinate, nel passo in esame, descrive il triste episodio di Spurio Cassio che, dopo aver servito la *res publica*, rivestendo la carica di console più volte e aver avanzato la proposta di una riforma agraria, fu condannato a morte dai questori con l'accusa di voler instaurare una monarchia e farsi re. In quel periodo tornò in vigore la legge proposta dai consoli Tarpeio e Aternio sulle multe e sui giuramenti che, vent'anni più tardi, fu calmierata per bilanciare le multe che allora consistevano nell'incamerare, da parte della repubblica, capi di bestiame.

L'oratore cita le leggi e rende conto del fatto che si riferiscano proprio alla *multa et sacramentum*. La multa, pertanto, veniva irrogata discrezionalmente dal magistrato che ne ravvisava l'opportunità.

La teoria che fa leva sulla *multae dictio*, come possibile sanzione per il giudice infedele, si fonda principalmente sull'analisi di un frammento di Paolo che si riferisce all'*arbiter ex compromisso*⁵⁵⁹:

D. 4,8,32,12 (*Paul. XIII ad ed.*)

⁵⁵⁸ Cic. *rep.* 2,35,60 «Trovandosi lo Stato in siffatte condizioni il questore accusò Spurio Cassio, mentre godeva di grandissima popolarità, di macchinare onde impadronirsi del regno, e gli fece subire la pena capitale senza opposizione da parte del popolo, in seguito al fatto che suo padre aveva detto d'aver avuto prova che egli era reo di tal colpa. Gradita tornò anche la legge che, circa cinquantatré anni dopo l'istituzione del consolato, proposero ai comizi centuriati i consoli Spurio Tarpeio ed A. Aternio relativa alla cauzione pecuniaria. Vent'anni dopo, poiché i censori L. Papirio e P. Pinario nell'applicare le multe sottrassero ai privati incamerandola a beneficio dello Stato, una grande quantità di bestiame, fu stabilito con una legge dei consoli G. Giulio e P. Papirio un lieve controvalore in moneta dei capi di bestiame per le multe». Trad. a cura di L. FERRERO e N. ZORZETTI, *Opere politiche e filosofiche*, cit., 281.

⁵⁵⁹ L'*arbiter ex compromisso* è l'organo giudicante scelto dalle parti in forza di un comune accordo tra queste ultime. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 335.

*Si arbiter sese celare temptaverit, praetor eum investigare debet, et si diu non paruerit, multa adversus eum dicenda est*⁵⁶⁰.

Paolo illustra la circostanza in cui un arbitro desidera eludere l'obbligo di pronunciarsi sulla controversia sottopostagli: in questa eventualità, il pretore sarà tenuto a condannarlo al pagamento di una multa. Sembrerebbe, infatti, che la situazione riconducibile all'*arbiter ex compromisso*⁵⁶¹ fosse inizialmente assegnata al *iudex*, consentendo al ricorrente di domandare al pretore un rimedio all'inerzia dell'organo giudicante.

Secondo una certa linea di pensiero⁵⁶², tale protezione costituisce il precursore dell'*actio in factum* esperibile contro il *iudex* e l'*arbiter* che fanno loro la lite.

2. I RIMEDI CONTRO IL GIUDICE CHE FA SUA LA LITE

2.1. LA PROVA DELL'ESISTENZA DI UN'ACTIO IN FACTUM: D. 50,13,6

La testimonianza dell'esistenza di una specifica *actio adversus iudicem qui litem suam facit* ci è fornita solo nel II sec. d. C. da Gaio che in D. 50,13,6 (*Gai. III aur.*) riporta il sintagma *in factum actione*, che non riscontriamo negli altri luoghi in cui il medesimo passo ripreso dalle *Res cottidianae* è riprodotto (D. 44,7,5,4 e I, 4,5 pr.)⁵⁶³.

Per comodità espositiva, riporto in sinossi i frammenti al fine di agevolare l'analisi:

⁵⁶⁰ D. 4,8,32,12 (*Paul. XIII ad ed.*) «Se l'arbitro abbia tentato di nascondersi, il pretore dovrà cercarlo, e se quello non sia ricomparso per lungo tempo, contro di lui deve essere irrogata una multa». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, cit., I, 372-373.

⁵⁶¹ Sul *compromissum* si veda V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 334-335; M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di compromissum*, Milano, 1958, *passim*.

⁵⁶² In particolare, la dottrina spagnola, si vedano, ad esempio A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., *passim*.

⁵⁶³ In tal senso I. CREMANDES – J. PARICIO, *La responsabilidad*, cit., 192 ss.

D. 44,7,5,4 (Gai. III aur.)

Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri.

D. 50,13,6 (Gai. III rer. I. 4,5 pr. cott. sive aur.)

Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.

Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni videbitur, aequum religioni poenam sustinebit.

Il medesimo testo è stato inserito con periodi parzialmente sovrapponibili nel *Corpus iuris civilis*. In particolare, il periodo che va da *si litem...ex maleficio teneri* è riprodotto in modo identico due volte nel Digesto e una volta nelle *Institutiones*.

Il brano conservato in D. 44,7,5,4 è replicato anche in D. 50,13,6 con alcune variazioni. Infatti, dall'analisi testuale emerge che il secondo frammento è più esteso: nella trattazione delle obbligazioni, il testo di Gaio afferma che il giudice che fa sua la lite non è tenuto né per un'obbligazione da delitto, né per un'obbligazione da contratto; tuttavia, poiché commette un errore (*utique peccasse*) e il suo comportamento non è giustificabile per *imprudencia*, è tenuto *quasi ex maleficio*.

In D. 50,13,6, invece, la testimonianza gaiana prosegue: si precisa con la locuzione *in factum actione* la conseguenza processuale per il giudice che fa sua la lite e, inoltre, indica che ci sarà una sanzione (*poenam sustinebit*) equa secondo quanto

riterrà il giudice cui sarà devoluta la causa (*in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit*).

La divergenza dei due testi può essere giustificata nei modi seguenti: o si ipotizza un'interpolazione giustiniana, oppure si considera che i compilatori abbiano utilizzato due edizioni diverse⁵⁶⁴, o ancora si argomenta che i due libri del Digesto che contengono il passo delle *Res cottidianae* in questione trattassero argomenti differenti, per i quali erano necessarie solo determinate informazioni⁵⁶⁵.

Quest'ultima teoria, a mio avviso, è da ritenere la più plausibile. In effetti, in sede di rassegna delle fonti delle obbligazioni (D. 44,7,5,4) i compilatori non avevano altro scopo che quello di enumerare le varie fonti e le tipologie. A poco sarebbe servito enunciare in questa sede la conseguenza processuale che, probabilmente, gli antichi giuristi davano per scontato⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ Come potrebbe sembrare dalle *inscriptiones*: *Res cottidianae* da un lato, *Aurea* dall'altro. Tuttavia, la commissione dei riferiti luoghi del Digesto (D. 44,7,5,4 e D. 50,13,6) è la medesima (sabiniana), pertanto non credo possa essere frutto di una lettura di edizioni diverse. A tale congettura, ovviamente, può aggiungersi l'ipotesi che i compilatori abbiano semplicemente errato nella copiatura del passo o si siano dimenticati di riportare interamente il testo in D. 50,13,6.

⁵⁶⁵ Cfr. A. CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di 'Res cottidianae'*, in *BIDR*, 101-102, 1998-1999, 113.

⁵⁶⁶ Diverso è il riferimento alle ipotesi di *effusum vel deiectum* e di *positum vel suspensum*. In tali circostanze, riportate in D. 44,7,5,5 (*Is quoque, ex cuius cenaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitabat, deiectum effusumve aliquid est ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur ut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua volgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. Ideo si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum*). «Si stima che sia tenuto come per maleficio anche colui, dal cenacolo del quale, sia esso proprio di lui, sia condotto, o abitato gratuitamente, fu gettata fuori o sparsa qualche cosa in modo da recar danno ad altri; ma per ciò non è propriamente tenuto per maleficio, perché spesse volte è tenuto per colpa di altri, come del servo o del figlio. A costui è simile quello che nella parte in cui si suole ordinariamente passare, ha messo o tiene sospesa una qualche cosa, la quale cadendo può arrecare danno ad altri. Laonde se il figlio di famiglia abita separatamente dal padre e dal cenacolo di lui fu gettata o sparsa, ovvero fu posta o sospesa qualche cosa, la cui caduta è pericolosa, Giuliano disse che contro il padre non si deve dare l'azione di peculio e neppure l'azione nossale, ma si deve agire contro il figlio medesimo». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus iuris civilis*, II, cit., 4149), Gaio (così come i compilatori) specificano il tipo di azione processuale, poiché è particolarmente dibattuta: se il figlio fosse ritenuto responsabile, allora sarebbe stata concessa un'azione diretta contro di lui. Se il giudice avesse fatto sua la lite, invece, non sarebbe sorto alcun problema di legittimazione passiva: l'azione sarebbe stata concessa contro il giudice responsabile.

D. 50,13,6, invece, è collocato a chiusura di un titolo dedicato ai giudizi straordinari e al concetto di *litem suam facere* (*De variis et extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicitur*). In questo contesto, i compilatori delineano le caratteristiche specifiche della situazione: il giudice che fa sua la lite sarà chiamato a rispondere con un'*actio in factum* e verrà condannato alla sanzione che il giudice competente riterrà equa.

Quest'ultimo testo è ripreso anche nelle *Institutiones* in I. 4,5,pr. con una sola differenza: manca il riferimento *in factum actionem*. Tale omissione potrebbe essere attribuita a un errore delle commissioni redattrici: sembra infatti plausibile che le due commissioni (quella del Digesto e quella delle Istituzioni) non si siano consultate sul punto o abbiano avuto a disposizione due edizioni diverse delle *Res cottidianae*. Tuttavia, al di là delle ipotesi riguardanti la ricostruzione del pensiero di Gaio, il dato rilevante risiede nell'espressione *in factum actione*, dalla quale si evince l'esistenza di una tutela di origine pretoria contro il giudice che fa sua la lite⁵⁶⁷.

⁵⁶⁷ Il pretore poteva intervenire nelle situazioni specifiche che venivano sottoposte alla sua attenzione e che non erano regolate da disposizioni preesistenti, sia esse di natura civile o pretoria. In tali circostanze, il magistrato, nell'esercizio della sua giurisdizione, aveva il potere di proporre una soluzione al problema in questione. È risaputo, infatti, che il pretore poteva *adiuvare, supplire, corrigere* il diritto civile, come indicato in D. 1,1,7,1 (*Pap. II def.*): *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ab honore praetorum sic nominatum*. «Il diritto pretorio è quello che i pretori introdussero per aiutare o supplire o correggere, per pubblica utilità, il diritto civile. Esso viene detto anche onorario, ed è stato denominato così con riferimento alla carica (*honor*) dei pretori». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 79. Il magistrato poteva ritenere sufficiente interpretare in maniera estensiva uno strumento processuale già previsto dall'ordinamento, oppure soddisfare le esigenze in modo innovativo attraverso azioni in fatto. In particolare, con la locuzione *actio in factum* i giuristi classici indicavano un'azione c.d. pretoria che si sostanziava o in una formula *in factum concepta*, così come nelle *actiones utiles*, oppure che veniva concessa dal pretore caso per caso senza che fosse inserita una specifica tutela nell'editto. Sul punto si vedano *ex multis* M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 93 e G. PUGLIESE, *Istituzioni*³, cit., 313. I presupposti di tale azione sono stati conservati in D. 19,5,1 pr. (*Pap. VIII quaest.*): *Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur. sed ne res exemplis egeat, paucis agam*. «Talvolta accade che, mancando le formule proposte <nell'editto> e le azioni ordinarie, dal momento che non possiamo trovare un'azione con una propria denominazione <tipica>, facilmente ricorriamo a quelle che si chiamano modellate sul fatto. Affinché, poi, la cosa non rimanga senza esempi, ne indicherò alcuni». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, II, cit., 459 s. In questo frammento, in apertura al titolo V del libro diciannovesimo dedicato proprio alle azioni *in factum*, Papiniano rende noto quando è necessaria la tutela con un'*actio in factum*. In particolare, si configura come un rimedio eccezionale, ma che viene

2.2. LA NATURA DELL'ACTIO ADVERSUS IUDICEM QUI LITEM SUAM FECIT

La disciplina di tale azione è dibattuta. Sul punto si sono pronunciati molti studiosi, i quali hanno rilevato la difficoltà di ritenere tale azione penale⁵⁶⁸.

Prendendo le mosse dalle parole del d'Ors⁵⁶⁹, è necessario analizzare, in particolare, se vi è la presenza delle caratteristiche proprie dell'azione penale.

In primo luogo, occorre interrogarsi sulla pretesa nossalità dell'azione contro il giudice che fa sua la lite. La struttura come nossale di tale *actio* potrebbe essere riscontrabile in D. 5,1,15 pr. (*Ulp. XXI ad ed.*):

D. 5,1,15 pr. (*Ulp. XXI ad ed.*)

*Filius familias iudex si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat*⁵⁷⁰.

utilizzato facilmente (*facile*). Il giurista illustra quando il magistrato fosse tenuto a proteggere concretamente una situazione: se la questione sottoposta era meritevole di tutela e non poteva essere inserita in nessuna fattispecie astratta dell'ordinamento, si ricorreva ad un'*actio in factum*. La peculiarità di tale tutela consiste nella sua eccezionalità e nel fatto che sia un rimedio processuale applicabile solo a quella specifica situazione, non estendibile per analogia ad altri casi sottoposti alla cognizione del pretore. Anche in D. 19,5,11 (*Pomp. XXXIX ad Quintum Mucium*): *Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.* «Dato che il numero delle azioni non è completo, si richiedono sovente azioni modellate sul fatto. E anche per quelle azioni, che furono introdotte dalla legge, se la legge si presenti giusta e necessaria, il pretore supplisce in ciò che ad essa manca; cosa che egli fa nei riguardi della legge Aquilia concedendo azioni modellate sul fatto, adatte a tale legge; il che è richiesto dall'utilità <di una buona utilizzazione> di tale legge». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, II, cit., 463. Pomponio ci rende noto il regime delle *actiones in factum*: queste soccorrono dal momento in cui il numero delle azioni non è completo e il pretore può creare azioni sul caso concreto. Inoltre, anche nel caso ci fosse una legge che ammette l'azione, il magistrato può sempre – purché la legge sia *iusta ac necessaria* – integrare o supplire la tutela dove vi ravvisi un *vulnus*. Pertanto, tali azioni erano necessarie nell'ordinamento romano per tutelare casi che non erano protetti né dallo *ius civile*, né dallo *ius praetorium* cristallizzato nell'editto. Un esempio è dato dall'*actio praescriptis verbis* che era qualificata come un'*actio in factum*.

⁵⁶⁸ F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 12; A. BURDESE, *Responsabilità*, cit., 169.

⁵⁶⁹ A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 381.

⁵⁷⁰ D. 5,1,15 pr. (*Ulp. XXI ad ed.*) «Se un figlio in potestà, <fungendo da> giudice, faccia propria una lite, è tenuto nella misura di ciò che era nel <suo> peculio nel momento in cui pronunciava la sentenza». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, II, cit., 9.

Ulpiano, in questo paragrafo, descrive il caso in cui fosse giudice un *filius familias* il quale, incorso in responsabilità per aver fatto sua la lite, risponde nei limiti di quanto è nel suo peculio.

Il frammento fu sottoposto ad una critica pesante da parte della corrente interpolazionistica circa la sua classicità e genuinità⁵⁷¹. A mio avviso, però, tali dubbi non hanno ragione di sussistere: la collocazione palinogenetica del passo conferma la genuinità del frammento in esame e la sua attribuzione è riferibile ad Ulpiano, senza che sia necessario sospettare il ricorrere di interpolazioni⁵⁷².

La corretta collocazione del commento e del riferimento al *filius familias* è avvalorata principalmente da frammenti collocati precedentemente. In particolare, in D. 5,1,12,2 (*Paul. XVII ad ed.*)⁵⁷³, Paolo delineava le categorie di soggetti non idonei a ricoprire la carica di giudice: coloro cui l'accesso è vietato per legge (come chi è stato escluso dal senato), per motivi fisici (come il sordo, il muto, il pazzo, l'impubere) e per ragioni sociali (come le donne e i servi). Tra questi non si viene menzionato il *filius familias*. Da ciò si deduce che, nell'argomentazione del quinto libro, i giustinianeî stavano considerando i diversi scenari presenti nella prassi. È plausibile ipotizzare che un figlio potesse essere giudice: se pubere, libero e non rimosso dal Senato.

La conferma è data dal seguente paragrafo:

D. 5,1,12,3 (*Paul. XVII ad ed.*)

⁵⁷¹ Cfr. A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 381; T. GIMÉNEZ CANDELA, *Los cuasidelictos*, cit., 56. Un'integrazione al testo fu prospettata dal Mommsen ma fu poi lo stesso studioso a ritornare sui suoi passi. Si veda, T. GIMÉNEZ CANDELA, *ult. op. cit.*, 57. La tesi di Mommsen fu accolta da O. LENEL, *EP³*, cit., 216.

⁵⁷² Sul punto mi trovo d'accordo con le argomentazioni di R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 391 ss.

⁵⁷³ Si veda cap. 1, p. 8.

*Qui possunt esse iudices, nihil interest in potestate an sui iuris sint*⁵⁷⁴.

Il giurista puntualizza che non ha alcuna importanza (*nihil interest*) che il giudice sia *alieni* o *sui iuris*, conferendo un ulteriore argomento in favore del sopra riferito passo ulpiano.

Ciò che deve essere indagato, tuttavia, è la sussunzione del caso prospettato in D. 5,1,15,pr. nella fattispecie nossale applicabile agli illeciti commessi dai figli e dai servi⁵⁷⁵.

Il regime delle azioni nossali è descritto da Gaio:

Gai. 4,75

*Ex maleficio filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse*⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ D. 5,1,12,3 (*Paul. XVII ad ed.*): «Non ha importanza se coloro che possono essere giudici siano in potestà <altrui> o giuridicamente indipendenti». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, II, cit., 9.

⁵⁷⁵ Il problema rilevato riguarda l'imputabilità diretta dell'azione al figlio: il verbo *tenetur*, infatti, essendo riferito al figlio, evidenzia una responsabilità diretta del figlio-giudice, senza coinvolgere il padre.

⁵⁷⁶ Gai. 4,75 «L'atto illecito dei figli in potestà o degli schiavi, che, ad esempio, abbiano commesso furto o ingiuria, ha dato spunto per la creazione delle azioni nossali, di modo che il padre o il padrone avessero la scelta fra accollarsi la condanna pecuniaria o consegnare in espiazione il responsabile. Non sarebbe stato equo, infatti, che la loro malvagità causasse ai genitori o ai padroni una perdita superiore a quella delle persone di costoro». Trad. a cura di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 155.

In questa parte del quarto commentario, il giurista sta descrivendo le azioni nossali: queste intervengono nel caso di atto illecito di figli e servi. Poiché tali soggetti non hanno capacità giuridica, risponde per loro il *pater/dominus*⁵⁷⁷.

La nossalità, dunque, consiste nella scelta da parte di quest'ultimo tra il corrispondere la condanna pecuniaria inflitta al proprio figlio/servo oppure la consegna del responsabile, tutte le volte che fosse stato ignaro del fatto o non avesse potuto impedirlo. Il giurista antoniniano, inoltre, rende nota la *ratio* di questo espediente: non è sembrato giusto che i genitori e i padroni subissero una perdita maggiore del valore dei loro figli e servi⁵⁷⁸.

Viene poi puntualizzata la fonte di queste azioni, senza distinguere ulteriormente tra azioni nossali contro i servi o contro i figli⁵⁷⁹, considerati tutti *alieni iuris*:

Gai. 4,76

*Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, velut furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; edicto praetoris, velut iniuriarum et vi bonorum raptorum*⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ Il *pater familias* e il *dominus* sono i soli soggetti nella cui sfera giuridica ricadono gli effetti degli illeciti di servi e figli. Il meccanismo con il quale si poteva sostituire il *filius* o *servus* al *pater* è descritto in F. GNOLI - I. FARGNOLI, *Istitutiones iuris romani*, Milano 2018, 398 s.

⁵⁷⁸ Sul punto si veda G. PUGLIESE, *Appunti*, cit., 117 ss.; ID., *Scritti*, cit., 553 ss.

⁵⁷⁹ R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 405-407. Ugualmente anche D. 9,4,32 (*Call. II edicti monitorii*). *Is qui in aliena potestate est si noxam commisisse dicatur, si non defendatur, ducitur: et si praesens est dominus, tradere eum et de dolo malo promittere debet*. Trad. «Chi è sotto la potestà altrui, se si dica che abbia commesso un fatto delittuoso e non venga difeso, è condotto via <dall'attore per ordine del pretore> e, se il padrone è presente, lo deve consegnare trasferendolo e deve prestare la stipulazione di garanzia promettendo l'assenza di dolo». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, II, cit., 283. Il paragrafo presenta due scenari distinti: il primo riguarda il caso in cui un *alieni iuris* (come, ad esempio, un servo o un figlio) commetta un illecito e, in assenza della difesa del proprio padrone, venga condotto via dall'attore; il secondo scenario, invece, si verifica quando il padrone è presente e, constatato l'illecito del suo sottoposto, deve consegnare il figlio o il servo e prestare una stipulazione di garanzia per l'assenza di dolo. Anche in questa circostanza vi è una completa equiparazione tra coloro che sono *alieni iuris*, senza fare distinzioni tra figli e servi. Lo scopo della nossalità, evidenziato in questo frammento di Callistrato, consiste nella protezione del patrimonio del padrone.

⁵⁸⁰ Gai. 4,76 «Le azioni nossali sono state istituite da leggi o dall'editto del pretore. Da leggi: ad esempio, per il furto dalla legge delle XII Tavole, per il danno ingiusto dalla legge Aquilia; dall'editto

Gaio ci informa che l'istituzione di queste azioni nossali è assai antica, ritenendo che l'origine di alcune di esse (i casi di furto e di danno ingiusto) sono rinvenibili addirittura nelle XII Tavole (V sec. a. C.) e nella *Lex Aquilia del damno* (III sec. a. C.).

Il regime della *nox*a è stato conservato nel titolo IV del libro nono del Digesto, rubricato *de noxalibus actionibus*. In tale titolo, tuttavia, si riscontra un'ampia casistica riferita ai servi, mentre ai *fili*i *famili*as sono riservate poche disposizioni.

Tra queste, vi sono i seguenti frammenti:

D. 9,4,33 (*Pomp. XIV ad Sab.*)

*Noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo quem non defendit, si servus est: quod si liber est qui in potestate sit, indistincte ipsi sui defensio danda est*⁵⁸¹.

D. 9,4,34 (*Iul. IV ad Urseium Ferozem*)

*quotiens enim nemo filium familias ex causa delicti defendit, in eum iudicium datur*⁵⁸².

D. 9,4,35 (*Ulp. XLI ad Sab.*)

del pretore: ad esempio, per le ingiurie e la rapina». Trad. a cura di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 155.

⁵⁸¹D. 9,4,33 (*Pom. XIV ad Sab.*) «In un giudizio nossale nessuno, contro la sua volontà, può essere costretto a difendere un altro <sottoposto alla sua potestà>; ma deve essere privato di quello che non difende, se è un servo; ma se colui, che sia sottoposto alla sua potestà, è un libero, può senza distinzione darsi a lui stesso la propria difesa». S. SCHIPANI, *Digesta*, II, cit., 283.

⁵⁸²D. 9,4,34 (*Iul. IV ad Urseium Ferozem*) «Infatti, ogni volta che non vi sia nessuno a difendere un figlio in potestà in base ad un delitto, è data l'azione contro il figlio stesso». S. SCHIPANI, *Digesta*, II, cit., 283.

*et si condemnatus fuerit, filius iudicatum facere debet: tenet enim condemnatio. quin immo etiam illud dicendum est patrem quoque post condemnationem filii dumtaxat de peculio posse conveniri*⁵⁸³.

In questi frammenti in sequenza viene descritto lo sviluppo delle azioni contro i *filii familias*.

In particolare, Pomponio, descrivendo il singolare scenario dell'*indefensio*, argomenta che, se il giudizio nossale è contro un figlio il cui padre non può essere costretto a difenderlo, la difesa è assunta direttamente dal figlio stesso, sussistendo quindi una legittimazione passiva sussidiaria in tale circostanza.

Successivamente, Giuliano aggiunge che in presenza di *indefensio* per un delitto, sarà concessa all'offeso un'azione diretta contro il figlio, stabilendo una piena legittimazione passiva per il responsabile. Così anche Ulpiano espone che il padre può essere chiamato a rispondere in caso di condanna del figlio solo entro il *peculium*, qualora il figlio non adempia dopo essere stato condannato. Questi frammenti evidenziano un ampliamento delle tutele rispetto all'uso della nossalità nel periodo arcaico⁵⁸⁴. Sembra che la natura nossale della tutela processuale concessa contro il *filius familias* stia perdendo rilevanza, poiché la diversa sensibilità giuridica ha permesso di agire direttamente nei confronti del figlio responsabile. A conferma di ciò si può fare riferimento a D. 5,1,57:

D. 5,1,57 (*Ulp. XLI ad Sab.*)

Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio: sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem dumtaxat

⁵⁸³ D. 9,4,35 (*Ulp. XLI ad Sab.*) «E, se sia stato condannato, il figlio deve adempiere il giudicato: infatti, la condanna lo vincola. Va inoltre aggiunto che, dopo la condanna del figlio, potrà essere convenuto anche il padre, ma solo nei limiti del peculio». S. SCHIPANI, *Digesta*, II, cit., 284.

⁵⁸⁴ La consacrazione di questa evoluzione sarà poi completata con Giustiniano in I. 4,8,7, si veda R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 410 ss.

*de peculio et quod in rem eius versum est. certe si quasi procurator alicuius filius familias iudicium acceperit, mortuo eo in eum quem defenderit transit actio vel iudicati datur*⁵⁸⁵.

Ulpiano ci descrive la situazione in cui un *filius familias*, nei cui confronti si è agito, deceda dopo l'istituzione del giudizio nei suoi confronti. In questo caso, l'azione si trasferisce nei confronti del padre, ma solo entro i limiti del peculio che possedeva il figlio.

In merito alla nossalità che sembra evincersi da D. 5,1,15 pr., alla luce di quanto analizzato, è possibile confermarne l'assenza per l'azione contro il giudice che fa sua la lite.

Questa conclusione si raggiunge solo a seguito di un lento percorso giurisprudenziale che ha visto, prima, la necessaria responsabilità del *pater familias* in luogo del figlio, così come riferito da norme antiche; poi, la sensibilità giuridica ha ritenuto più corretto potersi rivalere direttamente nei confronti del figlio, senza la necessità di chiamare in causa il padre.

Una seconda caratteristica dibattuta dell'azione contro il giudice che fa sua la lite è l'intrasmissibilità passiva. Ulpiano testimonia uno scontro dottrinale sorto ai suoi tempi:

D. 5,1,16 (*Ulp. V ad ed*)

*Iulianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multis notata est*⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ D. 5,1,57 (*Ulp. XLI ad Sab.*) «Compete l'azione nei confronti di un figlio in potestà tanto in base a contratti quanto a delitti, ma, morto il figlio dopo l'istituzione del giudizio, questo si trasferisce nei confronti del padre solamente nei limiti del peculio e di quanto riversato nel suo patrimonio. Certo se il figlio in potestà abbia accettato il giudizio in quanto procuratore di qualcuno, dopo la sua morte, si trasferisce l'azione o si dà quella esecutiva nei confronti di colui che egli ha difeso». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, II, cit., 20.

*Frag. Argentoratensia II b verso (Ulp. III disp.)
quamvis Iulianus in heredem magistratus non putaverit tribuendam actionem,
cum idem heredem iudicis, qui litem suam fecisset, teneri existimaverit. Sed
utrumque contra est, cum heres magistratus teneatur et iudicis non
teneatur*⁵⁸⁷.

Da questi frammenti si evince che il tema era oggetto di *ius controversum*. Infatti, pare che i due giuristi (Giuliano e Ulpiano) si contrapponessero in merito alla trasmissibilità o meno dell'azione penale.

Da un lato, vi era la posizione di coloro che propugnavano la trasmissibilità dall'*actio adversus iudicem qui litem suam fecit*⁵⁸⁸; dall'altro lato, invece, l'opinione di chi, come Ulpiano, ponendosi nel verso della dottrina maggioritaria, sosteneva l'impossibilità di quanto affermato dal redattore dell'editto perpetuo.

Nel secondo frammento, inoltre, si puntualizza che l'orientamento di Giuliano, divergente da quello dei giuristi di III sec. d.C., riguardava un ambito più ampio: l'azione contro il giudice che fa sua la lite veniva equiparata all'azione contro il magistrato municipale che violava i doveri del suo ufficio⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ La traduzione del frammento è a p. 238, nt. 543.

⁵⁸⁷ «Anche se Giuliano non abbia ritenuto che l'azione dovesse essere concessa contro l'erede di un magistrato, ritenne tuttavia che lo stesso erede di un giudice, che avesse fatto sua una lite, fosse tenuto. Ma entrambe le cose sono al contrario, poiché l'erede del magistrato è tenuto e l'erede del giudice non è tenuto». La traduzione è mia.

⁵⁸⁸ Ulpiano, infatti, nei già menzionati paragrafi riporta l'opinione di Giuliano che riteneva possibile soddisfarsi nei confronti degli eredi del giudice.

⁵⁸⁹ Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 576.

L'argomento è tornato ad interessare la dottrina⁵⁹⁰ in merito alla disciplina della trasmissibilità passiva dell'azione, al fine di delineare i contorni della tutela apprestata per le parti danneggiate dal giudice *qui litem suam fecit*.

È da segnalare che l'opinione prevalente fu quella di Ulpiano: l'intrasmissibilità dell'azione del III sec. d. C. fu conservata da Giustiniano.

Sembra che il giurista severiano abbia riportato l'opinione di Giuliano al solo fine di rendere conto di una opinione antica, non più condivisa. Infatti, nel frammento, il riferimento al fatto che *a multis notata est* sembra dimostrare che l'opinione del giurista adrianeo sia stata solamente una posizione diversa dalla tradizionale dottrina⁵⁹¹.

La tesi di Giuliano, pertanto, è risultata perdente, nonostante la coerenza sistematica proposta dal giurista. Quindi, dopo aver rilevato l'assenza di nossalità, sembra che Giuliano volesse precisare in modo congruo la natura dell'azione contro il giudice *qui litem suam fecit*⁵⁹².

2.3. LA CONDANNA

2.3.1. D. 5,1,15,1 E LA VERA AESTIMATIO LITIS

L'ultima parte di D. 5,1,15,1, come visto in precedenza, attiene a quella che è la conseguenza cui va incontro il giudice che ha fatto sua la lite *cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*, cioè

⁵⁹⁰ In particolare, A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 386 ss.; I. CREMANDES – J. PARICIO, *La responsabilidad*, cit., 193 ss.; C. S. TOMULESCU, *Problèmes de droit romain*, in *IURA*, 24, 1973, 88 s.; T. GIMENEZ CANDELA, *Los cuasidelictos*, cit., 59 ss.

⁵⁹¹ Cfr. P. DE FRANCISCI, *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano, 1912, 60 ss. A questa espressione, si aggiunga anche quella *vera non est*, proprio a indicare la non corrispondenza al vero (o opinione dominante) di quello che Giuliano sosteneva.

⁵⁹² R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 467 ss.

*ut veram aestimationem litis praestare cogatur*⁵⁹³.

Il giudice, nel caso fosse stato responsabile per aver fatto sua la lite, sarebbe stato costretto a prestare la vera stima della lite.

Al fine di comprendere cosa Ulpiano intendesse per *vera aestimatio*, è possibile esaminare altri passi in cui il medesimo giurista ha utilizzato il sintagma⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Dissente di questa ricostruzione solo G. BESELER, *Beiträge*, cit., 77. Dubbi, invece, sulla classicità del passo sono riportati anche da A. GUARINO, *Actiones in aequum conceptae*, cit., 14.

⁵⁹⁴ Questo sintagma, infatti, compare esattamente sei volte nel Digesto (così come indicato nel *Vocabolarius Iurisprudentiae Romanae*). Oltre a quelli analizzati nel testo, si vedano D. 34,2,38,1 (*Scaev. III resp. 'Semproniae Piae hoc amplius coopertoria tavniana et tunicas tres cum palliolis quae elegerit dari volo': quaero an ex universa veste, id est an exsynthesi tunicas singulas et palliola Sempronia eligere possit. Respondit, si essent tunicae singulares cum palliolis relictas, ex his dumtaxat eligi posse: quod si non est, heredem vel tunicas et palliola set ex synthesi praestaturum vel veram aestimationem earum. «Voglio che a Pia Sempronia in più siano dati i miei indumenti della città di Tabia e tre tuniche con mantellette che ella sceglierà»; pongo il quesito, se Sempronia possa scegliere le singole tuniche e le singole mantellette una a una tra l'intero vestiario, cioè tra tutto il guardaroba. <Il giurista> diede il responso che, se fossero state lasciate particolari tuniche con mantellette, ella possa scegliere soltanto tra queste; se invece non ci fossero, l'erede dovrà dare o sei tra tuniche e mantellette dall'intero guardaroba, o il vero valore di esse»). Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, V.2, cit., 120) in cui viene descritto un caso particolare: se fossero state lasciate in legato delle tuniche con mantellette, in assenza dello specifico oggetto della disposizione particolare, l'erede avrebbe dovuto decidere se consegnare il medesimo numero di tuniche di quelle presenti nel guardaroba del defunto oppure il loro rispettivo valore (*vera aestimatio earum*). Compare anche in D. 35,2,61 (*Iav. IV ep. Alienus fundus tibi legatus est: hunc heres cum emere nisi infinito pretio non posset, emit multo pluris, quam quanti erat, qua emptione effectum est, ut legatarii ad legem Falcidiam revocarentur. Quaero, cum, si fundus tanti, quanti re vera, emptus esset, legata non fuerant excessura ius legis Falcidiae, an hoc ipso heres institutus partem revocandi a legatariis ius habeat, quod ex voluntate defuncti pluris emerit fundum, quam quanti erat. Respondit: quod amplius heres quam pretium fundi legatario solvit, id lege Falcidia imputari non potest, quia negligentia eius nocere legatariis non debet, utpote cum is confitendo veram aestimationem praestare poterat. «Ti è stato legato un fondo di un terzo; l'erede, non potendolo comprare se non ad un prezzo a cui non era stato posto un limite, lo comprò per molto più di quanto valeva, e da questo acquisto si produsse l'effetto che i legatari fossero richiamati <all'applicazione> della legge Falcidia. Pongo la questione se, dal momento che i legati non avrebbero ecceduto rispetto al diritto della legge Falcidia nel caso in cui il fondo fosse stato comprato a tanto quanto la cosa veramente valeva, l'erede istituito abbia il diritto di revocare una quota ai legatari proprio perché in base alla volontà del defunto aveva comprato il fondo a più di quanto valeva. Diede il responso che non può essere imputato alla legge Falcidia ciò che l'erede pagò al legatario in più rispetto al prezzo del fondo, perché la sua negligenza non deve nuocere agli <altri> legatari, in quanto poteva, comunicando <al legatario> il vero valore, prestare questo»). Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, V.2, cit., 240 s.). In questo caso Giavoleno sta trattando dell'applicazione della *lex Falcidia*. Modestino, invece, in D. 23,3,62 utilizza il sintagma con**

In particolare, è presente nei seguenti frammenti:

D. 30,44,8 (*Ulp. XXII ad Sab.*)

*Si statuliberum heres legaverit, expedit heredis heredi ipsum statuliberum praestare magis quam aestimationem. Etenim aestimationem veram praestabit: ipsum vero si dederit, existente condicione nullum sentiet damnum: iam enim aestimatio postea non petitur ab eo hominis liberi*⁵⁹⁵.

riferimento alla dote (*Mod. V resp. Titia cum esset minor viginti quinque annis, quartam hereditatis matris suae communem sibi cum fratribus mutavit et accepit pro ea parte fundum quasi emptione inter se facta: hunc fundum cum aliis rebus doti dedit. Quaero, si in integrum restituatur et partem suam accipiat quartam et reddat fundum, quid debeat maritus facere? An contentus esse debeat aliis rebus in dotem datis? Item quaero, si haec decesserit et heredes eius in integrum restitutionem ex persona eius petierint et ipsi petant quartam partem et illi fundum, an maritus cogatur restituere fundum contentus in retentione lucri dotis ceteris rebus? Modestinus respondit nihil proponi, cur marito dos auferenda sit: sed in veram aestimationem praedii mulier vel eius heredes condemnandi sunt in hoc tempus referendam, quo in dotem datus est.* «Tizia, essendo minore di venticinque anni, permuto la quarta parte dell'eredità di sua madre, eredità che aveva in comunione con i fratelli ed accettò per quella parte un fondo, come se tra loro si fosse fatta una vendita; diede <poi> in dote questo fondo con altre cose. Pongo la questione, di che cosa debba fare il marito, nel caso in cui <in ragione dell'età di Tizia> sia reintegrata la precedente situazione e Tizia riceva la sua quarta parte e renda il fondo. Forse che <il marito> dovrebbe accontentarsi delle altre cose date in dote? Allo stesso modo pongo la questione, se, nel caso in cui Tizia sia deceduta ed i suoi eredi, con riferimento alla sua persona <ed alla sua età>, abbiano richiesto in giudizio la reintegrazione della precedente situazione e reclamino la quarta parte, mentre i fratelli di lei <reclamino> il fondo, il marito sia costretto a restituirlo accontentandosi, nel trattenerlo come lucro della dote, di tutte le altre cose. Modestino diede il responso che non è stato esposto nulla per cui al marito si debba sottrarre la dote; ma si devono condannare la donna o i suoi eredi alla vera stima in denaro del fondo da riferirsi a quel momento in cui è stato dato in dote». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, IV, cit., 204 s.). Il caso esaminato riguarda l'eredità di Tizia, persona minore di venticinque anni, che consisteva in una parte di un fondo ottenuta tramite una permuta con la quarta parte dell'eredità della madre. Questo sembrava implicare una forma di compravendita tra i fratelli. Il problema sorgeva nel seguente contesto: se fosse stata ripristinata la situazione precedente e Tizia avesse restituito il fondo per ricevere la quarta parte dell'eredità della madre, quale sarebbe stata l'azione del marito? Questo problema, infatti, coinvolge la dote della moglie. La soluzione proposta da Modestino, sia nel caso di ripristino della situazione precedente, sia nell'ipotesi del decesso della moglie, consisteva nella possibilità di valutare la vera aestimatio, ovvero la valutazione del fondo che il marito aveva ricevuto in dote dalla moglie se questa fosse deceduta o fosse avvenuta la restituzione del fondo in una questione riguardante la reintegrazione delle quote secondo la Lex Falcidia.

⁵⁹⁵ D. 30,44,8 (*Ulp. XXII ad Sab.*) «Se l'erede abbia legato uno statulibero, all'erede dell'erede converrà dare lo statulibero stesso, piuttosto che la <sua> stima in denaro: e infatti, <in questo secondo caso>, presterà la vera stima in denaro <del servo>, se invece avrà dato il servo, quando si avvera la condizione, egli non risentirà di alcun danno, dal momento che non gli si può domandare la stima in denaro di un uomo già libero». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, V.1, cit., 217.

D. 50,16,179 (Ulp. *LI ad Sab.*)

*Inter haec verba "quanti ea res erit" vel "quanti eam rem esse paret" nihil interest: in utraque enim clausula placet veram rei aestimationem fieri*⁵⁹⁶.

Nel primo testo, il giurista racconta del legato di uno *statuliber* disponendo che sarà più conveniente all'erede dell'erede consegnare lo stesso piuttosto che la sua *aestimatio*.

Il frammento che, però, più ci interessa per la sua vocazione generale e per la sua collocazione è D. 50,16,179 in cui Ulpiano afferma che le espressioni 'quanti ea res erit' e 'quanti eam rem esse paret' sono uguali poiché si allude con ad entrambe alla vera stima della *res*.

Pertanto, tornando al problema di cui ci occupiamo, cioè in che cosa consiste la *vera aestimatio litis*, nel testo di Ulpiano conservato in D. 5,1,15,1, è possibile ritenere che si facesse riferimento al *quanti ea res erit* e al *quanti eam rem esse paret*.

Da qui sembra possibile ricavare le seguenti considerazioni: in primo luogo, il giudice, se avesse ritenuto di condannare, avrebbe dovuto farlo in riferimento alla somma indicata nella formula. In questo contesto possiamo calare la fattispecie descritta in D. 5,1,15,1: è responsabile lo *iudex* che non segue questo principio e condanna ad una somma diversa *cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*. Infatti, se diamo per vere le considerazioni sopra esposte e riteniamo che il riferimento *lex* (nella formulazione *in fraudem legis*) si riferisca alla *lex Cornelia*, allora anche in questo caso il giudice avrebbe violato una formalità processuale.

La seconda considerazione, invece, è la seguente: il giudice nel caso descritto da D. 5,1,15,1 sarebbe stato condannato al valore della *res*, se fosse stato considerato colpevole dal giudice incaricato di decidere la questione.

⁵⁹⁶ D. 50,16,179 (Ulpianus libro 51 ad Sabinum) «Non vi è differenza fra le parole 'quanti ea res erit' e le parole 'quanti eam rem esse paret' giacché è stabilito che nell'una e nell'altra clausola si faccia la vera stima della cosa». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, II, cit., 4830.

2.3.2. GAI, 4,52 E LA CONDANNA IN AEQUUM

È noto che le *actiones in bonum et aequum conceptae* sono quelle formule in cui il giudice è autorizzato a determinare l'ammontare della condanna, secondo la sua discrezionalità ed affidandosi ad un generico criterio di equità⁵⁹⁷.

La *condemnatio incerta*, infatti, permette al giudice di determinare l'ammontare della condanna attraverso i criteri di valutazione ivi indicati. Il giudice dovrà quindi procedere alla *aestimatio litis* che, come riferito precedentemente può avere formulazioni diverse: come *quanti ea res est (erit, fuit), tantam pecuniam..... condemnato, (quidquid dare facere oportet) eius... condemnato* oppure ancora *quantum bonum et aequum iudici videbitur... tantam pecuniam condemnato*⁵⁹⁸.

Al di là di queste considerazioni generali, è possibile valutare D. 5,1,15,1 come fonte nella quale vi è imposto al giudice un criterio al quale adeguarsi, cioè la vera stima della lite⁵⁹⁹.

Sul punto molti studiosi hanno ritenuto che, essendo l'azione contro il *iudex qui litem suam fecit in bonum et aequum concepta*⁶⁰⁰, il giudicante non avesse limiti di alcuna sorta e dovesse affidarsi alla sua libera discrezionalità.

Anzi, proprio per tal ragione sembra possibile dedurre che non vi sia alcuna contraddizione tra i due rimedi: il giudice, infatti, lungi dall'essere totalmente libero di poter decidere secondo il suo mero arbitrio, ha dei parametri per la condanna indicati nella formula stessa e la *vera aestimatio litis* può essere proprio un indicatore di tale rispetto alla valutazione sociale ed economica della causa.

⁵⁹⁷ Tra gli altri si veda A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1964, 116; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 204 ss.; M. KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*², cit., 236 ss., in part., 242 ss.

⁵⁹⁸ Così riporta A. BURDESE, *Manuale*, cit., 109 ss.

⁵⁹⁹ Così A. GUARINO, *Actiones in aequum conceptae*, cit., 13.

⁶⁰⁰ Si ricava ciò da Gaio, D. 50,13,6.

3. LA RICOSTRUZIONE DELLA FORMULA

La dottrina ha ipotizzato alcune possibili ricostruzioni di questa formula. Come spesso accade, in mancanza di espressi riferimenti nelle fonti, la ricostruzione non manca di elementi di congetturalità.

Il primo a cimentarsi in questa opera fu Rudorff, il quale era persuaso che il giudice potesse essere ritenuto responsabile sia in presenza di comportamento doloso (D. 5,1,15,1), sia qualora avesse agito con *imprudentia*. Al fine di conciliare queste due ipotesi di *litem suam facere*, il giurista tedesco ipotizzava l'esistenza di due formule: una esperibile nei confronti del giudice che avesse agito con dolo; l'altra, nei confronti del giudice che avesse agito con imprudenza:

- I. *Iudex esto. Si paret N N, cum inter A A et Titium de lite illa iudex esset, dolo malo in fraudem legis sententiam dixisse, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex N N A A c. s. n. p. a.*

- II. *Iudex esto. Si paret N N, litem quae inter A A et Titium de lite illa re fuit, male iudicasse (suam fecisse), quantum de ea re tibi aequum esse videtur N N A A condemnari, tantae pecuniae rel. N N A A c. s. n. p. a.*⁶⁰¹

Le formule così ricostruite ricollegavano la diversa *condemnatio* ad un maggiore o minore coinvolgimento soggettivo: infatti, ove ci fosse stato dolo, il giudice sarebbe stato condannato al *quanti ea res est* (coincidente con la *vera aestimatio litis* di D. 5,1,15,1); se, invece, avesse giudicato male per *imprudentia*, sarebbe stato possibile condannare al *quantum de ea re iudici aequum esse videtur*.

⁶⁰¹ A. F. RUDORFF, *Edicti perpetui*, cit., 92.

L'ipotesi di Rudorff fu rivalutata dal De Martino che, rendendosi conto dei limiti di tale ricostruzione, tentava di trovare dei correttivi⁶⁰².

Lo studioso, in accordo con l'idea che ci fossero azioni diverse in relazione alle differenti condotte del giudice, prendeva in considerazione tre situazioni: le violazioni formali della formula senza alcun rilievo soggettivo; i casi nei quali è possibile esperire un rimedio pretorio al fine di arginare il danno derivante dalla condotta responsabile del giudice; infine, i comportamenti dolosi del *iudex*.

In primo luogo, le violazioni formali erano tutelate con un'azione che prevedeva una condanna del valore della lite. A questa prima condotta riteneva necessaria un'*actio in ius concepta*⁶⁰³.

Il secondo caso preso in considerazione è caratterizzato da quelle condotte per cui «non si può essere certi che la responsabilità si dovesse commisurare al valore della lite, perché non si può dire che esse producano la perdita definitiva di qualsiasi possibilità di far valere il proprio diritto mediante un rimedio pretorio *exceptio o restitutio in integrum*»⁶⁰⁴.

A tali fattispecie, infatti, lo studioso riteneva potessero corrispondere, a seconda delle circostanze, azioni *in ius* o *in factum* e sempre *actiones in bonum et aequum conceptae*⁶⁰⁵.

Il terzo gruppo di fattispecie e di corrispondente formula indicato dal De Martino è quello che fa capo a «comportamenti dolosi del giudice»⁶⁰⁶. Secondo lo studioso

⁶⁰² F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 33 s.

⁶⁰³ F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 35. In particolare, lo studioso lo ritiene possibile alla luce delle considerazioni che aveva svolto in precedenza, in ragione al fatto che gli obblighi procedurali erano solitamente indicati in modo dettagliato da una disposizione legislativa. I sostenitori di tale tesi si riferiscono alla *lex Irnitana* cap. 91: *ex multis*, si vedano A. BURDESE, *Responsabilità*, cit., 157 e F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 260 s. La teoria del De Martino è analizzata anche da Scevola che ne indica con precisione le caratteristiche e la *ratio* ispiratrice. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 509-512 è in disaccordo con lo studioso napoletano: l'A., infatti, ritiene più plausibile che l'azione contro il giudice che viola gli obblighi giudiziari abbia una *intentio in factum*. In particolare, l'A. sostiene questa tesi poiché non c'è alcuna prova di una recezione legislativa della fattispecie pretoria in esame. Pertanto, pare non poter definire *in ius concepta* una tutela che rimase fattuale.

⁶⁰⁴ F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 34.

⁶⁰⁵ F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 35; R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 512-513.

napoletano, al dolo doveva essere accostata la *fraus legis* e la condanna sarebbe quindi stata del valore della cosa⁶⁰⁷.

De Martino conclude il suo contributo ammettendo il valore altamente congetturale delle sue ipotesi poiché «lo stato delle fonti ed i mutamenti delle tendenze di fondo delle varie epoche hanno compiuto devastazioni che non sono riparabili ed in cui lo storico trova limiti non superabili»⁶⁰⁸.

Molto più accreditata in dottrina fu, invece, la tesi del Lenel che sosteneva l'esistenza di una sola formula edittale⁶⁰⁹. L'autore del *Das Edictum perpetuum*, infatti, indica una sola formula di cui specifica la ricostruzione in questi termini: «die Rekonstruktion der Formel ist hinsichtlich der *condemnatio* leicht:

quantum ob eam rem aequum videbitur N N A A condemnari, tantam pecuniam

Ob die *intentio* auf

S.p. N N litem, quam inter A A et Lucium Titium iudicare iussus erat, suam fecisse.

⁶⁰⁶ F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 34.

⁶⁰⁷ R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 513-515.

⁶⁰⁸ F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 35.

⁶⁰⁹ O. LENEL, *EP*³, cit., 168 s. Lo stesso, inoltre, lo aveva già indicato in *EP*², cit., 162, in cui utilizzava toni più duri che furono attenuati a causa delle riserve dell'A. anche in considerazione a lavori pubblicati sul tema *medio tempore*.

Oder wie sonst lautete, muß mangels aller Anhaltspunkte dahingestellt bleiben. Sicher ist wohl *conceptio in factum*»⁶¹⁰.

La teoria del Lenel è parsa subito vincente, in quanto lo studioso ritenne più ragionevole pensare ad un'unica azione. Questa presentava un'*intentio in factum concepta* e una *condemnatio in bonuum et aequum*, esperibile da colui che riteneva essere stato danneggiato dal giudice; tale ricostruzione si mostra più coerente con le fonti rinvenute, rispetto alla dottrina avversa⁶¹¹.

In particolare, il Lenel critica l'ipotesi che ci fossero due formule differenti poiché si sarebbe dato luogo ad un'insanabile incongruenza: nel caso doloso più grave, il giudice sarebbe stato condannato alla *vera aestimatio litis*⁶¹²; per il caso di *imprudencia*, invece, la condanna sarebbe stata assai più pesante⁶¹³. In contrapposizione a Rudorff, lo studioso rilevava che i vari testi sul *litem suam facere* descrivessero un identico comportamento da cui, in sede processuale, si sarebbe ottenuto il *quantum aequum iudici videbitur*⁶¹⁴.

Il rilievo più importante di questa formula riguarda la mancanza di un rinvio allo stato soggettivo del giudice⁶¹⁵ che non interessa a livello edittale. Sarà cura solo del pretore individuare la fattispecie in concreto ascrivibile al *litem suam facere*.

4. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Alla luce delle fonti analizzate, è possibile giungere alle seguenti conclusioni in merito alle conseguenze del giudice responsabile.

⁶¹⁰ O. LENEL, *EP*³, cit., 169.

⁶¹¹ R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 515 s.

⁶¹² Su tali considerazioni, si veda *supra*.

⁶¹³ O. LENEL, *EP*³, cit., 168 s.; F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 243.

⁶¹⁴ In tal senso, si veda W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris*, cit., 198.

⁶¹⁵ O. LENEL, *EP*³, cit., 169; F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 42; così anche R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 518 ss.

Occorre rilevare che, nel periodo precedente all'emersione di una configurazione del *litem suam facere*, era prospettata una responsabilità del giudice per violazione delle formalità processuali, in particolare in caso di assenza ingiustificata in udienza e in caso di suo impedimento nel giudicare.

Resta aperta la problematica circa la sanzione cui incorreva il giudice nel caso avesse violate tali formalità processuali. Le possibili sanzioni di cui abbiamo notizia sono la *mutatio iudicis*, la *manus inectio* e la *multae dictio*.

La prima ipotesi è stata oggetto di approfonditi studi da parte della dottrina e sembra la conseguenza più accreditata (nei casi di incompatibilità, di incapacità, di malattia grave e di morte del giudice). Una volta che il giudice ha conosciuto il merito, è preferibile che sia egli a proseguire la causa onde evitare lungaggini processuali. In caso di suo impedimento non permanente, infatti, è prospettabile un differimento dell'udienza (*diffissio diei*) così da permettere al giudice di riacquistare le forze e proseguire nel processo una volta cessata la difficoltà temporanea.

La sanzione della *manus iniectio (pro iudicato o pura)*, invece, sembra più difficile da prospettare. In mancanza di fonti che accreditano tale tutela non è possibile ammettere che fosse possibile esperire il rimedio. Infatti, per poter parificare il *iudex* al *iudicatus* – necessario collegamento per ammettere una *m.i. pura* – è necessario che un esplicito testo normativo lo preveda.

L'ultima ipotesi presa in esame riguarda la *multae dictio* quale conseguenza delle violazioni formali del giudice. Si ritiene che fosse il magistrato a dover irrogare la sanzione al giudice, la cui discrezionalità sarebbe ricaduta sia sull'*an* che sul *quantum*.

Le teorie avanzate trovano fondamento in autorevoli voci⁶¹⁶, ma presentano un debole supporto nelle fonti, ragion per cui è da considerare che la responsabilità

⁶¹⁶ Si ricordano, *ex multis*, M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, cit., *passim*; F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., *passim*; A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., *passim*; F. ERXLEBEN, *Translatio iudicii*, cit., *passim* e la recensione di M. VARVARO, *A proposito di «traslatio iudicii»*, cit., 218-228.

dell'organo giudicante trovi piena espressione nel periodo delle XII Tavole, dove per il giudice che non ottempera al suo compito vi è una risposta particolarmente severa, per poi attenuarsi e ridefinirsi con il processo formulare, di cui, il processo arcaico sembra, dal punto di vista della responsabilità del *iudex*, un momento di preparazione.

Invece, alla luce dell'analisi condotta sulle fonti in merito all'*actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, sembra ragionevole ritenere esistente questa tutela processuale di origine edittale.

In particolare, è possibile considerare l'azione di natura penale in cui non rileva il criterio di imputazione soggettiva.

Da ciò discende la sua intrasmissibilità passiva, mentre non è da ritenere operante il requisito della nossalità per le considerazioni in precedenza svolte.

È inoltre pacifico che l'azione sia *in factum* al fine di perseguire il comportamento del giudice che fa sua la lite in tutte le sue manifestazioni.

La natura unitaria dell'azione sembra confermare la struttura dell'istituto stesso che non si interessa dell'elemento soggettivo dell'illecito: il giudice, infatti, come dimostrato nei paragrafi precedenti, è responsabile per il danno arrecato alle parti in giudizio, sia nel caso di *imprudentia*, sia nel caso di dolo *in fraudem legis*.

In particolare, una tale natura anfibologica dell'*actio* contro il giudice che fa sua la lite sembra derivare dalla natura dell'istituto quale *obligatio quasi ex delicto*. In particolare, in quanto non delitto e non contratto non presenta un *proprium ius*, ma la natura poco chiara potrebbe aver inciso anche sulla tutela processuale.

CAPITOLO QUINTO

L'EMERSIONE DEL CRITERIO SOGGETTIVO DI IMPUTAZIONE DEL GIUDICE CHE FA SUA LA LITE

SOMMARIO. 1. Il giudice nel periodo tardoantico: da privato cittadino a funzionario pubblico. - 2. La responsabilità del giudice nel periodo postclassico. - 2.1. Una nuova forma di responsabilità disciplinare-penale del giudice. - 2.2. La responsabilità patrimoniale del giudice nel periodo post-classico. - 2.2.1. Il *litem suam facere* nel Codice Teodosiano. - 2.3. Il *litem suam facere* in Giustiniano. - 2.3.1. C. 2,3,29. - 2.3.2. Le *Institutiones*: I. 4,5,pr. e la responsabilità del giudice che fa sua la lite *licet per imprudentiam*. - 2.3.3. Riflessioni conclusive. - 3. La parafrasi di Teofilo e i Basilici: una prima accezione soggettiva. - 3.1. La parafrasi di Teofilo. - 3.2. I Basilici e la Glossa. - 4. Il consolidamento di un malinteso: *litem suam facere* fattispecie colposa. - 4.1. Cuiacio e Donello e il concetto di *culpa-imprudencia*. - 4.2. La teorizzazione dell'imprudenza non scusabile di Pothier: la *culpa* come elemento necessario dei quasi delitti.

1. IL GIUDICE NEL PERIODO TARDOANTICO: DA PRIVATO CITTADINO A FUNZIONARIO PUBBLICO

Lo studio della responsabilità del giudice è costantemente ostacolato dalla necessità di contestualizzare temporalmente la questione. In particolare, in questa fase della trattazione, è necessario considerare il periodo del Principato in cui l'uso delle

formule diminuisce progressivamente⁶¹⁷ e viene gradualmente sostituito dal processo *per cognitiones*⁶¹⁸.

Il cambiamento che coinvolge Roma rappresenta solo uno degli aspetti di un vasto capovolgimento che coinvolge la *civitas*. La crisi, che era latente da decenni, accelera in modo significativo con Ottaviano, che riesce a stabilire il Principato come risposta al difficile periodo che la Repubblica stava attraversando⁶¹⁹. Se è evidente che nel campo del diritto pubblico un movimento innovativo ha condotto al cambiamento istituzionale che alla fine si tradurrà nel Dominato, anche il settore del diritto privato non è rimasto immune da questa trasformazione⁶²⁰. Infatti, già Augusto, con le *leges Iuliae*⁶²¹, inizia a implementare un sistema di riforme che influisce sulla vita privata dei cittadini e si inserisce in un'idea di diritto 'sociale' e 'statuale' che avrà un impatto significativo sul futuro.

Il settore che riveste particolare interesse, e che Augusto riconosce come fondamentale per il suo progetto, è quello processuale.

⁶¹⁷ Abbiamo testimonianza di questioni 'amministrative' che riguardavano contestazioni di provvedimenti emessi dalle autorità nelle quali la *civitas*, nella veste del *magistratus*, si contrapponeva al privato. In tali casi si usciva dall'*ordo iudiciorum*, quindi dal procedimento ordinario e si appellava direttamente il magistrato che aveva emesso l'atto contestato, il quale, su istanza dell'interessato, decideva la questione. In tal caso si parlava di causa *extra ordinem* poiché decisa fuori dall'*ordo*. Ciò era possibile poiché i Romani avevano elaborato la concezione di persona giuridica (R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968, *passim*; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 69 ss.). La *civitas* non era parificata ai privati e, di conseguenza, non era possibile usare gli strumenti di tutela tipici dei privati (es. il processo ordinario), ma appositi strumenti in cui tale differenza fosse visibile (appunto, un processo *extra ordinem*).

⁶¹⁸ Consolidatosi solo con la costituzione di Costanzo e Costante del 342 d.C. e conservata in C. 2,57(58),1. Si vedano V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 147 ss.; R. ORESTANO, *Augusto e la cognitio extra ordinem*, in *Studi economico-giuridici*, 16, 1938, 153-191; ID., *La 'cognitio extra ordinem': una chimera*, in *SDHI*, 46, 1980, 236-247; S. RICCOBONO, *La Fusione del Ius civile e del Ius praetorium in unico ordinamento*, in *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, XVI, n. 4, 1922/23, 503-522.

⁶¹⁹ R. ORESTANO, *ult. op. cit.*, 155 «Gli ultimi due secoli della repubblica, che videro maturare dapprima in forma latente e poi sempre più violenta la crisi costituzionale, sono i secoli della grande evoluzione sociale e spirituale di Roma. Il movimento nel II secolo a. C. è lento e limitato, ma le sue tracce sono già potenti. Come una valanga che accelera la sua corsa e s'ingrossa quanto più avanza, esso si fa sempre più veloce ed esteso nel I sec. a. C.». La medesima visione di Augusto come risolutore di crisi la si può apprezzare anche in S. RICCOBONO, *Roma madre delle leggi*, in *BIDR*, 56-57, 1953, 41 ss.

⁶²⁰ Divisione tra *ius publicum* e *ius privatum*: Cic. *De part. orat.*, 130; D.1.1.1,2 (*Ulp. I inst.*).

⁶²¹ Sulle *leges iuliae* si veda M. TALAMANCA, *Il riordinamento*, cit., *passim*.

La riforma, tuttavia, si traduce in una graduale trasformazione dell'ordinamento, affiancando alle vecchie formule un processo più agile, al fine di incoraggiare i privati a utilizzarlo sempre di più e, al contempo, mantenere il controllo in ambito giudiziario.

Inizialmente, la *lex Iulia iudiciorum privatorum* ha abolito definitivamente le *legis actiones* e ha introdotto, accanto alle formule concesse dal pretore, la *cognitio* basata esclusivamente sull'*imperium* del *Princeps*.

Infatti, il pretore, non essendo in grado di produrre *ius civile*, si limitava a fornire soluzioni dal punto di vista processuale. Di conseguenza, alle parti veniva concessa la possibilità di appellarsi direttamente all'Imperatore, il quale poteva intervenire e produrre *ius civile*⁶²². Questo avvenne inizialmente per alcuni istituti privi di una tutela di diritto civile⁶²³, per poi estendere tale possibilità a tutti i processi privati.

⁶²² Il fatto che il principe fosse ormai unica fonte del diritto ci è testimoniato da Pomponio in D. 1,2,2,12: *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituyente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.* «Così, nella nostra città, o si statuisce con diritto <scritto>, cioè con la legge; oppure c'è il diritto civile <in senso> proprio, il quale, senza lo scritto, consiste nella sola interpretazione dei giuristi; oppure vi sono le azioni di legge, che contengono la forma dell'agire in giudizio; oppure il plebiscito, che è statuito senza il concorso dell'autorità dei senatori patrizi; oppure vi è l'editto dei magistrati, da cui nasce il diritto onorario; oppure il senatoconsulto, che viene introdotto avendolo statuito soltanto il senato, senza una legge; oppure vi è la costituzione del principe, cioè che venga osservato come legge ciò che il principe statui». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 83.

⁶²³ Un esempio fu il fedecommissio. Giustiniano, I. 2,23,1 *Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod, quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.* «Occorre pertanto sapere che nei primi tempi tutti i fedecommissi erano nulli, poiché nessuno contro sua volontà poteva essere obbligato a prestare ciò che era stato pregato di prestare. Perocché taluni non potendo lasciare eredità o legati, e volendo pur farlo, affidavano la prestazione di tale eredità o legato a coloro che potevano acquistare per testamento. E vennero chiamati fedecommissi, inquantoché non erano garantiti da alcun vincolo legale, ma soltanto dalla buona fede della persona cui ne era affidato l'adempimento. Dipoi il divo Augusto per primo,

Il ruolo centrale del Principe si rivelò nel tempo particolarmente gravoso, tanto che è testimoniato come Augusto, anche in cattive condizioni di salute, pronunciasse decisioni continuamente, talvolta persino di notte, essendo su una lettiga o, addirittura, a letto⁶²⁴.

La giurisdizione venne successivamente delegata per alcune tipologie di cause, al fine di alleggerire il carico di lavoro dell'Imperatore. Venivano delegati dei pretori speciali, funzionari pubblici veri e propri⁶²⁵, incaricati, ad esempio, di gestire cause specifiche come quelle tutelari e liberali. Da qui ebbe inizio un processo graduale che condusse alla creazione dei *iudices dati*, i quali assunsero un'importanza sempre maggiore, sia nella città che nelle province. Essi, in quanto funzionari imperiali delegati, detenevano poteri estremamente ampi. L'imperatore mantenne il suo ruolo predominante sia come giudice di prima istanza (nelle cause che poteva gestire con il suo *consilium*), sia soprattutto come giudice d'appello⁶²⁶.

una e più volte, mosso dalle circostanze di certe persone, o perchè pregato per proprio interesse a dare prescrizioni in proposito, o per causa di onsigne perfidia di taluni, si decise di ordinare ai consoli d'interporre la loro autorità. La qual cosa sembrando giusta ed accolta dal popolo, a poco a poco passò in legge di continua osservanza, ed ottenne poi tanto favore che fu creato un apposito pretore che giudicar dovesse i fedecommissi; e fu detto pretore fede-commissario». Avv. Italiani, *Corpus iuris civilis*, I, cit., 117. L'Imperatore descrive il caso in cui un testatore voleva lasciare un'eredità o un legato a persona che non poteva per *ius civile* essere destinatario della disposizione testamentaria, allora lasciava il patrimonio ad altra persona al fine di ritrasferirla al soggetto desiderato. Il reale beneficiario, tuttavia, non aveva alcuna azione per costringere l'onerato a eseguire la prestazione affidata dal testatore. Queste prestazioni erano incoercibili anche per lo *ius honorarium*. I privati si affidavano alla *fides*, da cui deriva il nome *iuris* 'fedecommissi', nella speranza che l'onerato seguisse le ultime volontà del testatore e traferisse il bene o il patrimonio in capo al reale beneficiario. Augusto conferisce a tale figura valore giuridico potendo direttamente intervenire nella questione e affidò la materia ad un pretore specializzato nei fedecommissi. Si veda anche R. ORESTANO, *Augusto e la cognitio*, cit., 166 ss.

⁶²⁴ Così Svet. *August.* 33. Lo storico, nel raccontare le gesta di Augusto, diede anche questi interessanti dettagli in merito al suo ruolo di giudice: infatti, rendeva giustizia con assiduità e addirittura di notte. Qualora si fosse sentito poco bene si faceva portare in tribunale in lettiga per poter assolvere il suo compito. Svetonio prosegue dicendoci che pronunciava sentenze con scrupolo e con indulgenza, facendo l'esempio del modo con cui ha giudicato un uomo accusato di parricidio.

⁶²⁵ Cfr. S. BARBATI, *I iudices ordinarii nell'ordinamento giudiziario tardoantico*, in *Jus*, 1, 2007, 69-71.

⁶²⁶ Sull'appello rimando alla trattazione tuttora insuperata di R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1966, *passim*. L'appello all'Imperatore avveniva solo per le questioni della *civitas* in base al criterio della dimora del convenuto come foro competente, quindi per i giudizi giudicati in primo grado dal *praefectus urbi*. Questa gerarchia giurisdizionale, tuttavia, venne riformata da Costantino che, presumibilmente dal 313 d.C. aveva delegato al *praefectus urbi* la competenza di

Il passaggio dalle formule alle *cognitiones* comportò un inevitabile cambiamento anche del ruolo del giudice nel processo civile.

Le fonti di cognizione a nostra disposizione sul punto sono il *Codex Theodosianus* e il *Codex Iustiniani (repetitae praelectionis)*⁶²⁷ che testimoniano il ruolo dell'organo giudicante e la sua responsabilità dal V secolo d. C.

Nel corso dell'intero periodo postclassico, si assiste ad una trasformazione del sistema giudiziario dettata, soprattutto, da un mutamento procedurale-istituzionale. In particolare, uno dei punti salienti da considerare è che, in un'epoca anteriore alla formulazione della teoria della separazione dei poteri, la giurisdizione era spesso congiunta ad autorità amministrative e militari. Tale potere apparteneva a coloro che ricoprivano ruoli nell'amministrazione imperiale⁶²⁸.

L'assetto giudiziario di tale epoca, risalente al Basso Impero, coincideva con l'organizzazione politico-amministrativa al cui vertice era posto l'Imperatore

Nov. 105,2,4 *Iustinianus Aug. Stratigio comiti sacrarum largitionum.*

[...] *Omnibus enim a nobis dictis imperatoris excipiatur fortuna, cui et ipsas deus leges subiecit, legem animatam eum mittens hominibus [...]*⁶²⁹.

Nella Novella di Giustiniano, indirizzata al *praefectus urbis*, viene stabilita la suprema autorità dell'Imperatore, a cui Dio stesso ha conferito il potere di legiferare rendendo

qualsiasi causa civile e penale. Cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², V, Napoli, 1975, 344 ss.

⁶²⁷ Sull'origine del *Codex* e l'eventuale esistenza di una sua primogenitura nelle *quinquaginta decisiones* si veda R. LAMBERTINI, *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, *IURA*, 57, 2008-2009, 117 ss.

⁶²⁸ Sul punto rimando per una panoramica generale a F. DE MARTINO, *Storia*, V, cit., *passim* e in modo più specifico a S. BARBATI, *I iudices ordinarii nell'ordinamento giudiziario tardoantico*, in *Jus*, 1, 2007, 67-136.

⁶²⁹ Nov. 105,2,4 «[...] Infatti, da tutto ciò che è stato detto da noi, sia esclusa la sorte dell'Imperatore, al quale Dio ha assoggettato le stesse leggi, inviandolo agli uomini come una legge vivente». La traduzione è mia.

tutte le leggi sottoposte al suo potere. Questo risuona quasi come un'eco ai principi di Ulpiano⁶³⁰: la disposizione ribadisce il ruolo dell'Imperatore nel nuovo ordine istituzionale.

Il potere imperiale non solo si pone al vertice, ma ha una forte ingerenza sull'attività giurisdizionale dei vari funzionari attraverso la nomina e la loro costante supervisione.

È poi opportuno svolgere un'analisi circa i termini utilizzati nelle fonti postclassiche.

In particolare, un aspetto da considerare è l'utilizzo del termine *iudex*: esso non identifica più il privato cittadino al quale era affidato il compito di decidere nella fase *apud iudicem* del processo formulare, bensì corrisponde al funzionario imperiale con poteri militari e civili, inclusa la *iurisdictio*. Viene evidenziato uno scambio tra le parole *iudex* e *administrator*⁶³¹:

C. 2,46(47),3,1 *Imp. Iustinianus A. Ioahn m pp.*

Sed ne quis ita effuse intellectum nostrae constitutionis audeat esse trahendum, ut etiam apud compromissarios iudices vel arbitros ex communi sententia electos vel apud eos, qui dantur a iudicibus, qui propriam iurisdictionem non habent, sed tantummodo iudicandi facultatem, putet huiusmodi extendi sanctionem, cum hos generaliter volumus tales causas dirimere, qui vel certae administrationi, cui et iurisdictio adhaeret, praepositi

⁶³⁰ D. 1,3,31 (*Ulp. XIII ad leg. Iul. et Pap.*) *Princeps legibus solutus est: Augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent.* «Il principe è sciolto dal<l'osservanza del>le leggi: ma all'Augusta, sebbene non sia sciolta dal<l'osservanza del>le leggi, tuttavia i principi attribuiscono i medesimi privilegi che essi stessi hanno». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 97; D. 1,4,1 pr. (*Ulp. I inst.*) *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.* «Ciò che al principe parve bene e approvò ha vigore di legge, in quanto che, con la legge regia che è stata approvata sul di lui imperio, il popolo conferisce a lui, e in lui, ogni proprio imperio e potestà». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 98.

⁶³¹ Così per l'età tardoantica c'è questo interscambio come affermato, tra gli altri, da F. GORIA, *La giustizia nell'impero romano d'Oriente. Organizzazione giudiziaria in La giustizia nell'alto medioevo (secoli V - VIII). Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo, 7 - 13 aprile 1994*, Spoleto, 1995, 262.

*sunt vel ab his fuerint dati, et multo magis si a nostra maiestate delegata eis causarum sit audientia. D. III k. Sept. Costantinopoli post consulatum Lampadii et Oreste vv. cc. [a. 531]*⁶³².

In questa costituzione Giustiniano delinea coloro ai quali veniva conferita l'autorità giurisdizionale. Utilizza sia il termine *iudices*, sia quello di *administratores* (nella perifrasi *qui vel certae administrationi, cui et iurisdictio adhaeret*), per indicare un'assimilazione tra coloro che detengono poteri amministrativi e poteri giurisdizionali rispetto ai 'giudici dati', i quali sono investiti unicamente del compito di giudicare, a differenza degli amministratori che avevano anche il potere giurisdizionale⁶³³.

È da notare, quindi, che non esisteva, come nel periodo repubblicano e nel primo Principato, un magistrato o un soggetto che si dedicava in modo esclusivo alla *iurisdictio*. Anche in questo periodo si riscontra l'assenza di una classe professionale di giudici incaricati di *ius dicere*⁶³⁴.

Sembra che questa organizzazione si sia consolidata in epoca giustiniana. A Roma e a Costantinopoli la giurisdizione veniva affidata al *praefectus urbis*⁶³⁵, una carica imperiale tra i ranghi più alti dell'amministrazione dell'Impero. Tuttavia, Giustiniano non esitò a stabilire il valore da attribuire a queste sentenze che, a differenza delle

⁶³² C. 2,46,3,1: «Ma perché taluno non ardisca che lo spirito di questa nostra costituzione debba tanto dilatarsi da credere, che una sanzione cosiffalta si estenda benanche ai compromissarii giudici o arbitri di comune consenso eletti, o a coloro che si danno dai giudici che non hanno una giurisdizione propria, ma soltanto il potere di giudicare: vogliamo che dirimano tali cause in generale coloro soltanto, i quali o furono preposti ad una determinata amministrazione, ed alla quale aggiunta sia la giurisdizione ancora, o da coloro siano stati dati: e molto più se dalla nostra maestà sia stata loro delegata l'udienza delle cause». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus iuris civilis. Codice*, cit., 517 s.

⁶³³ F. GORIA, *La giustizia nell'impero romano d'Oriente*, cit., 261 s.

⁶³⁴ Si veda R. LAMBERTINI, *Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardoantico*, in *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino, 2010, 194; S. PULIATTI, *Officium iudicis*, cit., 57 ss.; F. GORIA, *La giustizia nell'Impero Romano d'Oriente*, cit., *passim*.

⁶³⁵ Introdotto a Costantinopoli nel 359. Si veda F. GORIA, *La giustizia nell'impero romano d'Oriente*, cit., 263 ss. Anche F. DE MARTINO, *Storia*, V, cit., 336,354.

sue, non avevano vincoli e non potevano entrare in contrasto con le disposizioni imperiali:

C. 7,45,13 Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.

Nemo iudex vel arbiter existimet neque consultationes, quas non rite iudicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum praefectorum vel aliorum procerum (non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, cum non exemplis, sed legibus iudicandum est), nec si cognitinales sint amplissimae praefecturae vel alicuius maximi magistratus prolatae sententiae: sed omnes iudices nostros veritatem et legum et iustitiae sequi vestigia sancimus. D. III k. Nov. [a. 529]⁶³⁶.

Questa costituzione del 529, indirizzata al prefetto del pretorio Demostene, stabiliva che nessun giudice o arbitro poteva essere soggetto alla decisione di altri giudici, poiché, in un'apparente pietra miliare per il principio di indipendenza interna della magistratura⁶³⁷, non esisteva alcuna gerarchia tra i giudici, che erano unicamente sottoposti all'autorità dell'Imperatore.

⁶³⁶ C.7,45,13 «Nessun giudice od arbitro si avviserà doversi seguire consulte che crederà non essersi giuridicamente pronunziale, e molto meno le sentenze degli altissimi prefetti o di altri magnati (perché se qualche cosa non bene si decida, dessa estender si deve al difetto di altri giudici ancora, dovendosi giudicare non sopra di esempi, ma secondo le leggi), nemmeno se siano sentenze proferite per cognizioni della somma prefettura, o di qualche altro magistrato massimo, ma ordiniamo, che tutti i nostri giudici si attengano alla verità ed alle orme delle leggi e della giustizia». Trad. a cura di G. VIGNALI, *Corpo del diritto. Codice*, II, cit., 478.

⁶³⁷ Principio consacrato a livello costituzionale: prima di tutto all'art. 101 c. 2 Cost., secondo il quale i giudici sono assoggettati soltanto alla legge e, dunque, sono indipendenti da qualunque altro potere dello stato; art.106 c.1, Cost., che dispone l'assunzione per concorso; art. 107 Cost. in cui viene sancito il principio di inamovibilità dei magistrati senza il loro consenso; art. 107 c.3, Cost., infine, dispone l'assenza di gerarchie interne.

È stato rilevato in diverse fonti, l'aggettivo *ordinarius* accanto al termine *iudex*. Nelle provincie, il governatore era qualificato come *iudex ordinarius* e deteneva funzioni sia civili, che militari e giurisdizionali:

C. Th. 7,8,6 (=C. 12,40,3) *Impp. Arcadius et Honorius AA. Vincentio p(raefecto) p(Raetori)o.*

Cunctos iudices scire volumus a praetoriis ordinariorum iudicum his praesentibus abstinendum. Dat. XVI Kal. Feb. Med(iolani) Stilichone et Aureliano VV CC Cons⁶³⁸.

Nella costituzione di Arcadio ed Onorio, conservata anche da Giustiniano, si richiede ai giudici di astenersi dal proprio incarico qualora vi siano pretori disponibili a svolgere tale specifica funzione. I pretori, in quanto magistrati, avevano il compito di pronunciare giudizi. Si ipotizza, inoltre, che il titolo di *iudex ordinarius* fosse conferito a tutti i funzionari imperiali dotati di giurisdizione, al fine di distinguerli dai giudici delegati, i quali esercitano il loro potere quando incaricati da un *administrator* avente *iurisdictio* (appunto, *iudex ordinarius*).

Sono state avanzate diverse teorie riguardo all'identità dei *iudices ordinarii*.

In primo luogo, Gotofredo riteneva che *iudices* coincidesse con *iudices ordinarii*, considerando i due termini interscambiabili. Secondo questa prima ipotesi, dunque, con tale *nomen* (*iudex* e *iudex ordinarius*) si intendeva il titolo del governatore provinciale di rango non proconsole⁶³⁹.

⁶³⁸ C. Th. 7,8,6: «Vogliamo che tutti i giudici sappiano che, in presenza di costoro, debbono tenersi lontani dai pretori dei giudici ordinari». La traduzione è mia.

⁶³⁹ Addirittura, Gotofredo riteneva *iudex* e *iudex ordinarius* nomi con i quali si identificerebbe il *rector provincie*. Cfr. J. GODEFROY, *Codex throdosianus cum perpetuis commentariis*², Leipzig, 1736-1745, rist. New York, III, 1975, 237. S. BARBATI, *I iudices ordinarii*, cit., 69.

Un'altra teoria, invece, identificava il *iudex ordinarius* con qualsiasi funzionario imperiale dotato di giurisdizione. L'aggettivo *ordinarius* non veniva utilizzato solo per completare un titolo già individuato con *iudex*, ma piuttosto per contrapporre i funzionari-giudici ordinari ai giudici speciali, anche noti come delegati. È infatti documentato frequentemente nella legislazione giustiniana la prassi di affidare le decisioni delle cause a giudici delegati⁶⁴⁰.

⁶⁴⁰ A titolo d'esempio: C. 3,1,13,1 *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. Censemus. Itaque omnes lites super pecuniis quantaecumque quantitatis, sive super condicionibus sive super iure civitatum seu privato fuerint illatae, super possessione vel dominio vel hypotheca seu servitutibus vel pro aliis quibusdam casibus, pro quibus hominibus contra se litigandum est, exceptis tantummodo causis, quae ad ius fiscale pertinent vel quae ad publicas respiciant functiones, non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas: sed omnes iudices, sive in hac alma urbe sive in provinciis maiorem seu minorem peragunt administrationem, sive in magistratibus positi sunt vel ex aula nostra dati vel a nostris proceribus delegati, non esse eis concedendum ulterius lites quam triennii spatio extendere. Hoc etenim iudicialis magis esse potestatis nemo est qui ignoret: nam si ipsi voluerint, nullus tam audax invenitur, qui possit invito iudice litem protelare. D. IIII k. April. Lampadio et Oreste vv. cc. cons. [a. 530]. «Sicché ordiniamo che tutte le liti, che saranno introdotte sopra interessi pecuniari, di qualsiasi somma o sopra condizioni o sopra diritti di città o di privati o sopra possesso o dominio od ipoteca o sopra servita o per altre cause qualunque, per le quali debbono le persone tra loro litigare (eccettuata soltanto le cause, che sono relative a diritti fiscali, ovvero che riguardano pubbliche funzioni) non debbono essere prolungate al di là dei limiti di un triennio dopo contestata la lite: ma che tutt'i giudici, sia che in quest'alma città o nelle provincie abbiano un'amministrazione maggiore o minore, o che costituiti in magistrature o che dati dall'aula nostra o da nostri magnati delegati, non deve loro concedersi di prolungare le liti al di là dello spazio di un triennio. Perocché qualora essi non vorranno, non si rinviene alcuno tanto audace il quale possa prolungare la lite, malgrado del giudice». Trad. a cura di G. VIGNALI, *Corpo del diritto. Codice*, cit., 553 s. In questa disposizione, Giustiniano ci testimonia una sua precisa preoccupazione: le cause devono concludersi nel più breve tempo possibile. In particolare, vi sono tipologie di giudizi, in considerazione alla materia trattata (cause di carattere fiscale, cause in merito a pubbliche funzioni) che devono concludersi entro tre anni. Così i giudici, per riuscire a smaltire le cause e agevolare la risoluzione delle controversie, potevano delegare a nobili la funzione di giudice. Ugualmente, in C. 3,1,16: *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. Apertissimi iuris est licere litigatoribus iudices, antequam lis inchoetur, recusare, cum etiam ex generalibus formis sublimissimae tuae sedis statutum est necessitatem imponi iudice recusato partibus ad eligendos venire arbitros et sub audientia eorum sua iura proponere. Licet enim ex imperiali numine iudex delegatus est, tamen quia sine suspitione omnes lites procedere nobis cordis est, liceat ei, qui suspectum iudicem putat, antequam lis inchoetur, eum recusare, ut ad alium curratur libello recusationis ei porrecto, cum post litem contestatam neque appellare posse ante definitivam sententiam iam statuimus neque recusare posse, ne lites in infinitum extendantur: eodem scilicet exsecutore necessitatem partibus per ordinarium iudicem et omne civile auxilium imponente et arbitros eligere et apud eos venire et sic lite apparente, quasi arbitri fuerint ab imperiali culmine delegati. Quod et, si ab imperiali maiestate iudex delegatus non sit, sed ab alio culmine, obtinere censemus D. x k. Mart. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc. [a. 531]. «È ben conosciuto in diritto, che sia lecito ai litiganti ricusare i giudici delegati, pria che la lite si cominci: mentre anche in forza delle ordinanze generali della sublimissima tua sede fu stabilito che, ricusatosi il giudice, alle parti s'impone l'obbligo di venire alla scelta degli arbitri ed alla loro udienda proporre i propri diritti. Perocché, quantunque un giudice fu delegato per volontà imperiale, nondimeno perché ci**

I sostenitori di quest'ultima teoria si dividono in due indirizzi: uno che contrappone i giudici ordinari a quelli sacri; un altro, invece, che li vede in contrasto con i giudici militari e fiscali. Si ritiene che *ordinarii* fossero solamente i giudici che esercitavano le normali funzioni civili ordinarie, al di fuori dai casi specifici riservati a giudici speciali⁶⁴¹.

Oltre a questo nuovo ruolo del giudice identificato come funzionario imperiale (sia ordinario, sia delegato), è necessario considerare altri due fattori emersi dalle fonti: da un lato, l'insorgere di una responsabilità che molti ritengono penale-disciplinare e la valutazione del ruolo del *litem suam facere* nel periodo postclassico⁶⁴²; dall'altro lato, invece, la nascita del gravame attraverso cui le parti processuali potevano impugnare la decisione, consentendo di rimediare alle violazioni sostanziali nel merito. Tra questi due problemi, è il primo che ci interessa.

è a cuore, che tutte le liti vadano avanti senza sospetto, sia permesso a colui, che crede sospetto un giudice, ricusarlo pria di cominciarci la lite, affinché si corra ad un altro, presentato a lui il libello di ricusa: mentre abbiamo già stabilito, che dopo la lite contestata appellar non si possa prima della sentenza definitiva, né farsi ricusare, onde le liti non vadano all'infinito: lo stesso esecutore cioè imponendo l'obbligo alle parti, per mezzo del giudice ordinario e con ogni mezzo civile, di scegliere gli arbitri e presentarsi ad essi, e così proseguire la lite, come se gli arbitri stati fossero delegati dall'altezza imperiale. Il che ordiniamo che abbia luogo anche se dall'imperiale maestà non fu il giudice delegato, ma da un'altra autorità costituita». Trad. a cura di G. VIGNALI, *Corpo del diritto. Codice*, cit., 564 ss. In questo contesto, addirittura, Giustiniano riconosce il diritto alle parti che sospettano del giudice, delegato dalla divinità imperiale in persona, di rifiutarlo. Ciò è possibile all'inizio del processo poiché, una volta emessa sentenza definitiva, non sarà più possibile rifiutarla. Cfr. anche S. BARBATI, *Giudici delegati e giudici locali nel diritto giustiniano*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia, 2011, 467 ss.

⁶⁴¹ S. BARBATI, *I iudices ordinarii*, cit., 72 ss.

⁶⁴² In tal senso R. LAMBERTINI, *Sulla responsabilità*, cit., 193 ss.; R. SCEVOLA, *In margine al litem suam facere*, cit., 423 ss. Si veda anche S. BARBATI, *Abusi e illeciti dei giudici nel processo tardo-antico*, in *Organizzare Sorvegliare Punire Il controllo dei corpi e delle menti nel diritto della tarda antichità. Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, Roma, 2013, 335 ss.

2. LA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE NEL PERIODO POSTCLASSICO

2.1. UNA NUOVA FORMA DI RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE-PENALE DEL GIUDICE

È opinione diffusa che le fonti postclassiche testimonino l'emergere di una forma di responsabilità del giudice definita disciplinare-penale⁶⁴³.

Questo sviluppo è, probabilmente, legato all'evolversi del processo della *cognitio extra ordinem*, nel quale è prevista la possibilità di impugnare la sentenza al fine di correggerla dei vizi sostanziali. L'appello diventa quindi lo strumento attraverso il quale le parti possono ottenere giustizia, e ciò sembra indebolire la tutela personale delle parti che, in epoca classica, domandavano al giudice che 'avesse fatto sua la lite' il risarcimento del danno⁶⁴⁴.

In questo modo, si affievoliscono le ragioni alla base della richiesta di risarcimento al giudice che, con il proprio comportamento, avesse arrecato danni alla parte processuale⁶⁴⁵.

Nel periodo tardo antico, essendo il giudice un funzionario pubblico, il suo rapporto non è solo con le parti coinvolte nel processo, ma egli risponde direttamente alla fonte del suo potere giurisdizionale: l'Imperatore. Di conseguenza si verifica uno sbilanciamento nella tutela della *civitas*-organizzazione pubblica piuttosto che del

⁶⁴³ «Come è ben noto, nel tardoantico un consistente numero di illeciti è introdotto in connessione con la nuova struttura statale: ad esempio, il primo libro del Codice Teodosiano dedica vari titoli all'ordinamento dei funzionari, sanzionando i comportamenti commissivi ed omissivi, incompatibili con l'ufficio ricoperto. A tal riguardo, si è parlato di un nuovo «diritto penale disciplinare», per cui qualunque atto compiuto dal funzionario può essere considerato reato». L'Autore prosegue affermando l'esistenza di una presunta responsabilità penale obiettiva, ma, per i motivi prima affermati, ritengo non debba essere seguita tale teoria. D. A. CENTOLA, *In tema di responsabilità penale nella legislazione tardoimperiale*, in *SDHI*, 68, 2002, 571. Si veda anche R. SCEVOLA, *Responsabilità*, cit., 540.

⁶⁴⁴ Questo è possibile in ragione che le parti possono lamentare l'*iniuria iudicis* in sede di gravame.

⁶⁴⁵ In tal senso, F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 24; R. LAMBERTINI, *Sulla responsabilità*, cit., 200.

singolo contendente, frustrato dal comportamento del giudice⁶⁴⁶. Da ciò deriva una natura disciplinare di questa responsabilità che assume sempre più connotazioni penali, assimilandosi ad alcuni specifici delitti⁶⁴⁷.

Tracce della scaturigine di questa responsabilità sono conservate nel *Codex Theodosianus*:

C. Th. 2,1,6 *Imppp. Grat(ianus), Valentin(ianus) et Theod(osius) AAA. Neoterio p(raefecto) p(raetori)o.*

Exceptis his, quibus extra ordinem subvenitur, omnes iacturam litis incurrant, qui non ante in proprio foro iurgaverint, siquidem possint venire ad altioris iudicis notionem, cum iudicatum quod displicet appellatione excluserint: ita ut, si quis litigator se vel fastidio vel gratia cognitoris aut non auditum aut dilatatum docuerit et eius litis quae protracta est aestimationem fisco nostro iudex praestet et in primores officii poena deportationis ilico deprometur. Dat. prid. kal. Mai. Mediol(ano) Arcadio A. i et Bautone cons⁶⁴⁸.

In questa costituzione del 385 d.C., non tramandata da Giustiniano, si delineano gli elementi che costituiscono rilevanza penale.

⁶⁴⁶ *Ex multis* M. GIUSTO, *Per una storia*, cit., 468, nt. 36 in cui si afferma che «[...] la responsabilità del giudice per *litem suam facere*, perseguita con un'azione penale privata, è istituto peculiare del processo *per formulas* e rimane nella compilazione giustiniana solo per ossequio alla tradizione. Divenuti funzionari pubblici, i giudici erano chiamati a rispondere per le proprie condotte illecite, ma con procedure di impronta prettamente pubblicistica».

⁶⁴⁷ R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 540; A. CENTOLA, *In tema di responsabilità penale*, cit., 571, R. LAMBERTINI, *Sulla responsabilità*, cit., 201.

⁶⁴⁸ C. Th. 2,1,6 «Ad eccezione di coloro che ricevono assistenza *extra ordinem*, tutti coloro che non abbiano litigato precedentemente nel loro proprio foro, subiranno un danno della lite, poiché possono portare la questione davanti a un giudice superiore, avendo escluso con un appello la sentenza che non li soddisfa: così che se un litigante abbia dimostrato di non aver ricevuto udienza o di aver ricevuto un rinvio per fastidio o favoritismo (nei confronti dell'altra parte) del giudice, quest'ultimo da un lato corrisponda al fisco la stima della lite che è stata posticipata, dall'altro, nei confronti dei principali dell'ufficio sia irrogata senza indugio la pena della deportazione la sua causa non è ascoltata o dilatata per fastidio o favoritismo del giudice, e se il giudice valuta il danno subito a causa del protrarsi della causa, il nostro fisco risarcirà il danneggiato e il giudice sarà immediatamente soggetto alla pena di deportazione». La traduzione è mia.

In particolare, un giudice che avesse compromesso le ragioni di una delle parti processuali, o perché non aveva tenuto udienza, o perché aveva prolungato eccessivamente i tempi di un processo, poteva essere condannato al pagamento del valore della lite (*aestimatio litis*)⁶⁴⁹ al fisco.

Analogamente il giudice veniva punito se si fossero riscontrati segni di complicità con un contendente. A questa pena pecuniaria si affiancava la deportazione del responsabile dell'ufficio.

In tali circostanze, non operava una responsabilità civile del giudice, ma una sanzione penale. Si richiedeva al giudice di mantenere un comportamento appropriato, in linea con una corretta applicazione della legge, a cui egli era sempre tenuto. Infatti, persino dalla lettura del capitolo delle *Institutiones* dedicato all'*officium* del giudice emerge chiaramente che il primo dovere di quest'ultimo fosse rispettare la legge:

I. 4,17 pr.

*Superest ut de officio iudicis dispiciamus. et quidem in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est*⁶⁵⁰.

Giustiniano, nel suo testo destinato ai giovani giuristi, sottolinea l'importanza di rispettare le disposizioni dell'Imperatore, riconosciuto come unica fonte di diritto. Lo stesso concetto è ribadito nel Codice (C. 7,45,13)⁶⁵¹ e in Nov. 69,3,1:

⁶⁴⁹ La mente corre inevitabilmente a D.5,1,15,1. La differenza sostanziale con il *litem suam facere* classico è ravvisabile nella destinazione del risarcimento del danno: Ulpiano, infatti, statuisce che il giudice debba corrispondere la *vera aestimatio litis* alla parte danneggiata; la costituzione, invece, stabilisce che il pagamento di questo valore sia da corrispondere alle casse dell'Impero. Sul punto si veda R. LAMBERTINI, *Sulla responsabilità*, cit., 204.

⁶⁵⁰ I. 4,17 «Ci rimane ora a parlare dell'ufficio del giudice. Il quale soprattutto deve avvertire di giudicare sempre in conformità alle leggi, alle costituzioni e alle consuetudini». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus iuris civilis*, I, cit., 244.

Nov. 69,3,1

Nec latet nos quia forsitan neque hoc sufficere ad perfectissimam causam medelam, cum iudicantes potentioribus magis quam iustiora volentibus et ad provincias venientibus praestent. Sed tamen novimus plurima iniustitiarum curata ab hac legislatione, magis autem, quantum ad nos est, totum erit sanatum. Nam qui non aliter tradimus cingula, nisi prius iusiurandum subierint haec accipientes iuste omnibus iudicare et puras servare manus, non puto post praesentem legem altero quolibet egebimus augmento, si illi quidem iuste iudicent ad legem simul et iusiurandam respicientes⁶⁵².

Nella costituzione giustiniana e nella Novella successiva, l'Imperatore enfatizza che soltanto lui ha il potere di stabilire il diritto, e al di fuori della sua volontà non può sussistere alcuna fonte normativa.

Il particolare, in C. 7,45,13, Giustiniano ammonisce i suoi sudditi che nessun giudice né arbitro può basare le proprie decisioni su considerazioni personali di altri giudici, su precedenti giurisprudenziali o su opinioni di nobili e ufficiali di rilievo, indipendentemente dall'autorevolezza di tali soggetti. I giudici devono sempre perseguire la verità rispettando la legge e la giustizia, quindi, non possono emettere sentenze fondate su precedenti o sui saggi consigli di magistrati importanti.

Questo principio è confermato dalla costituzione successiva, che ribadisce l'obbligo del giudice di osservare le leggi e perseguire la giustizia. La legislazione di imperiale

⁶⁵¹ Si veda p. 278.

⁶⁵² Così S. PULIATTI, *Officium*, cit., 122; R. LAMBERTINI, *Sulla responsabilità*, cit., 205. «Non ci sfugge che forse neppure questo sarà sufficiente per una perfetta medicina della causa, poiché i giudici favoriscono più i potenti che coloro che desiderano la giustizia e quelli che arrivano dalle province. Tuttavia, sappiamo che molte ingiustizie sono state corrette da questa legislazione; inoltre, per quel che ci riguarda, tutto verrà sanato. Infatti, non conferiamo le cariche se non dopo che coloro che le ricevono abbiano prestato giuramento di decidere rettamente per tutti e di conservare le mani pulite. Non credo che, dopo la presente legge, avremo bisogno di ulteriori aggiunte, se essi giudicheranno giustamente, osservando sia la legge che il giuramento». La traduzione è mia.

ha corretto le ingiustizie attraverso il giuramento dei giudici, i quali sono tenuti a decidere in modo imparziale e a conformarsi alle disposizioni legislative.

Tale principio non era estraneo ai predecessori di Giustiniano. Infatti, nel Codice di Teodosio sono conservate almeno due costituzioni che evidenziano la tendenza del potere sovrano a centralizzare e controllare il potere giurisdizionale, che doveva sempre adeguarsi alla legislazione vigente:

C. Th. 9,1,18 *Imp. Arcad(ius) et Honor(ius) AA.*

Ne diversorum criminum rei vel desidia iudicum vel quadam lenitatis ambitione per provincias detenti in carcere crudelius differantur, moneantur omnes iudices productos e custodiis reos disceptationi debitae subdere et quod leges suaserint definire. Dat. III Non. Aug. Const(antino)p(oli) Arcad(io) III et Honor(io) III aa. cons⁶⁵³.

C. Th. 1,2,7 *Imp. Costantinus A. Et Iulianus C. ad Taurum P(Raefectum) P(Raetorio).*

Multabuntur iudices, qui rescripta contempserint aut distulerint. Dat. III Non. Iul. Mediolano Constantio a. VIII et Iuliano Caes. cons⁶⁵⁴.

Nel 396 d.C., Arcadio e Onorio emanavano una norma che esortava tutti i giudici a permettere agli imputati di esporre le loro argomentazioni una volta usciti dalla prigione e a interpretare l'intenzione delle leggi. Fondamentalmente, gli Imperatori stabilivano di evitare la violazione delle leggi e di ricercarne le disposizioni, senza

⁶⁵³ C. Th. 9,1,18: «Affinché gli imputati di vari crimini non siano trattati in modo più crudele a causa della negligenza dei giudici o di una certa ambizione di clemenza nelle province, tutti i giudici siano avvertiti di sottoporre gli imputati, estratti dalle custodie, a un giusto processo e di definire ciò che le leggi prescrivono». La traduzione è mia.

⁶⁵⁴ C. Th. 1,2,7: «I giudici che disprezzano o ritardano nel rispettare i rescritti saranno multati». La traduzione è mia.

prevedere una specifica sanzione per i comportamenti contrari a questa disposizione. Tuttavia, la dottrina⁶⁵⁵ ha interpretato che una possibile sanzione fosse indicata in C. Th. 1,2,7. In questa seconda costituzione di Costantino, l'Imperatore specificava che il divieto di violare le disposizioni si estendeva anche ai rescritti imperiali. La mancata osservanza di questo divieto avrebbe comportato il pagamento di una multa (*multabuntur iudices*).

Questa disposizione, letta in combinato con C.Th. 9,1,18, chiarisce una regola fondamentale: il giudice non doveva violare disposizioni imperiali (*leges* o rescritti) altrimenti sarebbe stato condannato al pagamento di una multa.

Nel periodo tardoantico, inoltre, vi sono testimonianze che indicano i comportamenti del giudice come veri e propri illeciti privati, a cui è correlata una pena. Una costituzione di Valentiniano, Valente e Graziano puniva la mancata applicazione di alcune leggi imperiali, in particolare con riferimento al *sacrilegium*:

C. Th. 11,29,5 *Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus aaa. ad Eupraxium praefectum Urbi.*

Quicumque iudicum vel appellatione interposita vel ipse dubitans relationem in causa vel civili vel criminali sponderit sese missurum, exemplum opinionis edendae refutatoriorumque dandorum, sed et transmittendae relationis intra eum diem servet, qui constantiniana lege decretus est, ita ut simul omnia ad eam de qua refertur causam pertinentia acta transmittat. Quod si qui iudicum posthac non ita observaverit cuncta in relationibus dirigendis, quae iam pridem statuta sunt, eo crimine tenebitur una cum officio, quod ordinem servandorum suggerere neglexerit, quo tenentur, qui

⁶⁵⁵ R. LAMBERTINI, *Sulla responsabilità*, cit., 208 s.

*sacrilegium admiserint. Et cetera. Proposita XVI kal. mart. Gratiano a. III et Equitio conss. [374]*⁶⁵⁶.

Il giudice che non rispettava le indicazioni sullo svolgimento delle cause civili e penali (in particolare, fornire copia del parere da emettere, esaminare le confutazioni, trasmettere alle parti la relazione sulla causa nei termini prescritti, inviare i documenti pertinenti) veniva considerato colpevole di un crimine equiparato al *sacrilegium*.

La violazione delle leggi, inoltre, costituiva una tipica fattispecie che scaturiva in un illecito del giudice, a cui era associata una pena. Già Marciano osservava questa progressione: con riferimento alla *lex Cornelia testamentaria nummaria*, si puniva il giudice che non avesse ottemperato a quanto prescritto nelle costituzioni imperiali:

D. 48,10,1,3 (*Marc. XIV inst.*)

*Sed et si iudex constitutiones principum neglexerit, punitur*⁶⁵⁷.

Il giurista, nei paragrafi precedenti conservati in D. 48,10,1, delinea il campo d'azione della *lex Cornelia*, la quale punisce coloro che rendono false testimonianze o fabbricano false prove con dolo. Inoltre, la stessa disposizione sanziona chi accetta denaro per alterare o ritirare testimonianze, e chi corrompe o cerca di corrompere un

⁶⁵⁶ C. Th. 11,29,5 «Qualsiasi giudice, sia intervenendo con un'istanza di appello, sia avendo dubbi personali sulla relazione in una causa civile o criminale, se promette di inviare il proprio resoconto, deve mantenere l'esempio dell'opinione espressa e fornire le correzioni entro il giorno stabilito dalla legge costantiniana, affinché invii contemporaneamente tutti gli atti pertinenti al caso in questione. Che se in futuro un giudice non osserverà tutto ciò che già si è stabilito in precedenza vada osservato rispetto alle relazioni, insieme con l'ufficio che ha trascurato di suggerirgli il disposto da osservarsi, sarà considerato colpevole per il reato che si imputa a coloro che hanno commesso sacrilegio. E così via». La traduzione è mia.

⁶⁵⁷ D. 48,10,1,3 (*Marc.14 inst.*) «Anche se il giudice trascurò le costituzioni dei principi, viene punito». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus juris civilis*, cit., vol. II, 4549.

giudice. Secondo il testo riportato, anche il giudice che non rispetta le costituzioni dei Principi viene punito con la *lex Cornelia*.

Il testo di Marciano offre un quadro piuttosto generico, indicando che il giudice è sempre punito se non rispetta quanto ordinato dall'Imperatore, applicando la stessa disposizione che sanziona i reati di falso in atti giudiziari. Nelle *Pauli Sententiae*, invece, il giurista fornisce una descrizione più precisa:

P.S. 5,25,4

*Iudex, qui contra sacras principum constitutiones contrave ius publicum, quod apud se recitatum est, pronuntiat, in insulam deportatur*⁶⁵⁸.

Il dettato presente nel testo si riferisce al reato di falso: la volontaria disapplicazione della norma comporta una decisione ingiusta che compromette la causa.

Il *iudex* in questo caso viene addirittura deportato e la punizione risulta tanto severa poiché non può derivare da «una generica inosservanza di norme, dovuta magari ad ignoranza delle medesime o, anche, al fatto di ritenerle erroneamente inconferenti», ma piuttosto viene gravemente punito per violazioni e comportamenti intenzionali «che assumono la forma di un ingiustificato rifiuto da reprimersi, per ciò stesso, con severità»⁶⁵⁹.

Un aspetto interessante di questi casi specifici è il frequente richiamo alla *culpa* e alla *negligentia*. Si richiede, quindi, una certa intenzionalità, affinché la punibilità dell'agente sia correlata a un rimprovero soggettivo.

⁶⁵⁸ P.S. 5,25,4: «Il giudice che pronuncia una sentenza contraria alle sacre costituzioni dei Principi o contraria al diritto pubblico che è stato recitato davanti a lui, viene deportato in un'isola». La traduzione è mia.

⁶⁵⁹ R. LAMBERTINI, *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit*, cit., 4 nt. 5.

2.2. LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL GIUDICE NEL PERIODO POST-CLASSICO

Sul fronte della responsabilità civile, emerge l'interrogativo su quale fosse la disciplina applicata. Accanto a quella che la dottrina è solita chiamare penale-disciplinare, nel periodo tardoantico si osserva anche una responsabilità patrimoniale del giudice nei confronti delle parti processuali danneggiate dal suo comportamento.

Innanzitutto, va precisato che risulta complesso individuare questo tipo di responsabilità in capo al giudice. Le decisioni potevano essere sottoposte a riesame nel merito mediante l'appello, che costituiva il mezzo di impugnazione delle decisioni di primo grado⁶⁶⁰.

I casi di responsabilità patrimoniale del giudice riscontrati in questo periodo non riguardano né l'omissione di emettere la sentenza, né una sua generica inerzia nello svolgere il suo compito, bensì si concentrano sulla non condanna al rimborso delle spese processuali sostenute dalla parte vincitrice della controversia. In particolare, alcune costituzioni di Giustiniano documentano questo dato:

C. 3,1,13,6 *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.*

Sive autem alterutra parte absente sive utraque praesente lis fuerit decisa, omnes iudices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant in expensarum causa victum victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit, non ignorantes, quod, si hoc praetermiserint, ipsi de proprio huiusmodi poenae subiacebunt et reddere eam parti laesae coartabuntur. D. VI k. April. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. [a. 530]⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ Si veda M. VARVARO, *Lineamenti*, cit., 242 ss.

⁶⁶¹ C. 3,1,13,6 «O che poi la lite sia stata decisa nell'assenza di una delle parti ovvero entrambe presenti, tutt'i giudici costituiti sotto al nostro impero, sappiano che il vinto deve essere condannato alle spese a favore del vincitore, per quanto giurerà sulle spese ordinarie della lite: non ignorando, che, se tralasceranno di fare ciò, a tal pena soggiaceranno essi *de proprio*, e saranno tenuti di restituire verso la parte lesa». Trad. a cura di G. VIGNALI, *Corpo del diritto. Codice*, cit., 559.

In questa costituzione, conosciuta come *lex Properandum*⁶⁶² e risalente al 530 d.C., Giustiniano stabilì che il giudice avrebbe dovuto condannare il soccombente al pagamento delle spese processuali in favore della controparte vittoriosa. Nel caso in cui il giudice non avesse ottemperato, avrebbe dovuto egli stesso corrispondere la somma alla parte danneggiata.

Diversamente dalle altre ipotesi penali-disciplinari, il risarcimento del danno pagato dal giudice viene erogato direttamente alla parte processuale lesa dal suo comportamento poichè non ha condannato il soccombente al pagamento delle spese processuali.

Pur senza ricorrere esplicitamente al concetto di *litem suam facere*, alcuni studiosi hanno intravisto gli elementi per configurare la responsabilità civile da tale quasi delitto⁶⁶³: la fattispecie contemplata in questa disposizione, in cui i giudici devono corrispondere alla parte vincitrice le spese processuali se non hanno condannato controparte alla rifusione delle stesse, richiama il medesimo meccanismo di condanna previsto da Gai. 4,52, secondo il quale il giudice commette *litem suam facere* se non rispetta i limiti della *taxatio* e la *condemnatio*. In questo caso, il giudice è ritenuto responsabile se non condanna alla rifusione delle spese a favore della parte vincitrice.

La costituzione appena riportata presenta dei punti di contatto anche con la disposizione conservata in C. 3,1,15:

C. 3,1,15 *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.*

Sancimus omnes iudices sive in hac florentissima civitate sive in provinciis, si quando absens persona citata postea apparuerit, non aliter ei iudicalem

⁶⁶² R. LAMBERTINI, *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit*, cit., 12.

⁶⁶³ R. SCEVOLA, *In margine al litem suam facere*, cit., 474-475.

aditum revelare, sed omnem claudere ei iudiciorum copiam, nisi prius omnia damna restituat ex huiusmodi vitio adversariis eius inflictis sive circa ingressus litis sive circa honoraria advocatorum vel alias causa, quae in iudicio vertuntur: aestimatione iudices quantitate eorum definienda, postquam iuratum ab eo fuerit qui fecit expensas: exsecutoribus negotiorum modis omnibus dispositones eorum adimplentibus: scituris iudicibus nostris et exsecutoribus, quod, si hoc praetermiserint, ex sua substantia huiusmodi detrimentum laesis resarcire compellantur. Quod et in pedaneis iudicibus observari censemus, licet non citati, sed requisiti litigatores mala conscientia afuerint D. x. k. Mai. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. [a. 531]⁶⁶⁴.

Nel 531, Giustiniano emanò una costituzione che prescriveva a tutti i giudici (*omnes iudices*) di risarcire le spese processuali e i danni con le proprie sostanze, qualora non avessero stimato il risarcimento dovuto nel caso in cui la parte contumace, regolarmente citata, avesse deciso ad un certo punto di presentarsi. Il giudice, che non avesse condannato la parte per le questioni trattate fino a quel momento, sarebbe stato responsabile.

Queste due *leges*⁶⁶⁵ sono disposizioni di notevole importanza perché condannano il giudice al risarcimento del danno, anche se non esplicitano il sintagma *litem suam*

⁶⁶⁴ C. 3,1,15 «Ordiniamo che tutti i giudici o in questa fiorentissima città, o nelle province, se talvolta una persona assente citata sia comparsa dappoi, non altrimenti le aprono l'adito giudiziale, ma le chiudano a ogni mezzo di giudizi, se pria non risarcisca tutt'i danni cagionati ai suoi avversari per difetto cotale, tanto sull'ingresso della lite, che sugli onorari degli avvocati o per altri motivi che nascano da giudizio: dovendosene fissare l'ammontare con stima del giudice, poscia che giurato siasi da colui che fece le spese: dovendo in ogni modo gli uscieri esecutori adempiere al disposto da essi. Dovendo sapere i nostri giudici, ed i loro esecutori, che se ciò trascureranno dovranno risarcire coi loro averi i danni di tal natura agli offesi. Il che ordiniamo osservarsi ancora nei giudici pedanei, benché non citati, ma ricercati i litiganti siano stati assenti per mala coscienza». Trad. a cura di G. VIGNALI, *Corpo del diritto. Codice*, cit., 564.

⁶⁶⁵ C. 3,1,13,6 e C. 3,1,15 devono essere coordinate con C. 7,64,10 pr.-1: *Imp. Iustinianus A. Menae pp. Omnem honorem salvum iudicibus reservantes, si quando una pars quasi laesa per definitivam eorum sententiam provocatione usa fuerit, interdicimus alteri parti quae vicit pro hoc tantummodo, quod nihil capere pro sumptibus litis et detrimentis vel minus quam oportuerat iussa est,*

facere. Tuttavia, queste sono state successivamente incorporate in alcune Novelle⁶⁶⁶, dove Giustiniano ha confermato la disciplina: il giudice è responsabile patrimonialmente nei confronti delle parti in caso di violazioni processuali.

provocationem offerre, cum ipsam decisionem litis recte factam esse confiteatur: iudicibus scilicet sive florentissimis proceribus sacri nostri palatii sive his, quibus pro minore litium aestimatione consultationes delegantur, si perspexerint adiuvandam esse victorem sumptuum perceptione, etiam sine provocatione eius hoc statuentibus et iustam eorundem sumptuum quantitatem definientibus. Sed nec occasione consultationis introducendae victori provocare concedimus, cum et priscis legibus liceat ei et sine provocationis auxilio eandem consultationem differente suo adversario introducere et nos ei nihilo minus hoc permittimus, iniuriam ex supervacua provocatione iudicibus fieri prohibentes. D. VIII id. April. Constantinopoli Decio vc. cons. [a. 529]. «Salvo riservando ai giudici ogni onore, se mai una parte come lesa per una loro definitiva sentenza, vorrà usare dell'appello, vietiamo all'altra parte, che vinse, presentare appello per ciò soltanto, perché non fu ordinato prendere qualche cosa per spese di lite, o per danni, o per meno di quello che si doveva ordinare, mentre essa stessa confessa essere stata ben fatta la decisione della lite, cioè avendo deciso i giudici o gli splendidissimi proceri del nostro palazzo imperiale, o coloro cui vengono delegate le consulte per una stima minore delle liti (se si persuaderanno doversi dare al vincitore anche il conseguimento delle spese), che anche senza l'appello di essa si possa ciò disporre e determinare la giusta quantità delle spese medesime. Né permettiamo alla parte vincitrice d'interporre appello in occasione di con- sulla, mentre anche dalle antiche leggi a tal parte è permesso senza il soccorso dell'appello d'introdurre tale consulta, qualora il suo avversario non appelli, e ciò noi prescriviamo onde evitare l'insulto ai giudici con un inutile appello». Trad. a cura di G. VIGNALI, *Corpo del diritto. Codice*, cit., 536-537. Con questa disposizione risalente al 529 d. C., Giustiniano dispone l'inammissibilità dell'appello per colui che ha vinto la causa nel caso in cui lamentasse l'insufficiente ovvero l'omessa condanna alle spese della parte soccombente. La seconda parte della *constitutio*, invece, indica un rimedio (*auxilio*) per la parte insoddisfatta purché sia *sine provocatione*. La norma è in linea con il generale disegno di politica giudiziale attuata da Giustiniano: evitare cause inutili e preservare la risorsa scarsa della giustizia. Cfr. R. LAMBERTINI, *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit*, cit., 12.

⁶⁶⁶ In particolare, in *Nov. 82,7*. L'intera Novella 82 è dedicata ai giudici e ai loro delegati, proprio come indicato in rubrica «*De iudicibus, et ne cum iureiurandum eligantur*». Già nella *praefatio*, infatti, Giustiniano si sofferma sul rapporto tra il giudice e i suoi assistenti, nominati per coadiuvarlo nel difficile compito di rendere il giudizio, arrivando al *Caput VII* in cui «sottolinea la responsabilità sussidiaria del giudice competente in caso di simili violazioni commesse dal delegato». Sul punto chiarissima è L. DI PINTO, *Tempi della giustizia e veritas processuale. Alcune linee di lettura nel mondo giuridico romano*, in *Teoria e storia del diritto privato*, XI, 2018, consultabile *on line* (http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2018/contributi/2018_Contributi_Dipinto_2.pdf): «Nella *praefatio* della Novella 82, Giustiniano interviene a supporto degli organi giurisdizionali disponendo la nomina di *adsessores* come assistenti di giudici ritenuti privi di adeguate competenze e assegnando loro sia il compito di interpretare le questioni giuridiche sia di fare da supplenti. Precisa, quindi, la motivazione per la quale ritiene opportuno investire gli assessori di tali funzioni: non solo la scarsa conoscenza del diritto da parte dei giudici ma anche la considerevole quantità di compiti di cui tali funzionari risultano gravati (ἐπειδήπερ πολλαῖς περιεχόμενοι φροντίσιν). Infine, conclude il suo comando normativo puntualizzando che la particolare cura nell'amministrazione della giustizia, in esso prevista, sarà rivolta anche a coloro i quali staranno portando a conclusione giudizi in maniera agevole e spedita, ma soprattutto senza alcun indugio (εὐκόλα τε εἶναι καὶ ῥάδια καὶ χωρὶς ἀπάσης ἀναβολῆς διαλύεσθαι [...]). Si veda R. LAMBERTINI, *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit*, cit., 12 nt. 37.

L'Imperatore fa riferimento alle violazioni di formalità processuali anche nella costituzione seguente:

C. 4,20,19 *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.*

Si quando invitos testes in pecuniariis causis ex nostra lege aliquis trahere maluerit, si quidem sua sponte fideiussionem suae personae sine damno praestare velint, hoc fieri, sin autem noluerint, non carcerali custodia detrudi, sed sacramento eos committi censemus. Si enim pro toto litis certamine iuriiurando credendum esse testium putaverunt hi qui eos producerunt, multo magis praesentiam suam testibus sacramento eorum credere debent. Sed cum oportet minime testes in huiusmodi casibus protelari et pro alienis commodis suas invenire difficultates, disponimus non amplius testes observare iudicis compelli, postquam fuerint admoniti, nisi tantum quindecim dies, intra quos iudices provideant, quatenus cognitionem suscipiant, in qua testes necessarii visi fuerint, ut omnimodo licentia eis concedatur et alterutra parte cessante et minime eos observare volente, si per exsecutores admoniti venire noluerint, testes accipere et alterutra parte praesente, quae eos introducit, testimonia eorum capere. His autem diebus effluentibus liceat quidem testibus decedere a iudice nullam habente licentiam eos, postquam afuerint, iterum retrahere: ipsum autem iudicem, si per eum steterit, quominus testimonium praestetur, parti laesae omnem iacturam pro huiusmodi causa illatam ex suis facultatibus resarcire. D. XII k. April. Constantinopoli Lampadio et Oresta vv. cc. cons. [a. 530]⁶⁶⁷.

⁶⁶⁷ C. 4,20,19 «Se in cause pecuniarie alcuno voglia piuttosto secondo la nostra legge trarre a far testimonianza persone riluttanti, ove costoro spontaneamente vogliano prestare la fideiussione di loro comparsa senza danno, ciò si farà. Se poi nol vogliano, intendiamo che non sian messi in carcere, ma fatti giurare. Imperocché, se coloro che avran prodotti i testimoni, avran creduto doversi prestar fede al loro giuramento per l'intera contestazione, tanto più creder debbono alla presenza de testimoni sul loro giuramento. Ma, siccome non conviene che in simili casi siero i testimoni trattenuti soverchiamente, e per l'utilità altrui vadano essi soggetti a difficoltà, disponiamo che i testimoni non siano astretti ad assistere i giudici più di quindici giorni dopo la citazione: entro i quali provvedano i

In questo contesto, Giustiniano presenta una situazione diversa: in una causa civile, se una parte avesse presentato la testimonianza di un individuo che non desiderava comparire in giudizio, quest'ultimo avrebbe potuto designare un garante per la sua comparizione e così evitare la custodia in carcere. Il giudice avrebbe dovuto fissare la data dell'udienza per l'escussione dei testimoni entro quindici giorni. Trascorso tale termine, il giudice non avrebbe potuto convocarli nuovamente e, se per negligenza, non avesse interrogato i testimoni entro suddetto nel termine, avrebbe dovuto risarcire la parte danneggiata.

Anche in questo caso si osserva che il giudice è direttamente responsabile nei confronti del litigante leso dalla violazione di una formalità processuale.

Dalla disamina appena esposta emerge che la responsabilità patrimoniale del giudice era conosciuta e applicata anche nel periodo postclassico e giustiniano. Tuttavia, dalle disposizioni esaminate non compare il sintagma *litem suam facere*, sebbene i casi indicati nelle costituzioni richiamino situazioni che nel periodo classico sarebbero state considerate *litem suam facere*.

A mio avviso, le fonti non utilizzano la locuzione di nostro interesse poiché le fattispecie descritte riguardano comportamenti differenti: l'Imperatore non si riferisce né all'assenza del giudice, né a errori formali della procedura. Il risarcimento del danno riguarda principalmente la refusione delle spese. Solo con C. 4,20,19 sembra delinearsi un caso di *litem suam facere*. A mio parere, Giustiniano non si serve della locuzione *litem suam facere* poiché richiama un elemento che l'Imperatore non considerava caratteristico del *litem suam facere*: la negligenza.

giudici fin quando prenderan cognizione della causa in cui siano sembrati necessari i testimoni: onde onninamente è data loro licenza (cessando una delle parti e non volendo assisterli, se non vorran venire benché dall'esecutore citate) a ricevere i testimoni, e, presente una delle parti che gl'introduca, udir le loro deposizioni. Scorso poi il detto termine, sarà lecito ai testimoni di ritirarsi dal giudice, il quale non avrà potere, una volta partiti, di richiamarli. E disponiamo inoltre, che lo stesso giudice, ove da lui sia dipeso che la testimonianza non si prestasse, risarcisca del suo la parte lesa per ogni danno che per tal causa abbia sofferto». Trad. a cura di G. VIGNALI, *Corpo del diritto. Codice*, cit., 809 ss.

È dunque opportuno analizzare i casi in cui compare il sintagma *litem suam facere*.

2.2.1. IL *LITEM SUAM FACERE* NEL CODICE TEODOSIANO

L'espressione *litem suam facere* sopravvive anche nella codificazione teodosiana e giustiniana, testimoniando, accanto ai casi descritti, l'esistenza di un ulteriore rimedio risarcitorio a tutela della parte processuale lesa.

Un primo indizio di responsabilità civile per *litem suam facere*, di memoria classica, si ritrova nel codice di Teodosio. L'imperatore riteneva evidentemente necessario inserire nel suo *Codex* delle *leges* in merito.

In particolare, tre meritano un approfondimento. La prima, attribuita alla Cancelleria di Costantino⁶⁶⁸, è conservata in C. Th. 11,36,2:

C. Th. 11,36,2 *Imp. Constantinus a. ad Volusianum Prefectum Urbi.*

Qui a praeiudicio appellaverit vel ab executoribus rerum antea statutarum atque alterius auditorii praepropere iudicia poposcerit, XXX follium poena multetur, ita ut omnem causam ipse sine dilatione discingas, quippe cum et causam tuam videaris esse facturum, si per coniventiam huiusmodi appellationem admiseris. Si quas sane de omni causa interpositas esse provocationes perspexeris, in earum disceptatione observare debebis, quod iam pridem a nobis est evidentissime constitutum. Proposita V kal. mart. Romae Constantino a. IIII et Licinio IIII cons. [a. 315]⁶⁶⁹.

⁶⁶⁸ La Cancelleria costantiniana è ritenuta riformatrice da M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 519, in cui viene affermato che l'impero di Costantino fu teatro di un nuovo orientamento (*Neuorientierung*) del pensiero giuridico modificando le regole processuali.

⁶⁶⁹ C. Th. 11,36,2: «Chi abbia proposto appello su di una decisione interlocutoria o sugli atti esecutivi di precedenti pronunce e frettolosamente abbia richiesto giudizi a un altro tribunale, sia punito con la multa di trenta folli, così che tu decida la causa senza ritardo, mentre sembrerà che tu abbia fatto tua la

Il testo della disposizione stabilisce che chiunque avesse proposto appello su una decisione pregiudiziale o durante un atto esecutivo su questioni definite e avesse richiesto il giudizio di un altro tribunale in modo frettoloso, sarebbe stato punito con una multa di trenta monete d'oro. In tal caso, il prefetto del pretorio, in qualità di giudice del gravame⁶⁷⁰, avrebbe fatto sua la lite se avesse ammesso un tale appello *per coniventiam*. Se l'appello avesse riguardato l'intera lite, sarebbero state applicate altre disposizioni in materia di impugnazioni⁶⁷¹.

La costituzione viene integrata con una disposizione successiva che giustifica la scelta del legislatore:

C. Th. 11,36,3 *Imp. Constantinus a. ad Aelianum proconsulem Africae.*

Cum antehac lege de appellationibus data statutum sit, ne quis a praeiudicio vel ab executione interponeret provocationem neve huiusmodi appellatio ab his, qui vice nostra iudicant, admittatur, ne in perniciem plurimorum interpositis a praeiudicio appellationibus vel moratoriis quibusdam frustrationibus interiectis litigia protrahantur, tamen nunc poenam addi placuit, ut intellegant universi principalis negotii disceptatione causas suas munire debere et non ab ipsis quodammodo primae interlocutionis exordiis vel ab executionibus provocare, cum et illis, qui impatienter ab articulo appellandum putaverint, post cognitionem totius causae liceat appellare et

lite se per connivenza ammetterai un tale appello. Se noterai che ci sono state interposte provocazioni su qualsiasi causa, dovrai osservare nella loro discussione ciò che da tempo abbiamo stabilito in modo più che evidente». La traduzione è mia.

⁶⁷⁰ F. DE MARTINO, *Storia*, V, cit., 343 ss.

⁶⁷¹ Il riferimento alla disciplina dell'appello, per la dottrina, è da rinvenire in altre disposizioni di Costantino, in particolare, si fa riferimento a C. Th. 11,30,2: l'Imperatore, sentita l'esigenza di regolare l'esperibilità del gravame, aveva decretato l'improcedibilità degli appelli su *preiudicia* e su questioni specifiche decise in primo grado, sempre la conclusione dell'intero processo per poter procedere all'impugnazione. In tal senso U. VINCENTI, *Ante sententiam appellari potest. Contributo allo studio dell'appellabilità delle sentenze interlocutorie nel processo romano*, Padova 1986, 50 ripreso da R. SCEVOLA, *In margine al litem suam facere*, cit., 438.

his, qui sero ab executionibus provocant, facultas appellandi minime fuerit denegata. Si quis igitur tali usus appellatione fuerit in tuo iudicio deprehensus, ipsum quidem XXX follium poena multes, causam autem universam, eius dumtaxat, qui a praeiudicio vel ab executione temere appellaverit, sine ulla dilatione discingas, cum in nostro auditorio dari minime dilationem oporteat, interpositae appellationis tempore sufficiente litigatoribus ad referendam instructionem plenissimam. Proposita VI kal. mai. Karthagine Constantino a. VII et Constantio caes. cons⁶⁷².

In seguito all'emanazione di una costituzione precedente che vietava gli appelli *a praeiudicio vel ab executione* e stabiliva che i giudici non avrebbero dovuto ammetterli, Costantino, rivolgendosi al proconsole d'Africa, prescrisse che coloro che avessero disatteso tale precetto sarebbero stati obbligati a versare al fisco una somma di trenta denari d'oro. Questo provvedimento chiarisce che non era possibile impugnare una decisione non definitiva o durante l'esecuzione. Chiunque avesse intenzione di presentare un appello precipitoso contro decisioni non definitive avrebbe comunque potuto farlo, ma solo al termine dell'intero procedimento. Inoltre, sarebbe stato consentito appellarsi anche a chi avesse agito in ritardo durante

⁶⁷² C. Th. 11,36,3 «Poiché in precedenza è stato stabilito con una legge che nessuno poteva proporre appello per un giudizio preliminare o per l'esecuzione, e che un tale appello non era ammesso per coloro che giudicano al nostro posto, affinché le liti non vengano protratte da molteplici proposte di appello contro giudizi preliminari o inseriti alcuni frustranti ritardi. Tuttavia ora è parso bene infliggere una pena, affinché tutti comprendano che devono difendere le proprie ragioni nella questione principale, e non appellare contro gli atti iniziali di prima interlocuzione, o contro gli atti esecutivi, poiché sia a coloro che impazientemente avranno ritenuto di dover fare appello da una decisione parziale, dopo aver conosciuto l'intera causa, è permesso fare appello, sia a chi tardivamente propone appello contro gli atti esecutivi, non è stata affatto negata la possibilità di appellarsi. Se quindi qualcuno dovesse essere scoperto ad utilizzare un tale appello nel tuo tribunale, lo multi con trenta folli, ma devi decidere immediatamente sull'intera causa di chiunque abbia appellato da un pregiudizio o da un'esecuzione in modo temerario, poiché non è opportuno ritardare nel nostro tribunale, dove durante il tempo dell'appello ai litiganti deve essere data un'adeguata opportunità di presentare una piena istruzione». La traduzione è mia.

l'esecuzione. Il giudice che accoglierà tale appello sarà responsabile di aver fatto sua la lite⁶⁷³.

La disciplina della responsabilità civile del giudice deve essere completata alla luce di C. Th. 11,36,16, risalente al 364, disposizione attribuita a Valentiniano e Valente:

C. Th. 11,36,16. *Impp. Valentinianus et Valens aa. ad Symmachum praefectum Urbi.*

*Interpositas appellationes a praeiudicio vel ab exsecutione damnantes et eum, qui ab istiusmodi titulis provocaverit, et officium, quod non renuntiarit, quinquagenas argenti libras fisco nostro iubemus inferre, litem suam faciente iudice qui recepit. Dat. VIII id. octob. Altino; accepta XVI kal. nov. divo Ioviano et Varroniano conss. [a. 364]*⁶⁷⁴.

Anche in questo caso si vogliono evitare delle impugnazioni pretestuose e dilatorie. Si ribadisce il divieto di appelli *a praeiudicio vel ab executione* e coloro che disobbediranno a tale precetto saranno tenuti a corrispondere al fisco una multa superiore rispetto ai trenta folli previsti in epoca costantiniana: la multa prevista ammonta a cinquecento libbre d'argento. Inoltre, non solo si fa riferimento all'*officium* – cioè all'intero ufficio del giudice – ma si puntualizza che, nel caso in cui venisse accolto tale appello, il giudice, responsabile di aver fatto sua la lite, sarà sottoposto alla stessa sanzione⁶⁷⁵.

⁶⁷³ R. LAMBERTINI, *Sulla responsabilità*, cit., 233 ss. propone un parallelismo tra *etiam* di cui a C. 2,3,29,2, secondo il quale «non può essere considerato pleonastico, considerando che la responsabilità per *litem sua facta* si aggiunge» e la particella *et* presente, invece, in C. Th. 11,36,2.

⁶⁷⁴ C. Th. 11,36,16 «Ordiniamo che contro decisioni interlocutorie o contro atti esecutivi sia colui che abbia proposto appello su tali atti sia l'ufficio che non li ha rifiutati, siano tenuti a corrispondere al fisco cinquecento libbre d'argento, facendo sua la lite il giudice che l'abbia accolto». La traduzione è mia.

⁶⁷⁵ R. LAMBERTINI, *Sulla responsabilità*, cit., 235 ss.

La condotta imputata al giudice in queste *leges* si configura come un'inosservanza degli obblighi processuali. In particolare, si distinguono due comportamenti sanzionati: da un lato, la fattispecie commissiva del giudice *a quo* che trasmette un appello inammissibile al giudice superiore; dall'altro lato, l'omissione del giudice dell'appello nel non dichiarare l'inammissibilità del gravame proposto.

In tali circostanze contemplate dal Codice Teodosiano, il *litem suam facere* (nella forma del *quippe cum et causam tuam videaris esse facturus* in C. Th. 11,36,2 e del *litem suam facere* in C. Th. 11,36,16)⁶⁷⁶ sia associato alla violazione di obblighi procedurali senza considerare l'ingiustizia sostanziale della sentenza che potrebbe essere corretta attraverso l'appello.

Un elemento, su cui vale la pena soffermarsi e che distingue il concetto di *litem suam facere* presente nelle costituzioni appena esaminate dalla sua figura classica di responsabilità, è l'inciso *si coniventia*. Questo termine è stato elaborato dai giuristi postclassici⁶⁷⁷ ed è frequentemente riscontrato nelle costituzioni imperiali⁶⁷⁸, dove è

⁶⁷⁶ Sul punto parte della dottrina ha visto una differente forma di responsabilità: la prima riferita alla pregressa figura formulare, la seconda, invece alla responsabilità del giudice nel periodo postclassico. Per tutti, si veda R. SCEVOLA, *In margine al litem suam facere*, cit., 440.

⁶⁷⁷ Il termine *coniventia* è presente nel Digesto solo in D. 40,1,4,1 (*Ulp., VI disp.*). Nel frammento attribuito ad Ulpiano, si fa riferimento ad un caso dubbio di manomissione dello schiavo. Infatti, il giurista rende noto che un servo non può essere propriamente considerato come se fosse stato acquistato con il proprio denaro, ma se *coniventibus oculis*, allora si può ritenere avvenuto un tale acquisto con denaro proprio del servo. La locuzione *verum coniventibus oculis* allude all'ipotesi in cui gli occhi venissero chiusi per ammettere una tale compravendita. Sembra che il significato da attribuire sia la tacita partecipazione alla affermazione che un servo possa liberarsi acquistando la sua libertà con denaro proprio, nonostante ciò sia impossibile fintanto che permane in servitù. Per una panoramica sulla condizione del servo, rimando, *ex multis*, alle indicazioni istituzionali di V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 48 ss.; 476 ss.

⁶⁷⁸ Il termine *coniventia* compare sia in costituzioni conservate nel Teodosiano, sia in costituzioni conservate nel *Codex* giustiniano. In particolare, nel Teodosiano ricorre con significati parzialmente diversi: come comportamento illecito o fraudolento connotato da intenzionalità (C. Th., 1,11,1; C. Th., 5,15,21; C. Th. 6,30,17; C. Th. 9,45,5); nel senso di mero silenzio volto a favorire un illecito altrui (C. Th. 10,20,10.1) oppure nel medesimo significato presente in C. Th. 11,36,2 in cui per *coniventia* si intende il giudice che compie azioni dilatorie nel processo (in tal senso C. Th. 11,30,8,1; C. Th. 11,30,59 e C. Th. 11,36,10).

descritto come una condotta dolosa caratterizzata dal tacito consenso riguardo a fatti illeciti altrui⁶⁷⁹.

Da ciò emerge la possibilità di due interpretazioni di questa responsabilità: da un lato, si potrebbe considerare lo stato soggettivo di connivenza, rendendo quindi necessario il dolo per integrare la fattispecie del *litem suam facere*; dall'altro lato, si potrebbe ritenere che la fattispecie sia perfezionata dall'ammissione dell'appello da parte del giudice (*a quo* o *ad quem*).

Preferire la seconda ricostruzione significherebbe ampliare la portata di C. Th. 11.36.2: il giudice sarebbe stato responsabile e avrebbe fatto sua la lite ogni volta che avesse violato il divieto di ammettere l'appello in contrasto con la disposizione imperiale⁶⁸⁰. A mio avviso, questa seconda interpretazione è da privilegiare: infatti il giudice farebbe sua la lite ogni qual volta violasse le formalità processuali. Nel caso di specie, tali formalità si riferiscono alle *cognitiones*, il processo privato in vigore nel IV sec. d.C.

Letta in tal modo, la responsabilità del giudice per *litem suam facere* conservata nel Teodosiano è la medesima del periodo classico: il giudice fa sua la lite se viola le formalità processuali. Nel caso di specie, le formalità processuali si riferiscono alle *cognitiones*, processo privato in vigore nel IV sec. d.C.

2.3. IL *LITEM SUAM FACERE* IN GIUSTINIANO

2.3.1. C. 2,3,29

⁶⁷⁹ Questa la definizione che si raggiunge nel periodo giustiniano: il significato di cooperazione silenziosa nell'illecito altrui sembra essere assunto definitivamente nel *Codex*. I casi in cui compare sono C. 2,6,6,1; C. 4,19,22; C. 7,65,6; C. 10,48,8,3; C. 11,8,7; C. 11,32,3,1; C. 11,64,1; C. 11,66,5,pr.; C. 11,67,1).

⁶⁸⁰ R. SCEVOLA, *In margine al litem suam facere*, cit., 454.

La sola costituzione di Giustiniano in cui viene impiegato il sintagma *litem suam facere* per indicare la responsabilità civile del giudice è C. 2,3,29:

C. 2,3,29 *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.*

Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit non usurum fori proscriptione propter cingulum militiae suae vel dignitatis vel etiam sacerdotii praerogativam, licet ante dubitabatur, sive oportet eandem scripturam tenere et eum qui hoc pactus est non debere adversus suam conventionem venire, vel licentiam ei praestari decedere quidem a scriptura, suo autem iure uti: sancimus nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere. Si enim ipso edicto praetoris pacta conventa, quae neque contra leges nec dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt, quare et in hac causa pacta non valent, cum alia regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare? Omnes itaque iudices nostri hoc in litibus observent, et huiusmodi observatio et ad pedaneos iudices et ad compromissarios et arbitros electos perveniat scituros, quod, si neglexerint, etiam litem suam facere intellegantur. D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc. [a. 531]⁶⁸¹.

⁶⁸¹ C. 2,3,29 «Se uno nel formarsi l'istrumento dichiarò, che non si varrebbe della prescrizione di foro competendogli pel cingolo militare o per prerogativa della dignità o del sacerdozio ancora, benché per lo passato si dubitava se una tale scrittura dovesse tenersi ferma; e colui che aveva ciò pattuito, contravvenire non dovesse alla propria convenzione: o dargli facoltà di non stare allo scritto, e di valersi poi del suo diritto: ordiniamo, che a nessuno sia permesso contravvenire ai propri patti, ed ingannare i contraenti. Perocchè, se ancora nello stesso Editto del Pretore debbonsi assolutamente osservare i patti convenuti, sia quali né contro le leggi, né per dolo si fecero: perché poi in questa bisogna non son validi i patti, essendovi un'altra regola dell'antico diritto, che cioè tutti hanno facoltà di rinunciare a quelle cose che furono per essi introdotte? Sicché tutt'i nostri giudici ciò osservino nelle liti: e questa osservanza venga a notizia dei giudici pedanei, e dei compromissari, e degli arbitri eletti; dovendo sapere, che se la trasgrediranno s'intende che facciano anche loro propria la lite». Trad. a cura di G. VIGNALI, *Corpo del diritto. Codice*, cit., 387.

Questa costituzione, indirizzata al prefetto del pretorio Giovanni, invita i giudici e gli arbitri ad attenersi alle direttive imperiali per evitare di incorrere in *litem suam facere*.

Nella fase introduttiva del processo le parti avevano la facoltà di scegliere il foro speciale a loro riservato, con la possibilità di rinunciare a questa prerogativa attraverso una convenzione scritta. Era oggetto di dibattito se fosse lecito disattendere tale accordo e far valere il proprio diritto di avvalersi della *praescriptio fori*.

L'Imperatore chiarisce il valore di tale convenzione, affermando che nessuno può violare i propri patti, se questi non contrastano con leggi o sono stipulati con dolo.

Tale obbligo si estende a tutti i giudici, *ad pedaneos iudices et ad compromissarios et arbitros electos*. Qualora un organo giudicante non rispettasse tali disposizioni, avrebbe fatto sua la lite.

L'Imperatore si riferisce al problema dell'esistenza dei fori speciali, ossia alla c.d. *praescriptio fori*, quindi al diritto di avvalersi di una giurisdizione speciale in base alla propria posizione o al proprio ruolo (ad esempio, *iudices militari*, *iudices sacri*, ecc.). I giudici commetterebbero *litem suam facere*, se non osservassero tali disposizioni nelle controversie e andassero contro la volontà delle parti.

Questa disposizione solleva due problemi: il primo riguarda il ruolo nella sistematica della responsabilità del giudice del *litem suam facere*; il secondo, invece, mette in luce il criterio di imputazione di tale responsabilità del giudice.

La prima questione si risolve grammaticalmente con l'analisi dell'*etiam* nella parte finale della costituzione. In particolare, secondo alcuni studiosi⁶⁸², questa congiunzione sottolinea che la responsabilità per *litem suam facere* si aggiunge a quella disciplinare e non la sostituisce. A sostegno di questa tesi, può invocarsi anche

⁶⁸² R. SCEVOLA, *In margine al litem suam facere*, cit., 464; R. LAMBERTINI, *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit*, cit., 14 secondo i due studiosi, la responsabilità per *litem suam facere* concorreva con la responsabilità pubblicistica, in particolare con quella disciplinare.

la parafrasi di Teofilo (di cui parleremo *infra*, p. 311 ss.), in cui sembra pacifico che il risarcimento del danno derivi dall'illecito comportamento del giudice.

Il secondo problema, riguardante il criterio di imputazione, richiede ulteriori argomentazioni. Alcuni studiosi sostengono l'esistenza di una responsabilità di tipo oggettivo. In particolare, si ritiene che la Cancelleria imperiale, come nelle *Res cottidianae*, non richiedesse esplicitamente «la prova di un ben determinato stato soggettivo»⁶⁸³.

Per quanto riguarda la fattispecie sanzionata dal testo della costituzione, sembra trattarsi dell'inosservanza da parte del giudice della regola in essa stabilita. Questo comportamento potrebbe derivare dalla semplice ignoranza dell'esistenza di tale regola. La fattispecie così descritta è coerente con la ricostruzione del *litem suam facere* del periodo classico: il giudice risponde di *litem suam facere* se si assenta, viola la procedura o commette errori procedurali, incluso il caso di ignoranza. Viene inoltre aggiunta l'ipotesi dell'elusione fraudolenta della legge come specifica circostanza di *litem suam facere* per ingiustizia sostanziale della sentenza.

Tuttavia, l'utilizzo della locuzione *si neglexerint* può sollevare alcuni dubbi. Infatti, si fa riferimento a *neglegentia* quando il soggetto agisce senza l'ordinaria diligenza. È noto che la *diligentia* è il comportamento che si aspetta dal buon padre di famiglia, modello di riferimento da seguire⁶⁸⁴. La *negligentia*, quindi, rappresenta un grado della componente psicologica che anima l'agente e si inserisce tra i comportamenti colposi⁶⁸⁵.

In effetti, nella costituzione in esame, il riferimento al comportamento colposo del giudice sembra adattarsi alla logica del processo cognitorio: il giudice, in questo periodo storico, è funzionario pubblico e ha l'obbligo di conoscere le norme imperiali. Non era richiesto al giudice del processo formulare, in quanto privato

⁶⁸³ R. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., 547, nota 10.

⁶⁸⁴ In tema di *diligentia* si veda G. SANTUCCI, *La colpa nel diritto romano*, cit., 730 ss.

⁶⁸⁵ Così S. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., 473.

cittadino, invece, di conoscere le norme: l'ignoranza inevitabile poteva riguardare anche la legislazione.

In questo contesto, sembra che l'ignoranza (quinti *imprudentia* nella lettura data al lemma) debba essere considerata colpevole. Tuttavia, è da notare che nella costituzione in esame non compare il riferimento ad espressioni come *licet per imprudentiam*: in questo caso si prendono in considerazione i soli casi tipici di *litem suam facere* e non le eccezioni. Non c'è la necessità di ampliare il campo di applicazione di tale responsabilità. Il giudice sarà responsabile nel caso di sua ignoranza colpevole, che rientra anche nello schema classico del *litem suam facere*.

2.3.2. LE INSTITUTIONES: I. 4,5 PR. E LA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE CHE FA SUA LA LITE LICET PER IMPRUDENTIAM

Il riferimento alla locuzione *licet per imprudentiam* emerge anche nelle Istituzioni di Giustiniano.

Come precedentemente menzionato (p. 249 ss.), il testo delle *Res cottidianae* di Gaio concernente il *litem suam facere* è stato inserito anche in I. 4,5 pr.:

I. 4,5 pr.

*Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit*⁶⁸⁶.

⁶⁸⁶ I. 4,5 pr. «Se un giudice abbia 'fatta sua la lite' non è propriamente obbligato per delitto. Ma perché non è neanche obbligato per contratto, e si comprende aver egli certamente peccato in qualche cosa sia pure per ignoranza è obbligato da quasi delitto e sopporterà una pena dell'ammontare che

Il giudice che fa sua la lite non è vincolato né da delitto, né da contratto. Tuttavia, il giudice, comportandosi in modo riprovevole (*utique peccasse*), è tenuto a rispondere *quasi ex delicto* anche nel caso in cui avesse agito con ignoranza (*licet per imprudentiam*). Giustiniano conclude affermando che il giudice sarà condannato a una pena, la cui misura sarà determinata dal giudice al quale verrà chiesto di decidere la questione.

Sul testo la dottrina ha sollevato dubbi riguardo alla natura e alla portata della locuzione⁶⁸⁷. Con il riferimento al *litem suam facere* non si indica nulla di diverso rispetto alle fonti precedenti: il giudice sarà responsabile se commette errori nella procedura processuale ordinaria (*utilque peccasse*). Si è rivelato problematico il riferimento al *licet per imprudentiam*.

È preferibile analizzare l'uso del termine *imprudentia* da parte di Giustiniano, per comprendere la portata del lemma:

I. 4,2,1

*Quia tamen ita competit haec actio, si dolo malo quisque rapuerit: qui aliquo errore inductus, suam rem esse, et imprudens iuris eo animo rapuit quasi domino liceat rem suam etiam per vim auferre possessoribus, absolvi debet [...]*⁶⁸⁸.

parrà alla coscienza del giudice equivalente a tal fatto». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus iuris civilis*, I, cit., 211.

⁶⁸⁷ Si vedano anche i rilievi già affrontati *supra*, p. 250 ss.

⁶⁸⁸ I. 4,2,1 «Ma perché questa azione compete quando almeno avesse rapito dolosamente, deve assolversi colui, che indotto in errore, credendo sua la cosa e ignorando il diritto, la rapì stimando che al proprietario sia lecito togliere ai possessori anche con violenza la cosa propria». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus iuris civilis*, I, cit., 203.

In questo titolo, l'Imperatore, dopo aver narrato l'origine della fattispecie della rapina e dopo averla distinta rispetto al furto, tratta dell'*actio vi bonorum raptorum*. Tuttavia, questa azione potrà essere esperita solo nei confronti di coloro che agiscono con dolo. Infatti, chi per errore (*errore inductus*) o ignoranza senza propria colpa (*imprudens iuris*), ruba qualcosa di proprio, con l'intenzione di recuperarlo anche con la forza, sarà assolto⁶⁸⁹.

Pertanto, anche nelle Istituzioni, Giustiniano non utilizza il termine *imprudentia* nel senso che noi moderni attribuiamo al lemma, ma lo assimila piuttosto all'ignoranza⁶⁹⁰.

⁶⁸⁹ Il lemma viene ripreso anche in I. 3,25,9 in tema di *societas*, in cui la sfumatura attribuita al termine è quella di leggerezza, disattenzione ma anche non conoscenza. Così il testo: *Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpa, id est desidiaae atque negligentiae nomine, quaesitum est: praevaluit tamen, etiam culpaee nomine teneri eum. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, hoc est suae id imprudentiae imputare, debet.* «Si domandò, se un socio sia tenuto per l'azione *pro socio* verso l'altro socio, soltanto quando avesse commesso dolo, come colui che ricevette un deposito, oppure debba anche rispondere della colpa, cioè per trascuratezza e negligenza: prevalse l'opinione che sia tenuto anche per la colpa. La colpa poi non si deve riferire alla mancanza di una esattissima diligenza, perocché basta che il socio usi negli affari sociali quella diligenza, che suole usare negli affari propri. In vero chi si prende un socio poco diligente deve lagnarsi di sé (cioè, imputare a sé stesso il danno)». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus iuris civilis*, I, cit., 182. Il socio, infatti, che sceglie in modo imprudente un altro socio, non può che imputare a sé stesso la scelta, dovendo assumersi la responsabilità di aver dato fiducia a una persona che poi si è rivelata non adatta nel ruolo di socio.

⁶⁹⁰ Dove voleva parlare di *culpa* lo ha fatto chiaramente: così in I. 4,3,7-8 *Imperitia quoque culpaee adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit. 8. Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpaee reus est mulio. sed et si propter infirmitatem retinere eas non potuerit, qui, cum alius firmior retinere potuisset, aequae culpaee tenetur. eadem placuerunt de eo quoque, cum equo veheretur, impetum eius aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.* «L'imperizia pure è ritenuta colpa, come se il medico uccise il servo tuo per averlo male operato, o gli diede un medicamento inutile. È pure reo di colpa il mulattiere che per imperizia non seppe trattenere i muli e per il loro impeto il servo tuo rimase calpestato. E se non li poté trattenere per debolezza, mentre un altro più forte li avrebbe potuti trattenere, è egualmente tenuto a rispondere della colpa. Le stesse cose furono stabilite per colui che andando a cavallo, non poté trattenere l'impeto di questo o per debolezza, o per imperizia». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus iuris civilis*, I, cit., 206. L'Imperatore chiarisce che è considerata colpa l'imperizia e porta come esempi quello del medico e quello del mulattiere.

Si potrebbe argomentare che Giustiniano abbia utilizzato *imprudentia* per ampliare il perimetro del *litem suam facere*. Infatti, anche in caso di ignoranza, il giudice avrebbe dovuto rispondere.

È plausibile che Giustiniano, con il suddetto termine, abbia inteso richiamare un'espressione classica a cui attribuire un significato diverso: il giudice-funzionario non poteva invocare a propria discolpa la sua ignoranza incolpevole (*imprudentia*) in virtù del ruolo che ricopriva. Pertanto, tale espressione potrebbe essere interpretata come una precisazione, un'aggiunta *ad colorandum* che ribadisce la disciplina già conosciuta: il giudice sarebbe stato considerato responsabile in ogni circostanza, indipendentemente dall'elemento soggettivo che animava le sue azioni.

Anche in questo caso, *litem suam facere* è una forma di responsabilità oggettiva del giudice.

2.3.3. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Riguardo al *litem suam facere* nel periodo giustiniano, si sono sollevate voci contrastanti. In particolare, la dottrina ha dibattuto se il *litem suam facere* presente nel *Codex* (precisamente in C. 2,3,29) riflettesse fedelmente la figura classica di *litem suam facere*, oppure se fosse una formulazione distorta, adottata per mero gusto stilistico.

Le costituzioni di Giustiniano vengono prontamente confrontate con il significato di *litem suam facere* presente nelle Istituzioni e, di conseguenza, con il significato attribuito al sintagma da Gaio nei frammenti conservati nel Digesto (D. 44,7,5,4 e D. 50,13,6), al fine di valutare se fosse il medesimo.

Un orientamento sostiene che il *litem suam facere* utilizzato da Giustiniano nel VI secolo non avesse la stessa connotazione dell'*obligatio quasi ex delicto* conosciuta in

epoca classica, attribuendo l'inserimento di questa figura nelle *Institutiones* al gusto classificatorio dell'Imperatore. Inoltre, questa teoria sostiene che anche nel Digesto il significato muti, poiché i passi relativi al *litem suam facere* sono disposti in luoghi differenti. Infatti, è rilevante la collocazione diversa di D. 50,13,6, passo pressoché identico a D. 44,7,5,4 che, però è ubicato nel libro sulle obbligazioni. Il primo frammento del Digesto, invece, inserito nel cinquantesimo libro, è dedicato al diritto pubblico e non ha lo scopo di identificare un caso di responsabilità, ma di specificare la repressione di questo comportamento. La diversa collocazione dei frammenti influisce sulla comprensione del concetto di *litem suam facere*.

Un altro orientamento, invece, è stato espresso da quegli studiosi che hanno fatto leva sull'intenzione pedagogica di Giustiniano di presentare nelle *Institutiones* gli istituti giuridici fondamentali, con l'obiettivo di fornire agli studenti le basi necessarie per comprendere il diritto.

L'intento dell'Imperatore era quello di trasmettere il sapere giuridico, iniziando con nozioni di base e procedendo attraverso lo studio della casistica e l'approccio ai testi usati nei tribunali. Questo specifico scopo pedagogico può essere identificato attraverso la lettura congiunta della costituzione programmatica *Tanta*⁶⁹¹ e delle Istituzioni (I. 1,1,2)⁶⁹².

⁶⁹¹ *Tanta*, 11: *Sed cum prospeximus, quod ad portandam tantae sapientiae molem non sunt idonei homines rudes et qui in primis legum vestibulis stantes intrare ad arcana eorum properant, et aliam mediocrem eruditionem praeparandam esse censuimus, ut sub ea colorati et quasi primitiis omnium imbuti possint ad penetralia eorum intrare et formam legum pulcherrimam non coniventibus oculis accipere. Et ideo Triboniano viro excelso, qui ad totius operis gubernationem relectus est, nec non Theophilo et Dorotheo viris illustribus et facundissimis antecessoribus accersitis mandavimus, quatenus libris, quos veteres composuerunt, qui prima legum argumenta continebant et institutiones vocabuntur, separatim collectis, quidquid ex his utile et aptissimum et undique sit elimatum et rebus, quae in praesenti aevo in usu vertuntur, consentaneum invenitur, hoc et capere studeant et quattuor libris reponere et totius eruditionis prima fundamenta atque elementa ponere, quibus iuvenes suffulti possint graviora et perfectiora legum scita sustentare. Admonuimus autem eos, ut memores etiam nostrarum fiant constitutionum, quas pro emendatione iuris promulgavimus, et in confectione institutionum etiam eadem emendatione ponere non morentur: ut sit manifestum et quid antea vacillabat et quid postea in stabilitatem redactum est. Quod opus ab his perfectum ut nobis oblatum et relectum est, et prono suscepimus animo et nostris sensibus non indignum esse iudicavimus et praedictos libros constitutionum vicem habere iussimus: quod in oratione nostra, quam eisdem libris praeposuimus, apertius declaratur.* «Ma poiché abbiamo previsto che non siano capaci di sostenere

Il gusto compilatorio caratteristico di Giustiniano non è fine a sé stesso, ma ha un obiettivo educativo.

Per concludere, la responsabilità del *iudex qui litem suam fecit* non può che essere considerata di natura oggettiva, in linea con la tradizione classica. A questa si aggiunge una forma di responsabilità disciplinare di stampo pubblicistico, in relazione alla posizione assunta dal giudice-funzionario nel periodo imperiale.

una così grande mole di dottrina delle persone inesperte, e tali che, stando appena sulla soglia del diritto, si apprestano a penetrare nei suoi misteri, abbiamo ritenuto opportuno predisporre anche un altro piccolo testo emendato, affinché, sotto la guida di questo, esse possano accedere ai penetrali del diritto già colorite ed imbevute, per così dire, dei primi elementi del diritto, e possano percepirne le bellissime forme con occhi non abbagliati. Pertanto, abbiamo fatto chiamare TRIBONIANO, uomo eccelso, che è stato scelto per la direzione di tutta l'opera, inoltre TEOFILO e DOROTEO, uomini illustri ed eloquentissimi professori di diritto, e li abbiamo incaricati, una volta raccolte in particolare le opere composte dagli antichi < giuristi > che contenevano i primi elementi del diritto e portavano il nome di Istituzioni, di adoperarsi per ricavare da esse tutto ciò che vi si trovi di utile, particolarmente appropriato, perfettamente elaborato ed adeguato all'uso del nostro tempo, distribuirlo in quattro libri e porlo come fondamenti ed elementi primi di tutto il percorso formativo, in modo che con il suo sostegno i giovani possano reggere <il peso dello studio> dei testi più gravosi e più completi dell'insieme delle statuizioni giuridiche. Abbiamo poi ricordato ai commissari di non dimenticare le nostre costituzioni, emanate per apportare correzioni al diritto, e di non esitare a proporre quest'ultimo, nella redazione delle Istituzioni, anche con le stesse correzioni, in modo che sia chiaro tanto quello che in precedenza era malfermo, quanto quello che in seguito è stato disposto di modo che fosse stabile. Quando quest'opera, portata a compimento da costoro, ci è stata presentata e letta, l'abbiamo accolta con animo favorevole e l'abbiamo giudicata non inadeguata rispetto al nostro pensiero, e abbiamo ordinato che i libri sopra menzionati tenessero luogo di costituzioni imperiali, come è dichiarato più esplicitamente nel nostro discorso premesso a quei medesimi libri». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 46.

⁶⁹² I. 1,1,2 *His generaliter cognitis et incipientibus nobis exponere iura populi Romani ita maxime videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simpliciter, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur. alioquin si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus, duorum alterum aut desertorem studiorum efficiemus aut cum magno labore eius, saepe etiam cum diffidentia, quae plerumque iuvenes avertit, serius ad id perducemus ad quod leniore via ductus sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perducere potuisset.* «Conosciute queste cose generali, e incominciando noi ad esporre le leggi del popolo romano, ci pare di poterle spiegare più facilmente esponendole prima in modo facile e semplice, poscia con diligentissima ed esattissima interpretazione di ciascuna. Altrimenti se onerassimo subito a principio la mente ancora rozza e debole dello studioso, colla moltitudine e varietà delle materie, s'avrebbe una delle due cose, o lo faremmo disertare dagli studi, o con gran fatica e spesso anche con diffidenza (il che il più delle volte distoglie i giovani) assai più tardi lo guideremmo a quanto, per più facile via condotto, senza grave fatica, e senza alcuna diffidenza, potrebbe essere guidato». Trad. a cura di Avv. Italiani, *Corpus iuris civilis*, I, cit., 11.

3. LA PARAFRASI DI TEOFILLO E I BASILICI: UNA PRIMA ACCEZIONE SOGGETTIVA

3.1. LA PARAFRASI DI TEOFILLO

L'opera titanica di Giustiniano, secondo le fonti⁶⁹³, fu il risultato dell'incessante lavoro di varie commissioni da lui nominate per redigere il *Corpus Juris*. Questa commissione, composta da esperti tecnici del diritto noti come *antecessores*, comprendeva eminenti professori di diritto dell'epoca, nonché avvocati del foro imperiale, tra cui spiccavano Teofilo, Doroteo, Anatolio, Cratino, Teodoro, Isidoro, Taleleo e Salamino⁶⁹⁴.

Una volta completata l'incarico, questi esperti si dedicarono alla redazione di parafrasi⁶⁹⁵ del materiale giuridico. Tra queste, va ricordata la Parafrasi greca delle *Institutiones* redatta da Teofilo di Costantinopoli⁶⁹⁶.

⁶⁹³ Le costituzioni imperiali di cui abbiamo conoscenza, che sono la prova di questo incessante lavoro da parte delle commissioni incaricate dall'Imperatore per redigere il *Corpus Juris*, sono: a) *Haec quae necessario*, risalente al 528 d.C. con cui Giustiniano invitava una commissione di dieci membri a redigere un *Codex*; b) *Summa rei publicae*, attraverso la quale venne data pubblicazione al *Codex*; c) *Deo auctore*, invece, era stata necessaria per incaricare Triboniano di creare una commissione per la redazione del Digesto; d) *Tanta*, costituzione emessa nel 533 d. C., dava i natali al Digesto; e) *Constitutio omnem*, fu la disposizione con cui riformò l'insegnamento giuridico; f) con *Imperatoriam* furono pubblicate le *Institutiones Iustinianii*, risalente al 533 d. C.; g) infine, la costituzione *Cordi* pubblicò il nuovo *Codex* denominato *Iustiniani repetitae praelectionis*, nel 534 d. C. Si veda G. GROSSO, *Storia*, cit., 489 ss.

⁶⁹⁴ A titolo d'esempio, il Talamanca ne ricorda alcuni: «Commentari al Digesto furono appunto redatti, durante il VI secolo, da Teofilo, Doroteo, Isidoro, Cirillo, Stefano. Il più libero era l'indice di Teofilo, rimasto interrotto: esso si arrestava, a quanto sembra, al libro XIX [...]. L'incompletezza appare dovuta alla morte dell'autore nel corso del 534, considerando che egli non fece parte della commissione incaricata della compilazione del *Codex repetitae praelectionis*. Il commentario esteso era quello di Stefano [...] che fu in seguito indicato semplicemente come *tò plátos*, il grosso libro. Nel secolo successivo operarono altri scrittori, i cui nomi andarono rapidamente perduti, per cui furono designati come Anonimi. Così ad un giurista personalizzato poi come Anonimo è dovuta un'ampia parafrasi del Digesto, in cui all'epitome di tutti i frammenti si accompagnano brani dei singoli autori ricordati e personali notazioni». AA. VV., *Lineamenti*, cit., 694.

⁶⁹⁵ *Tanta*, 21: *Hoc autem quod et ab initio nobis visum est, cum hoc opus fieri deo adnuente mandabamus, tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire, ut nemo neque eorum, qui in praesenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint audeat commentarios isdem legibus adnectere: nisi tantum si velit eas in Graecam vocem transformare sub eodem ordine eaque consequentia, sub qua voces Romanae positae sunt (hoc quod Graeci κατὰ πόδα dicunt), et si qui forsitan per titulorum subtilitatem adnotare maluerint et ea quae παράπλα nuncupantur componere. Alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus, ne verbositas eorum aliquid legibus nostris adferat ex confusione dedecus. Quod et in antiquis edicti perpetui commentatoribus*

factum est, qui opus moderate confectum huc atque illuc in diversas sententias producentes in infinitum detraxerunt, ut paene omnem Romanam sanctionem esse confusam. Quos si passi non sumus, quemadmodum posteritatis admittatur vana discordia? Si quid autem tale facere ausi fuerint, ipsi quidem falsitatis rei constituentur, volumina autem eorum omnimodo corrumpentur. Si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari. «Ci pare opportuno, poi, stabilire anche in questo momento quello che ci era sembrato bene fin dall'inizio, quando, con l'assenso divino, davamo l'incarico per la realizzazione di quest'opera, cioè che nessuno, né di coloro che al momento sono esperti di diritto né di quelli che lo saranno in seguito, ardisca annettere dei commentari a questi testi produttivi di diritto, a meno che voglia soltanto tradurli in lingua greca, mantenendo lo stesso ordine e la stessa successione in cui anche le parole latine sono collocate (ciò che i Greci chiamano κατὰ πόδα <cioè seguendo le orme>), e che qualcuno eventualmente desideri apporre delle note sommarizzando i titoli e compilare i cosiddetti παράτιτλα <cioè aggiunte di sommari di passi a integrazione dei titoli>. Non consentiamo loro di emettere altre interpretazioni, o piuttosto stravolgimenti, dei testi che producono diritto, per evitare che la loro eccessiva verbosità tolga in qualche misura rispettabilità ai nostri testi di diritto a causa della confusione. Ciò è avvenuto anche nel caso degli antichi commentatori dell'editto perpetuo, i quali, tirando di qua e di là per sostenere diversi pareri un'opera realizzata con misura, la hanno trascinata nell'indeterminatezza, in modo che quasi tutto ciò che Roma ha sancito è risultato confuso. Se non abbiamo tollerato costoro, come potrebbero ammettersi i dissensi inconcludenti dei posteri? Se dunque taluni oseranno operare in tal modo, essi siano assoggettati ad imputazione di falso, ed i loro libri poi siano in ogni caso distrutti. Se, d'altro canto, come si è detto, qualcosa apparisse ambiguo, i giudici ne riferiscano all'altezza imperiale e ciò venga chiarito ad opera dell'autorità dell'Imperatore, alla quale sola è stato attribuito il potere di emanare leggi e di interpretarle». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, I, cit., 50-51. Giustiniano permetteva le traduzioni della sua opera, ma non di apporre dei commenti e di interpretare diversamente il testo che produce diritto. In tema di traduzione, si vedano i seguenti contributi di Sandro Schipani: S. SCHIPANI, *Premessa*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Digesta*, I, cit., VII ss.; ID., *Primo rapporto sulla attività della ricerca: 'Il latino del diritto e la sua traduzione. Traduzione in italiano dei Digesta di Giustiniano'*, in *SDHI*, 60, 1994, 553 ss.; ID., *Rileggere i Digesta. La traduzione, uno strumento per la didattica?*, in *Index*, 36, 2008, 21 ss.; ID., *Rileggere i Digesti: presentazione della traduzione della Parte terza dei Digesti di Giustiniano*, in M. MIGLIETTA-G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale. Atti del 'Seminario internazionale di diritto romano' e della 'Presentazione' del terzo volume dei 'Iustiniani Digesta seu Pandectae'. Testo e traduzione. Trento 2007*, Trento, 2011, 241 ss.; ID., *Tradurre i Digesti. Una riflessione sulla 'pulizia terminologico-concettuale' a proposito della traduzione di lex, alla ricerca del diritto*, in *Roma e America*, 35, 2014, 183 ss. Per una recente riflessione in tema di traduzione si vedano: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'arte della traduzione e il Corpus iuris civilis*, in *Roma e America*, 42, 2021, 153 ss.; A. DI PORTO, *Traduzione del Digesto e metodo della didattica del diritto romano nell'Università del 'saper fare'*, in *Roma e America*, 42, 2021, 165 ss.; F. VALLOCCHIA, *Tradurre i Digesti. Concetti e parole del sistema giuridico*, in *Roma e America*, 42, 2021, 211 ss.; M. ROSSETTI, *Traduciamolo, il Digesto: esso ci serve oggi più che mai*, in *Roma e America*, 42, 2021, 229 ss.; S. SCHIPANI, *Dal latino del diritto romano a un diritto, due lingue; un diritto, molte lingue*, in *Roma e America*, 42, 2021, 235 ss.

⁶⁹⁶ Anche in questo caso il Talamanca non poteva essere più chiaro: «Uno dei commissari incaricati della redazione delle *Institutiones*, ne fece subito dopo cioè il professore costantinopolitano Teofilo, un'ampia Parafrasi in lingua greca. L'attribuzione a Teofilo, già negata dal Ferrini, che dell'opera è stato editore e studioso profondo, appare ormai indiscussa e conferma in modo palmare che al divieto giustiniano d'interpretare la compilazione va dato altro significato. La Parafrasi triplica l'originale con larghe spiegazioni e abbondanti esemplificazioni e, se ne rispetta l'ordine espositivo e le partizioni, si presenta quanto al contenuto poco fedele. L'autore appare aver tenuto presente insegnamento con direttamente il Gaio delle Istituzioni o, forse meglio, delle *Res Cottidianae*: evidentemente a Gaio si era appoggiato per il suo insegnamento anteriore alle *Institutiones* e il relativo

La necessità del professore di Costantinopoli era quella di poter fornire ai propri studenti un testo in lingua greca.

Le Istituzioni costituivano il testo attraverso il quale Giustiniano impartiva le nozioni fondamentali del diritto ai giovani che si avvicinavano a questa disciplina. Il *Corpus Iuris* fu redatto in latino, creando una sfida aggiuntiva data la differenza tra il latino ufficiale e la lingua parlata comunemente dai cittadini⁶⁹⁷.

Oltre alle difficoltà linguistiche, si presentava anche il problema della discrepanza tra il contenuto delle parafrasi e quello delle *Institutiones*. In particolare, la Parafrasi di I. 4,5 pr. ha compromesso la corretta interpretazione della fattispecie ivi contenuta.

Per agevolare il confronto, riporto in sinossi il testo originale e la parafrasi greca del medesimo passo:

I.4.5.pr.

Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur,

Par. Teoph. 4.5.pr.

αλλ'οὔτε δέλικτον τοῦτο· ἔσθ'ὄτε γὰρ ἐξ ἀπειρίας τοῦ δικάζειν, οὐ κακῆ διανοίᾳ, τοῦτο ἔπραξεν. ὅθεν ἐπειδὴ ἡμαρτέ τι ὀ δικαστῆς ὡς ἀπό τοῦ quasi delictu κατέχεται καὶ εἰς τοσοῦτον καταδικάζεται εἰς ὅσον ἂν δοκιμάσῃ ὁ δικάζων αὐτῷ καὶ τῷ ἀδικηθέντι χρῆναι αὐτὸν ποινῆς λόγῳ

materiale è stato in buona misura riutilizzato. Ciò permette a noi moderni di guardare alla Parafrasi quale sussidio per la ricostruzione del diritto romano classico, ma il maggior interesse dell'opera sta nel suo valore didattico e scientifico, che da un lato ribadisce l'alto livello raggiunto dalla scuola giustiniana, dall'altro spiega la sua fortuna presso i bizantini, che vi ravviseranno il loro manuale istituzionale». AA. VV., *Lineamenti*, cit., 694.

⁶⁹⁷ Fu proprio questa la fortuna del testo della Parafrasi che «Conservato come scritto autonomo, esso si è salvato attraverso i secoli arrivandoci pressoché integralmente: unico caso, tra gli scritti dei maestri di età giustiniana, insieme a quella di Giuliano». AA. VV. TALAMANCA, *Lineamenti*, cit., 694-695. Sul tema si veda anche G. FALCONE, *Sull'inquadramento sistematico delle obbligazioni nella Parafrasi di Teofilo (e nelle Istituzioni giustiniane)* in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, II, Roma, 2012, 503-521.

poenam sustinebit.

καταβάλλειν· τῷ γὰρ βλαβέντι ἢ *in factum*
ἀρμόζει.

Nella Parafrasi all'inizio del libro quarto, come nelle *Institutiones*, si affronta il tema delle obbligazioni, e in particolare nel quinto titolo si tratta delle *obligationes quasi ex maleficio nascuntur*. Anche nell'opera di Teofilo, la prima fattispecie di *obligatio quasi ex delicto* citata è il *iudex qui litem suam fecit*.

Tuttavia, vi è una sostanziale differenza: la Parafrasi utilizza il termine greco ἀπειρία che, generalmente, è sinonimo e traduzione di *imperitia*⁶⁹⁸.

Per rendere il concetto di *imprudentia* in greco, potrebbe essere opportuno utilizzare un termine più adatto al significato di ignoranza, come ἀγνοία, che indica 'non conoscenza' o 'ignoranza'. Questa scelta linguistica modifica il significato della fattispecie, indicando che il giudice sarà considerato responsabile anche se commette errori per colpa. La scelta di utilizzare ἀπειρία (*imperitia*) anziché *imprudentia* influenza anche il significato del termine originale, indicando una vera e propria colpa. La dottrina si è interrogata sul punto, giungendo a questa stessa conclusione⁶⁹⁹.

Pertanto, sembra possibile affermare che una prima connotazione soggettiva del comportamento del giudice emerga solo nella parafrasi di Teofilo.

3.2. I BASILICI E LA GLOSSA.

La medesima concezione soggettiva della responsabilità del giudice è riscontrabile anche nelle successive elaborazioni giuridiche. Al fine di valutare la plausibilità di

⁶⁹⁸ R. AMBROSINO, *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti*, 1942, 123, voci *imperitia* e *imperitus*.

⁶⁹⁹ F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 239; A. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., 389.

tale ipotesi, ho esaminato il significato attribuito al termine *imprudentia* nei Basilici⁷⁰⁰ e nella Glossa. È essenziale considerare l'elaborazione giuridica successiva che ha condotto i giuristi del IX secolo, incluso Accursio, a riflettere sul significato dell'inciso *licet per imprudentiam* nei riferiti luoghi del Digesto rispetto al proprio periodo storico. In particolare, nell'analizzare il passo dei Basilici corrispondente a D. 44,7,5,4 (Bas. 52,1,4), si può notare quanto segue:

Bas. 52,1,4 (Sch. ad Bas. A VI 2420; Heim. V 105)

Ὁ δικαστής, εἰ καὶ κατὰ ἀπειρίαν κρίσιν ἰδίαν ποιῶν, ὡσανεὶ ἀπὸ ἁμαρτήματος ἐνέχεται⁷⁰¹.

Lo scoliasta del IX secolo adopera lo stesso termine impiegato da Teofilo: ἀπειρία. Questa parola è un termine tecnico che denota il concetto di *imperitia*⁷⁰². Derivante dal greco, dall'antica radice πειράω, che significa 'essere esperti', essa evidenzia una sottintesa sfumatura di colpa: essere imperiti implica non adoperare la diligenza richiesta per il compito assegnato. Nel testo originale di D. 44,7,5,4, non era presente un termine del genere: *imprudentia*, infatti, non può essere considerata sinonimo di *imperitia* e non possiede lo stesso significato.

Lo stesso termine greco ἀπειρία è utilizzato anche in *Bas.* 20,1,9, che corrisponde a D. 19,2,9,5 (*Ulp. XXXII ad ed.*):

Bas., 20,1,9 (Sch. A III, 984; Heim. II 336)

⁷⁰⁰ F. GORIA, *I «Basilici» e l'edizione di K. – H. – E. Heimbach*, in *Collana della rivista di diritto romano. testi. Basilicorum libri LX*, I, Milano, 2002, 7-11.

⁷⁰¹ «Il giudice, anche se pronuncia con inesperienza, sembra essere tenuto come per un delitto». La traduzione è mia.

⁷⁰² Si può dire perché il termine ἀπειρία viene utilizzato, ad esempio, in *Bas.*, 60,3,8 (Sch., VIII, 2751; Heimbach, V, 270) corrispondente a D. 9,2,8: Ὁ ἰατρὸς ἀπείρως τεμῶν δοῦλον, ἢ τῆ μισθώσει, ἢ τῷ Ἀκουιλίῳ ἐνέχεται.

Ἡ ἀπειρία ἔοικε τῇ ἀμελείᾳ. ὁ ποιμὴν καὶ ὁ ράπτης, καὶ ὁ κναφεύς ἀπὸ ἀπειρίας καὶ ἀμελείας ἐνέχονται⁷⁰³.

Il testo, incluso nella trattazione dei contratti consensuali, nel titolo dedicato alla *locatio conductio*, considera il termine *imperitia*, presente anche nel frammento ulpiano di riferimento:

D. 19,2,9,5 (*Ulp. XXXII ad ed.*)

*Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit*⁷⁰⁴.

Ulpiano riporta l'opinione di Celso riguardo a cosa costituisse l'imperizia: essa consiste in un comportamento colposo, quindi ascrivibile alla categoria della colpa. Nei Basilici il termine utilizzato rimane costantemente ἀπειρία, il quale assume questo significato tecnico. Un comportamento motivato dall'imperizia è intrinsecamente colposo.

Un antico scolio di Cirillo (Sch. 1174 B III; Heim. II, 337-338)⁷⁰⁵, risalente al VI secolo d.C. e conservato nei Basilici con lo scopo di chiarire il significato della

⁷⁰³ «L'inesperienza assomiglia alla colpa. Il pastore, il sarto e il tessitore sono coinvolti per l'inesperienza e la colpa». La traduzione è mia.

⁷⁰⁴ Riporto la traduzione (già presente a p. 195, nt. 434) per comodità espositiva: D. 19,2,9,5 (*Ulp. XXXII ad ed.*) «Celso, nel libro ottavo Dei Digesti, scrisse che anche l'imperizia è da ascrivere alla colpa; se taluno prese in conduzione vitelli per allevarli o qualche cosa per ripararla o per pulirla, egli è tenuto per colpa, ed è colpa ciò che <egli> sbagliò per imperizia, poiché, dice, prese in conduzione come esperto.». Trad. a cura di S. SCHIPANI, *Digesta*, III, cit., 431.

⁷⁰⁵ Riporto per comodità espositiva qui il testo in greco: ἡ ἀπειρία ἔοικε τῇ ἀμελείᾳ] Ὁ Κέλσος τὴν ἀπειρίαν εἰς κούλπαν ἀναφέρεσθαί φησιν. ἀμέλει ἐάν τις μόσχους ἐπὶ τῷ κατανέμειν μισθώσεται, ἢ ράπτης ἐπὶ τῷ ράπτει ἐσθῆτα, ἢ κναφεύς ἐπὶ τῷ κνάπτει αὐτήν, ἐπειδὴ κατέχονται ἀπὸ ῥαθυμίας, εἰ συμβῆ τούτους ἐξ ἀμελείας βλάπτει τὰ μεμισθωμένα ὁ μὲν γὰρ ἐξ ἀπειρίας κατὰ κρημνον τοὺς

disposizione normativa, avvalora questa interpretazione. Commentando il passo di Ulpiano, il giurista bizantino conferma che l'imperizia costituisce un comportamento colposo. Infatti, c'è un eloquente parallelismo (ἡ ἀπειρία ἔοικε τῇ ἀμελείᾳ), dal quale emerge non solo che ἀπειρία è una fattispecie colposa, ma anche che è l'imperizia (e non l'imprudencia) a inserirsi in tale concezione soggettiva.

Nel passo corrispondente a D. 50,13,6, invece, viene utilizzato un termine differente:

Bas. 54,14,5 (Sch. A VII 2506; Heim. V 138)

Ὁ δικαστής καν ἐν ἀγνοία ποιήσῃ κρίσιν ἴδιαν, ἐνέχεται ὡσανεὶ ἀπὸ πλημμελήματος [[κρατεῖσθαι]] τῆ ἴνφακτοῦμ ἀγωγή καί εἰς δ συνίδοι ὁ δικαστής κατακρίνεται⁷⁰⁶.

In questo secondo passo compare il termine ἀγνοία con cui è tradotto *imprudencia* che propriamente assume il significato di ignoranza.

μόσχους ἀπήγαγεν, οἱ δὲ ἐν τῷ ῥάψαι ἢ κνάσαι ἀπείρως κατασχεθῆ. σονται τῇ λοκάτῃ ὡς ῥαθυμήσαντες. οὐκ ἔδει γὰρ αὐτοὺς κατόπιν τῆς οἰκειᾶς υποσχέσεως ἀμαθεῖς φανῆναι. οἱ γὰρ τεχνίται συναλλάξαντες, ἐξ ὧν ἔβλαψαν, ἐδείχθησαν ἀμαθεῖς. Στέφανος. Σημειῶσαι, ὅτι καὶ ἐνταῦθα ἡ ἀπειρία τῇ κούλπῃ προσέοικε. τοῦτο ἔγνωσ καὶ ἐν τῷ α. βιβ., των πρώτων τιτ. ιγ. διγ. ζ. θεμ. ή. οὐκοῦν εἰ σαθρὸν ἦν τὸ ἱμάτιον, καὶ ὡς σαθρὸν ἐσχίσθη, οὐ κινδυνεύει ὁ κναφεύς, ὡςπερ οὐδὲ λιθογλύπτῃς, εἰ ὁ λίθος ἐκλάσθη διὰ τὸ προσὸν αὐτῷ βίτιον πλὴν εἰ τὸν πάντα κίνδυνον ὁ τεχνίτης ἀνεδέξατο, ὡς Οὐλπιανὸς ἐν τῷ ιγ. διγ. θεμ. ζ. τοῦ παρόντος τιτ. φησί. [Sch. III B 1174]. Di seguito il corrispondente latino: 5) *imperitia culpae similis est*] *Celsus ait, imperitiam ad culpam referri. Itaque si quis vitulos pascendos conduxerit, vel sarcinator vestem sarciendam, vel fullo poliendam eam, quia negligentiae nomine tenentur, si negligentia res conductas laeserint: ille enim ex imperitia vitulos per locum praeruptum egit, hi autem in sarciendo vel poliendo imperite versati sunt: locati tenebuntur tanquam negligenter versati. Neque enim post promissiones suas debuerunt imperiti apparere. Nam artifices, qui contraxerunt, ex his, quae peccarunt, imperitiam suam comprobarunt. Stephanus. Nota, hic etiam imperitiam culpae proximam esse. Hoc etiam didicisti lib. 1. partis primae Digestorum, tit. 18. dig. 6. them. 8. Ergo si vestis fragilis esset, et tanquam at- trita scissa sit, fullonis periculum non est, quemadmodum nec sculptoris, si lapis fractus sit vitio materiae: nisi periculum omne artifex in se receperit, ut ait Ulpianus dig. 13. them. 6. huius tituli.* Per la traduzione si veda p. 195, nt.436.

⁷⁰⁶ Con qualche differenza Heimbach, V 138 Ὁ δικαστής καν ἐν ἀγνοία ποιήσῃ κρίσιν ἴδιαν, ἐνέχεται, ὡσανεὶ ἀπὸ πλημμελήματος κρατεῖσθαι τῇ ἐν φάκτομ ἀγωγή· καὶ εἰς δ συνίδῃ ὁ δικαστής, κατακρίνεται. «Il giudice, anche se pronuncia un giudizio con ignoranza, è coinvolto come se fosse colpevole di un errore, quando si tiene conto dell'azione iniziata e, quando si rende conto, il giudice è condannato». La traduzione è mia.

Infatti, il termine etimologicamente deriva dalla fusione del verbo ‘sapere’ (γινώσκω) e α-privativo nel significato di ‘non-conoscere’. Il termine ἀγνοία, inoltre, compare diverse volte nei *libri Basilicorum* quando deve essere tradotto il termine *imprudentia*⁷⁰⁷. Il termine 'ἀγνοία' (ignoranza) suggerisce che il concetto di *imprudentia* non rientri necessariamente tra i comportamenti colposi. Al contrario, sembra richiedere una trasposizione aggiuntiva, come, ad esempio, convertirlo in greco con il termine ἀπειρία, per attribuire una sfumatura di colpa. Anche i glossatori⁷⁰⁸ manifestano incertezze in merito, ma tendono a identificare l'*imprudentia* con l'*imperitia*. Accursio, in effetti, in una glossa a D. 44,7,5,4⁷⁰⁹, scrive che *imperitia culpa adnumeratur* commentando il lemma *peccasse* e inserisce *licet per imprudentiam* tra parentesi. Lo stesso si ritrova sia nei commenti a D. 50,13,6⁷¹⁰, così come in quelli relativi a I. 4,5 pr⁷¹¹. Sembra, pertanto, che l'utilizzo del termine *imprudentia* in senso equiparabile alla *culpa* si sia concretizzato in comportamenti considerati colposi all'unanimità, concezione frutto del malinteso creato da Teofilo e a causa del ruolo occupato dal giudice nel processo per *cognitiones*.

A mio avviso, è plausibile considerare che dall'inizio del VI secolo d.C., il termine *imprudentia* abbia assunto il significato di ἀπειρία-*imperitia*. L'unica eccezione in cui viene preso in considerazione il significato di 'ignoranza' si ritrova in Bas. 54,14,5, tuttavia, è possibile che il termine ἀγνοία abbia subito l'influenza di tale

⁷⁰⁷ Ciò accade, ad esempio, in B.19.11.48 che rinvia a D.21.2.51.pr., passo particolarmente interessante ai nostri fini in quanto fa riferimento proprio all'*imprudentia iudicis*.

⁷⁰⁸ In particolare, Accursio.

⁷⁰⁹ Una glossa a D. 44,7,5,4 è posta con riferimento a *peccasse: alias delinxisse vere peccavit. Quare ergo non ex maleficio tenetur, ut in Aquilia? Respondeo speciale iudice: aliud in Aquilia*. Si veda *Digestum novum, Pandectarum iuris civilis tomus tertius, sextae partis relinquum, ac septimam eademque novissimam digestorum partem continens*, Lugduni, Apud Hufonem à Porta, 1560, 790. Nel testo la locuzione *licet per imprudentiam* è posta tra parentesi.

⁷¹⁰ Lo stesso anche in commento al testo di D. 50,13,6, in *Digestum novum*, cit., 1623.

⁷¹¹ La precisazione è in un'*addictio* che recita: *nota quod iste titulus non habet locu, quando iudex per dolum, vel corruptelam tulit sententiam: quia tunc tenetur proprie ex delicto: ut etiam no. Bar. Ind. § si filiusfamilias Ang. Aret. In Institutionum D. Iustiniani Sacratissimi imperatoris libri quatuor, ad vetustissimorum simul et emendatissimorum exemplarium fidem summa diligentia recogniti, emendati. Cum scholii Accursii*, Lugduni, Apud Hugonem à Porta, 1580, 391 s.

contesto, correlato a un passaggio dell'Etica Nicomachea di Aristotele⁷¹². In tale periodo antico, il termine greco menzionato assumeva l'accezione di ignoranza, in linea con il significato di *imprudencia* presente nei testi classici.

Per quanto concerne specificamente l'*imprudencia*, il passo aristotelico sostiene l'ipotesi secondo cui il termine potrebbe in passato aver avuto una connotazione non tecnica di ignoranza, poiché il significato che il filosofo gli attribuisce (ἄγνοια) coincide con quello presente nelle fonti classiche (ignoranza, appunto). Successivamente, il termine assume un'accezione soggettiva evidenziata da ἀπειρία. Gli scolasti, infatti, affermano e confermano la responsabilità colposa del giudice che fa propria la lite, in linea con quanto testimoniato da Teofilo. Anche Accursio, in una glossa al Digesto, attesta che *imprudencia* è *imperitia* e rientra nella colpa. Di conseguenza, il *litem suam facere* si conferma essere una fattispecie colposa.

4. IL CONSOLIDAMENTO DI UN MALINTESO: *LITEM SUAM FACERE* FATTISPECIE COLPOSA

4.1. CUIACIO E DONELLO E IL CONCETTO DI *CULPA-IMPRUDENTIA*

L'errata interpretazione di Teofilo e l'equiparazione tra *imprudencia* e *culpa*, consolidata a partire dall'XI sec., ha generato un malinteso che ha condotto alla problematica lettura del *litem suam facere* come fattispecie delittuosa colposa.

⁷¹² L'influenza aristotelica nell'elaborazione della responsabilità del *iudex qui litem suam fecit* e della categoria delle *obligationes quasi ex delicto* è sostenuta da P. STEIN, *The nature of quasi delictual obligations in Roman Law*, in *RIDA*, 5, 1958, 567; G. GROSSO, *Influenze aristoteliche nella sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana*, in AA.VV., *La filosofia greca e il diritto romano*, I, Roma, 1976, 139 ss.; L. WINKEL, *Alcune osseravzioni sulla classificazione delle obbligazioni e sui contratti nominati nel diritto romano*, in *BIDR*, 42-43, 2000-2001, 55 ss. Sono invece contrari: B. KÜBLER, *Die Haftung für Verschulden bei Schuldverhältnissen*, in *ZSS*, 39, 1918; F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 27 s., nt. 29.

Nel corso della storia, la categoria dei quasi-delitti (un'idea sviluppata dai giuristi contemporanei a Giustiniano⁷¹³) è stata gradualmente assorbita dai delitti, perdendo così la propria individualità.

Questo processo di trasformazione ha avuto inizio con la riscoperta dei testi antichi che, grazie all'opera di Gotofredo e alla ripresa del *Corpus Juris Civilis*, ha permesso ai giuristi quattro-cinquecenteschi di studiare con fervore il diritto romano, analizzandone le caratteristiche.

La scuola di pensiero giuridico che emerse dal XV secolo fu quella dell'Umanesimo giuridico⁷¹⁴. Questa corrente dottrinale diffusa soprattutto in Francia conosciuta come 'Scuola dei Culti'⁷¹⁵, rileggeva le opere giustiniane con una prospettiva

⁷¹³ La creazione della categoria dei quasi delitti la dobbiamo a Teofilo. L'*antecessor*, infatti, ha riscritto con la sua Parafrasi i confini delle fonti delle obbligazioni attraverso lo spostamento della particella *ex*: dalle *obligationes quasi ex delicto*, si arriva alla categoria delle *obligationes ex quasi delicto*. In particolare, in *Par. Teoph.* 3.13.2, preciso punto dell'opera aderente al testo originale. Infatti, si parla delle quattro *species* di obbligazioni, tra cui troviamo quelle *ἀπό συναλλάγματος* – e cioè quelle *ex contractu* -; quelle *ὡσανει ἀπό συναλλάγματος* – corrispondenti, anche letteralmente alle *obligationes quasi ex contractu* -; poi è il turno delle *obligationes ἀπό ἀμαρτήματος* – *ex delicto* -; e, a seguire quelle *ὡσανει ἀπο ἀμαρτήματος* – l'ultima categoria: le obbligazioni *quasi ex delicto*. Anche visivamente, oltre che dal punto di vista del significato, il testo greco riflette quello latino: la particella *ὡσανει* (*quasi*) si trova prima della preposizione *ἀπο* (*ex*), ciò a significare che queste due categorie individuate da Teofilo (ma prima da Giustiniano e da Gaio) non sono del tutto autonome e indipendenti, poiché non combaciano esattamente con i caratteri delle fonti delle obbligazioni secondo la classica bipartizione contratto-delitto, ma si avvicinano più all'uno (infatti, sono denominate delle obbligazioni che sono «quasi da contratto»), o all'altro (in questo caso, invece, si parla di istituti che sono «quasi da delitto»).

⁷¹⁴ «Nel XVI la problematica dell'interpretazione si viene infatti ampliando e rendendo più ardua da dipanare. Nel continuo incalzare e susseguirsi di grandi e piccoli eventi, un po' per volta quello che non senza una forte astrazione abbiamo fin qui potuto considerare il volto in gran parte unitario dell'Europa continentale viene meno e le differenze tendono ad accentuarsi. È l'avventura dell'Europa moderna, man mano inserita in dimensioni che ne varcano i confini [...]. In questo incessante ribollire di fatti, di situazioni, di concezioni, il parlare dell'interpretazione come problema unitario che possa esser studiato e descritto nel suo insieme – isolandolo da ogni altro e dai quadri in cui si viene volta a volta ponendo – è un'astrazione nell'astrazione, non priva pur essa di un suo significato, ma fra le più artificiose». Momento di grande cambiamento il periodo dell'umanesimo, in cui viene ad essere messa in crisi l'interpretazione giuridica del *Corpus Juris Civilis* svolta fino a quel momento. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 68-69. L'approccio umanista è quello di avere una visione storico-critica dello studio del diritto e, in particolar modo, nello studio dell'opera di Giustiniano. Si veda per approfondire R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 175 s. Sul punto si veda anche A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. I, Varese, 1982, 172 ss.

⁷¹⁵ La Scuola dei Culti è un indirizzo scientifico affermatosi per lo più in Francia, paese di attività del suo fondatore Andrea Alciato. Gli insegnamenti del nostro compatriota furono quelli di vedere il

differente rispetto a quella adottata fino a quel momento. Il *Corpus iuris*, infatti, perde la sua autorità di diritto cogente e universalmente valido, subendo un processo di storicizzazione, in cui la sua validità viene circoscritta ad un determinato periodo temporale⁷¹⁶.

Il principale esponente della Scuola Culta in Francia fu Cuiacio (Jacques Cujas)⁷¹⁷. Il giurista propose un'interpretazione radicalmente innovativa rispetto a quanto affermato da Giustiniano e alla lettura tradizionale del *Corpus Juris Civilis* fino a quel momento: Jacques Cujas sostenne che la distinzione tra le *obligationes quae ex delicto nascuntur* e le *obligationes quae quasi ex delicto nascuntur* risiedeva nel fatto che le prime erano perpetrate attraverso il *dolus*, mentre le seconde attraverso la *culpa*:

*Quae ex culpa fiunt potius, quam ex delicto. Culpa separatur a delicto*⁷¹⁸.

Con riferimento alla fattispecie del *litum suam facere*, tale contesto suscitava interrogativi sulla classificazione proposta da Giustiniano: se il giudice avesse agito con dolo, sarebbe incorso in un delitto; se invece l'azione fosse stata commessa per colpa, la fattispecie sarebbe stata considerata tra le *obligationes quasi ex delicto*:

diritto romano secondo una visione filologica e storicizzata, depurato dall'arbitrarietà del lavoro di Giustiniano. La parola chiave per la *schola culta* fu, infatti, *interpretatio*. Per un approfondimento, si veda R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 69 ss.

⁷¹⁶ Il limite di questa dottrina, però, è segnalato da D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, 1972, 15, con queste parole: «se poi si prende ad indagare la sostanza di molti degli scritti sull'Umanesimo giuridico, si avverte facilmente l'insufficienza delle concezioni storiografiche che stanno alla loro base. Contributi, il più delle volte, di mera erudizione, in essi, dopo divagazioni più o meno ampie sul diritto del Medioevo, [...] poi invano cerchi risposta agli unici quesiti importanti in sede storiografica: il «come», il «quando», il «perché» di quella lotta. Assente ogni tentativo di storica concretezza, in quegli studi trovi contrapposte astrazioni [...] a un fatto quale l'Umanesimo, che, ricostruito in siffatta maniera, resta pur esso un'entità astratta, muta ed ininterpretabile».

⁷¹⁷ L'orientamento di Cuiacio sul tema che stiamo qui studiando è sottolineato da A. FÖLDI, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, III, Jovene, 2002, 434.

⁷¹⁸ CUIACIUS, *Notae in librum IV, Inst Justiniani*, in *Opera Omnia*, Napoli, 1722, Vol. I, col. 246. «Le cose fatte per colpa sono piuttosto da attribuire alla colpa che al delitto. La colpa è separata dal delitto». La traduzione è mia.

*Si imprudenter, civiliter tantum tenetur, salva existimatione in id, quod ob eam rem iudici aequum videbitur. Si prudenter, ex delicto, id est, dolo malo, quo nomine comprehenduntur extra quadrigam obligationem ex delicto caetera delicta, quae nomine vacant: si imprudenter, quasi ex delicto*⁷¹⁹.

In accordo con la prospettiva di Cuiacio, l'elemento unificante tra le varie fattispecie all'interno di questa categoria complessa era rappresentato dalla *culpa*. Il concetto di *imprudencia* assumeva ora definitivamente il significato di comportamento colposo. Di conseguenza, il delitto nella sua forma colposa, ossia imprudente, sarebbe stato considerato un'obbligazione *quasi ex delicto*⁷²⁰.

Una visione differente fu proposta da Donello⁷²¹, il quale argomentava che il *litem suam facere* fosse una tipologia di danno (*de damnis datis*) *quae integris et incorruptis rebus alienis contingunt*⁷²². Pertanto, nella sistematica delle fonti delle obbligazioni, il *litem suam facere* si collocava tra le *obligationes quae ex maleficio nascuntur*:

⁷¹⁹ «Se qualcuno agisce in modo imprudente, è responsabile solo civilmente, tranne nei casi in cui il giudice ritenga equo intervenire per questo motivo. Chi agisce con prudenza è responsabile per delitto, cioè con dolo, in questo nome sono compresi gli altri delitti, al di fuori della classificazione quadruplicata degli illeciti, che mancano di un nome: se per imprudenza, sarà tenuto per un'obbligazione quasi da delitto». La traduzione è mia.

⁷²⁰ Le teorie di Cuiacio furono confermate anche da altri studiosi. In particolare, Vinnius riprese il maestro francese affermando che *Quarta et ultima obligationis causa est quasi maleficio, de quo exponendo hic solus locus superest. Quasi maleficio est omne factum, quo quis proprie quidem dici non potest delinxisse, sed tamen quod maleficio est proximum* (A. VINNIUS, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius*, Venezia, 1740, tom. II, lib. IV, tit. V., 850). Lo stesso è affermato da Heineccius, il quale individua il discrimine tra le obbligazioni *ex delicto* e *quasi ex delicto* attraverso il differente criterio di imputazione soggettivo: *§1035 maleficio vel verum est, vel quasi maleficio, illud ex dolo malo; hoc ex culpa sine dolo admittitur* (HEINECCIUS, *Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum*, Venezia, 1789, tom. II, 462). L'autore prende le distanze da Struvius che riteneva l'elemento che accumulava i *quasi ex delicto* fosse invece la responsabilità altrui. Il quasi-maleficio è perpetrato quando si tiene un comportamento *ex culpa sine dolo*.

⁷²¹ Donello è un esponente dell'indirizzo sistematico, ereditato dal maestro Corasius. Sul punto invito alla lettura di V. PIANO MORTARI, *Sugli scritti programmatici dei giuristi del sec. XVI*, in *SDHI*, 21, 1955, 276-302, in particolare 288-289.

⁷²² Reca in modo completo: *de damnis datis, quae integris et incorruptis rebus alienis contingunt. Quam varie haec dentur: et quae finte o nomine iure proditae actiones.*

*Quinta species et postrema huius posterioris generis damni dati est in eo iudice, qui litem suam fecit. Nam et hic obligationem ex delicto nasci, non ex quasi delicto non dubito. De quo postea. Ante de facto et gerere obligationis videndum est. De quo sive constitutionibus, sive edicto; sive moribus ita ius obtinuit, ut iudex qui suam litem fecit sine dolo, sine per imperitiam, teneatur litigatori sententia laeso, ut ei damnum praestet. Est autem solidum, interdum ex parte*⁷²³.

Nella quinta e ultima parte delle *species* di danno, si affronta il caso del giudice che fa propria la lite. In questo contesto, sorge un'obbligazione derivante da un atto illecito. È necessario dapprima valutare se l'obbligazione non è stata adempiuta, successivamente stabilire il criterio di imputazione della fattispecie e, infine, determinare il risarcimento, che può essere *in solidum* o *ex parte*.

Donello, in questo paragrafo, afferma che la responsabilità del giudice, quando fa sua la lite (*litem suam fecit*), non deriva da un quasi-delitto, bensì costituisce un'*obligatio ex delicto*. Lo conferma con le seguenti parole:

*[...] fatendum est hic obligationem ex maleficio et delicto nasci, non ex quasi maleficio, aut quasi maleficio*⁷²⁴.

⁷²³ H. DONELLI, *Iureconsulti et antecessoris opera omnia commentariorum de iure civili*, ed. Joannis Riccomini, Lucca, 1764, Tom. IV, lib. XV, Cap. XXVIII, §VIII, 235. «La quinta e ultima specie di questo tipo di danno è nel caso del giudice che fa sua la lite. Infatti, non ci sono dubbi che nasca una responsabilità per il delitto, e non per quasi delitto. Ne parlerò dopo. Prima di ciò, è necessario considerare il fatto e il comportamento dell'obbligazione. A proposito di ciò, sia dalle costituzioni, sia dall'editto, sia dalle consuetudini, così il diritto è stabilito in modo il giudice che fa sua la lite senza dolo, senza inesperienza, sia obbligato a risarcire il litigante danneggiato dalla sentenza. Ma questo principio è solido, talvolta solo in parte». La traduzione è la mia.

⁷²⁴ H. DONELLI, *Iureconsulti et antecessoris opera omnia commentariorum de iure civili*, tom. IV, cit., 239. «È da ammettere che l'obbligazione nasca da un maleficio e da un delitto, non da un quasi delitto». La traduzione è mia.

Il giurista prosegue includendo l'istituto del *iudex qui litem suam fecit* tra le fattispecie di applicazione della *lex Aquilia*. Infatti, secondo questa legge, il giudice *qui male iudicavit*⁷²⁵, *damnum dedit iniuria*⁷²⁶. Tuttavia, il giudice non è esentato da questa forma di responsabilità nel caso in cui abbia agito con *imprudentia*:

*nam et haec ipsa imprudentia culpa est: iniuria est, quae non minus vindicatur eadem illa lege Aquilia; et cum vindicatur, non minus dicitur acrio naci ex maleficio*⁷²⁷.

Donello afferma in questo passaggio che l'imprudenza costituisce una forma di colpa; pertanto, è un'offesa tutelata dalla *lex Aquilia*. Da queste parole emerge la progressiva equiparazione della responsabilità del giudice che fa sua la lite a una responsabilità soggettiva colposa, assimilabile a un delitto.

Dolus e imprudentia diventano così i criteri di imputazione per la stessa forma di responsabilità da delitto, ossia quella prevista dalla *lex Aquilia*.

Nonostante le controversie riguardo alla posizione corretta del *litem suam facere* all'interno della sistematica delle obbligazioni, si può affermare che fin dalla Scuola Culta tale fattispecie è stata considerata come colposa.

4.2. LA TEORIZZAZIONE DELL'IMPRUDENZA NON SCUSABILE: LA *CULPA* COME ELEMENTO NECESSARIO DEI QUASI DELITTI

⁷²⁵ H. DONELLI, *Iureconsulti et antecessoris*, IV, cit., 240.

⁷²⁶ H. DONELLI, *Iureconsulti et antecessoris*, IV, cit., 240.

⁷²⁷ H. DONELLI, *Iureconsulti et antecessoris*, IV, cit., 240. «Infatti, anche questa stessa imprudenza è colpa: è un torto che è punito non meno severamente da quella stessa legge Aquilia; e quando è punito, è detto non meno severamente di nascere da delitto». La traduzione è mia.

Nel XVII secolo emerge un movimento critico nei confronti del periodo precedente, con l'avvento del razionalismo giuridico⁷²⁸.

Molti giuristi, soprattutto di origine francese e tedesca⁷²⁹, intrapresero un percorso contraddistinto da un'analisi critica del testo giustiniano al fine di individuare «nuovi schemi più idonei ad esprimere l'idea che essi si fanno del diritto»⁷³⁰. Tra gli esponenti di questo movimento spiccano Jean Domat e Robert Joseph Pothier, considerati dalla dottrina i padri del Codice civile Francese (1804)⁷³¹.

Jean Domat introdusse un'importante innovazione, proponendo una distinzione mai avanzata prima: esclude dal diritto civile i delitti commessi con dolo, inserendoli invece tra le materie del diritto pubblico⁷³².

Pothier, seguendo le indicazioni di Cuiacio, delinea i delitti e i quasi delitti come la terza e quarta fonte di obbligazioni. Egli definisce delitto l'atto con cui una persona, per dolo o malizia, arreca danno o ingiuria ad altri, mentre il quasi delitto è l'atto con cui una persona, non per malizia ma per imprudenza non scusabile, provoca danno ad altri⁷³³.

Da queste considerazioni emerge chiaramente il principio di imputazione colposa: anche nell'imprudenza non scusabile, il giudice è ritenuto responsabile. È

⁷²⁸ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 169-171.

⁷²⁹ Orestano afferma che «Ormai la scienza giuridica dell'Europa continentale corre su un triplice binario. Da una parte coloro che si mantengono fedeli agli schemi espositivi dell'ordine «legale»: potremmo dirla i «tradizionalisti», e sono legione in ogni paese. Da un'altra parte vi sono coloro che si propongono di trovare nuovi schemi più idonei ad esprimere l'idea che essi si fanno del diritto [...] e sono particolarmente numerosi fra i giuristi di lingua tedesca. Vi sono infine quanti [...] non si fanno della *dispositio* una preoccupazione particolare [...]». R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 171.

⁷³⁰ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., 171.

⁷³¹ Un'interessante precisazione sullo spirito che animò i compilatori del codice francese del 1804 è fornita dall'introduzione a J. G. LOCRÉ, *Esprit du Code Napoléon*, ed. Imprimerie Impériale, Paris, 1805, 32, dove, già nel titolo del Cap. VIII («Les Romains n'ont donné qu'une idée imparfaite et inexacte du Droit naturel de l'homme») viene espressa la lontananza dei giuristi francesi dal mondo romano.

⁷³² J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, in *Les lois civiles dans leur ordre naturel; le Droit public, et legum delectus*, ed. Veuve Cavalier, Paris, 1766, 149 ss.

⁷³³ R. J. POTHIER, *Opere di Pothier. Trattato delle obbligazioni*, ed. italiana, I, Tipografia Francesco Sozegno di G. Battista, Milano, 1809, §116, 169.

ampiamente noto che, in tali circostanze, l'ignoranza è considerata colpevole, poiché il giudice, in virtù del suo ruolo come funzionario pubblico (a partire dal Principato romano), è tenuto a conoscere la legge da applicare e le circostanze di fatto su cui si pronuncia.

La diligenza richiesta, tuttavia, non si spinge fino all'inevitabilità: va considerato esente da responsabilità il giudice nei casi di ignoranza inevitabile. In questo contesto, *imprudencia* assume il significato proprio di comportamento colposo, ossia un'azione che, nonostante la previsione dell'evento dannoso e la consapevolezza del rischio che si corre, è compiuta per leggerezza o disattenzione dell'agente, causando pregiudizio ad altri. Il *litem suam facere* non viene menzionato. La questione, sollevata in passato, di risolvere il problema della collocazione del *litem suam facere* non interessa più: infatti, né Pothier, né Domat⁷³⁴ hanno trattato l'argomento⁷³⁵.

In diritto civile, persistono le fattispecie di natura delittuosa colposa, rientranti nella categoria delle *obligationes quasi ex delicto*. Secondo le concezioni di Cuiacio e Pothier, queste sono caratterizzate dall'elemento soggettivo della colpa. È da notare che, pur presentando descrizioni differenti, la fattispecie del *litem suam facere* non compare più all'interno di tale elenco specifico di obbligazioni.

⁷³⁴ Domat, infatti, ne parla nel liber II, tit. VIII intitolato *Des dommages causés par des fautes qui ne vont pas à un crime, ni à un délit* Tra questi però compaiono delle sezioni che non contemplano il *litem suam facere*: I) *De ce qui est jetté d'une maison, ou qui en peut tomber et causer du dommage*; II) *Des dommages causés par des animaux*; III) *Du dommage qui peut arriver de la chute d'un bâtiment ou de quelque nouvelle oeuvre*; IV) *Des autres espèces de dommages causés par des fautes, sans crime ni délit*. In nessuna di queste sezioni è ravvisabile la fattispecie del giudice che fa sua la lite. Si veda a tal proposito J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, cit., 149 ss.

⁷³⁵ J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, cit., 149-155.

CONCLUSIONI

In sede di conclusioni, ritengo utile riepilogare brevemente il percorso seguito con la presente ricerca, al fine di dimostrare che il criterio di responsabilità del giudice che fa sua la lite è sempre stato oggettivo, non richiedendo mai una partecipazione psicologica dell'agente, almeno fino alla parafrasi di Teofilo.

In primo luogo, è stata osservata l'emersione della responsabilità del giudice sorta fin dagli albori della *civitas*.

La prima attestazione, infatti, la ritroviamo nelle XII Tavole.

XII *Tab.* 2.2 e XII *Tab.* 9.3 sono il punto di partenza della presente ricerca. Da queste prime fonti non appare in uso il sintagma *iudex qui litem suam fecit* per indicare il caso in cui il giudice si fosse reso responsabile. In particolare, XII *Tab.* 2.2 testimonia l'esistenza di una responsabilità del giudice nel caso in cui si fosse assentato, senza giustificazioni, dal giudizio; XII *Tab.* 9.3, invece, descrive una fattispecie dolosa: il giudice sarebbe stato condannato a morte se si fosse lasciato corrompere.

La prima disposizione rappresenta, a mio parere, l'antecedente storico del *litem suam facere*. In XII *Tab.* 2.2, infatti, emerge l'oggettività della responsabilità, dovuta alla contrarietà del comportamento del giudice alle formalità prescritte; in XII *Tab.* 9.3, invece, viene presa in considerazione una figura più propriamente penale, pubblica, legata alla volontà colpevole di accettare denaro e falsare il proprio giudizio.

Il sintagma *litem suam facere* compare nelle fonti solo a partire dal II sec. a. C.

In particolare, da un testo di Macrobio, *Sat.* 3,16,15, pur nella limitatezza dell'attendibilità storico-giuridica attribuibile al letterato, emerge il significato di *litem suam facere* in termini di responsabilità c.d. oggettiva.

Nel passo (si veda il testo a p. 99), infatti, vengono descritti i comportamenti tipici dei ricchi romani che, nella loro qualità di giudici privati, non volevano incorrere in responsabilità. Questo comportamento è il medesimo descritto a XII Tab. 2.2: il giudice può andare esente da responsabilità solo in presenza di giustificati motivi e posticipare ad altro giorno l'udienza (*diei diffissio*). In caso di assenza ingiustificata ne avrebbero risposto.

Litem suam facere, in questa fonte, individua il comportamento riprovevole dell'organo giudicante: si delinea una responsabilità nel caso di assenza del giudice, anche in relazione alla violazione di una formalità processuale, indipendentemente dallo stato emotivo e psicologico in cui versa il *iudex*.

Un significato affine lo ritroviamo anche in Gellio, *Noct. Att.* 10,1,4-5 in cui si ritiene che il giudice faccia *litem suam* se non emette alcuna sentenza. Una certa lettura della fonte, infatti, propende per ritenere che Gellio avesse partecipato alla discussione per non rimanere *absens* – termine, quindi, riferito a Gellio stesso – e peccare di *litem suam facere*, come accadeva al *iudex* che non si fosse presentato in giudizio. I termini utilizzati dall'erudito confermano l'indicazione di Macrobio: il giudice era responsabile se rimaneva assente. Gellio sapeva che il *iudex privatus* sarebbe incorso in *litem suam facere* se fosse rimasto *absens*.

Anche dall'analisi delle altre fonti giungono conferme.

Il *P.Ant.* I, 22 (*recto*) conferma il significato che *litem suam facere*, al netto delle difficoltà ricostruttive, assumeva nel periodo classico: il giudice era responsabile nel caso in cui *neq(ue) diffidit neq(ue) s(ententi)am dixit*. Questa situazione è del tutto analoga a quella descritta da Macrobio: la responsabilità sorge se il giudice non adempie a formalità procedurali richieste dal suo ufficio. In particolare, la fattispecie del *litem suam facere* si configura quando il giudice non compare in giudizio, quando non effettua un valido rinvio e quando non giudica entro i termini fissati dalla formula.

La connessione, evidente, con la circostanza descritta da Macrobio mi persuade a considerare il *litem suam facere* come una fattispecie che descrive la violazione di formalità processuali. Anche in questo caso, il criterio di responsabilità è oggettivo, cioè privo di una connessione psicologica dell'agente. In effetti, non viene menzionato alcun aspetto relativo allo stato emotivo del giudice, ponendo l'accento sul rispetto delle condotte formali richieste dall'*officium*, in assenza delle quali il giudice 'farà sua la lite'.

Anche nella *lex Irnitana*, 91 si legge *si neque dies diffis(s)us neque iudicatum fuerit*, ed è possibile constatare che anche in questa fonte non rileva lo stato soggettivo del giudice, poiché la responsabilità sarebbe sorta con un'omissione procedurale: sia nella *Lex Irnitana* che nel *P.Ant. I, 22*, la correlazione *neque... neque* indica due alternative possibili per evitare di incorrere nel *litem suam facere*.

Il giudice, quindi, da un lato, era tenuto ad emettere la sentenza (*sententiam dicere*); dall'altro lato, invece, aveva la possibilità di fissare un termine ulteriore per proseguire la causa (*dies diffissus*).

Nel capitolo 91 la *Lex Irnitana* sembra offrire una duplice possibilità al giudice: pronunciarsi sulla questione con sentenza, oppure, subordinatamente, differire la controversia. Qualora il giudice non avesse provveduto né in un senso, né nell'altro, la parte danneggiata da tale comportamento avrebbe potuto agire nei suoi confronti perché *litem suam fecit*. Anche qui pare essere presente soltanto una violazione formale delle procedure.

Il significato di *litem suam facere* nel senso sopra indicato si ritrova anche in Gai. 4,52: anche in questo caso con tale locuzione sono punite le formali violazioni della formula.

Infatti, non interessa che la decisione sia sostanzialmente corretta, ma che segua le indicazioni della formula, in particolare che la sentenza rispetti la *taxatio* e le indicazioni della *condemnatio*. La condotta del giudice che integra l'istituto del *litem*

suam facere nel passo di Gaio si concretizza nella violazione dei limiti tassativi della formula. In particolare, nella violazione formale degli stessi dovuta ad errore.

Alla luce di quanto analizzato, sembra possibile affermare che la responsabilità del giudice anche in Gai. 4,52 si configuri in una responsabilità per *litem suam facere* di tipo oggettivo, poiché le fonti nulla riferiscono dell'elemento psicologico che doveva caratterizzare il comportamento del *iudex*.

Nelle *Res cottidianae*, tuttavia, il sintagma pare colorarsi di una sfumatura inedita: *licet per imprudentiam*.

L'imprudenza a cui fa riferimento tale sintagma è l'ignoranza inevitabile, da cui discende un errore che non poteva essere evitato. Infatti, l'*imprudentia*, quale elemento della *purgatio* nel discorso forense (in tal senso, *Reth. Her.* 1,24; Cic. *de inv.* 1,15; 1,41; 2,94-95; Quint. *Inst. Orat.* 7,4,14-15), mira a scagionare l'imputato portando come giustificazione un'ignoranza che non avrebbe potuto evitare nemmeno con la massima diligenza.

Ne discende, pertanto, che l'errore dovuto a una leggerezza o a una disattenzione dovuta a poca diligenza o poca perizia (che non è chiamata *imprudentia*), avrebbe comportato la responsabilità del soggetto agente che non avrebbe potuto utilizzare a sua discolpa la non conoscenza della situazione. Normalmente, l'*imprudentia*, nel senso sopra indicato, esclude la colpevolezza e la punibilità.

Nei due frammenti ripresi dalle *Res cottidianae*, Gaio sta ammonendo i lettori che, nel caso del giudice che fa sua la lite, l'imprudenza – cioè, l'ignoranza inevitabile – non assiste il giudice: al *iudex*, infatti, è richiesto un certo compito che deve assolvere e non può genericamente chiedere di esserne esonerato perché non aveva conoscenza di una situazione o di una norma.

L'uso della concessiva introdotta con *licet* sembra indicare proprio questo: anche se il giudice non decide o viola formalità processuale per *imprudentia* – solitamente causa di giustificazione – egli sarà ritenuto responsabile.

A mio avviso, il termine *imprudentia*-ignoranza estende la responsabilità del giudice anche a quelle circostanze in cui, seppur in buona fede, il giudice abbia violato delle regole processuali, sia rimasto assente o non abbia differito la causa quando era necessario.

Gaio nelle *Res cottidianae* vuole ampliare il comportamento rilevante del *iudex*: anche se il giudice è in buona fede e ignora una certa posizione, se reca danno, sarà considerato responsabile e sorgerà in capo a lui l'obbligo di risarcimento.

Un ulteriore ampliamento della fattispecie si riscontra in D. 5,1,15,1 (*Ulp. XXI ad ed.*): Ulpiano testimonia una responsabilità del giudice che fa sua la lite in conseguenza della violazione di una specifica norma che una parte della dottrina ha individuato nella *lex Cornelia*.

Da questa analisi, che orienta verso la classicità e la specificità della fattispecie dolosa, discende una certa lettura del *iudex qui litem sua fecit*: a mio parere, il frammento è stato conservato dai giustinianeî al fine di completare la disciplina della responsabilità del giudice.

Al perimetro del *litem suam facere*, oltre all'ampliamento indicato da Gaio con l'espressione *licet per imprudentiam* (D. 44,7,5,4 e D. 50,13,6), attraverso la quale si ricomprendeva entro il confine della responsabilità oggettiva anche il caso di errore incolpevole del giudice, Ulpiano aggiunge qualcosa.

Infatti, il giurista vi comprende la violazione fraudolenta della legge. Pure Ulpiano sta ampliando il campo di applicazione del *litem suam facere*, derogando alla regola secondo la quale non ci sarebbero stati rimedi a una violazione sostanziale nel processo. Il giudice fa sua la lite, se viola sostanzialmente una legge non contrapponendosi in modo palese ad essa.

Una tale situazione non sarebbe stata tutelata fino all'introduzione dell'appello: il *iudex* risponde delle violazioni formali del processo indipendentemente dal criterio soggettivo che lo ha spinto a comportarsi in tal modo. Grazie alla testimonianza di

Ulpiano conservata nel Digesto, il giudice è responsabile per *litem suam facere*, se viola sostanzialmente con frode una norma. Infatti, qualora avesse agito con dolo (quindi, ad esempio, avesse realizzato atti *contra legem*), avrebbe commesso un delitto.

Lo stesso è confermato da Giustiniano: sia nel *Codex* (C. 2,3,29) sia nelle *Institutiones* (I. 4,5 pr.) il *litem suam facere* presenta una connotazione oggettiva. Invece, nel caso di atti *in fraudem legis* non vi sarebbe stato alcun rimedio.

Il giudice-funzionario risponde di *litem suam facere* in presenza di violazioni formali del processo, anche in situazioni di ignoranza incolpevole.

Un deciso cambiamento interpretativo si ebbe, invece, da Teofilo in poi. In effetti, nell'opera dell'*antecessor* si genera un malinteso che è sopravvissuto per secoli: il giudice fa sua la lite per ἀπειρία. Con tale termine, che acquista una sfumatura tecnica di comportamento colposo-imperito, inizia a formarsi la fattispecie del *quasi delictum* colposo. In particolare, il *litem suam facere licet per imprudentiam* si configura quando il giudice abbia agito con imperizia e sia stato poi ritenuto colpevole. Tale interpretazione è stata abbracciata nei Basilici e nella Glossa, fino ad arrivare alla cristallizzazione della responsabilità colposa dei quasi delitti nella codificazione francese.

La ricostruzione che ho tentato di tracciare mi ha portato a concludere che la fattispecie del *iudex qui litem suam fecit* fosse caratterizzata, nel diritto romano classico, da un criterio di imputazione puramente oggettivo.

La *culpa*, infatti, non solo rientra nella descrizione dell'istituto dal VI sec. d.C., ma è elaborazione che nasce successivamente alla figura del *litem suam facere* di periodo classico.

Una tale lettura del *litem suam facere* aiuta a chiarire i conseguenti problemi connessi, primo fra tutti l'elemento comune alle *obligationes quasi ex delicto*: ripensare la categoria in termini oggettivi, a mio avviso, consente di individuarne

l'elemento comune e di trovare un'omogeneità della categoria, evitando i problemi e le irrisolvibili antinomie che la lettura soggettiva di *licet per imprudentiam* aveva contribuito ad alimentare.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE, B., s.v. *Furto, introduzione storica*, in *EdD*, XVIII, 1969
- ALBANESE, B., *Iudicium contrarium e ignominia nel mandato*, in *IURA*, 21, 1970 (raccolto in B. ALBANESE, *Scritti giuridici*, I, a cura di M. MARRONE, Palermo, 1991, 956-957)
- ALBANESE, B., *Una congettura sul significato di «iniuria» in XII tab. 8,4*, in *IURA* 31, 1980
- ALBANESE, B., *Scritti giuridici*, tomo I, a cura di M. MARRONE, Palermo, 1991
- ALBANESE, B., *Sulle cause di ‘diffisio diei’ in XII Tab. 2.2*, in *AUPA*, XLIII, 1995, 176 ss.
- ALBERTARIO, E., *Ancora sulle fonti dell’obbligazione romana*, in *Studi di diritto romano*, III, *Le obbligazioni*, Milano, 1936
- AMBROSINO, R., *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti*, Giuffrè, 1942
- AMELOTTI, M., *Sul filo dei ricordi*, in F. BRIGUGLIO (a cura di), «*Gaio ritrovato*»: *le «pagine scomparse» nel codice veronese delle institutiones*, in *Minima epigraphica et papyrologica*, vol. X, 2007
- AMIRANTE, L., *Per la palingenesi delle XII Tavole*, in *Index*, 18, 1990
- AMIRANTE, L., *Un’ipotesi di lavoro: le sequenze e l’ordine delle norme decemvirali*, in *Index*, 20, 1992
- AMPOLO, C., *Le origini di Roma e la «Cité antique»*, in *Mélanges de l’école française de Rome*, 92-2, 1980
- ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale, parte speciale II*, Giuffrè, 2016
- ARANGIO RUIZ, V., *Le genti e la città*, Messina, 1914, (= in *Scritti Centenario Jovene*, Napoli, 1954, 61 ss., ora in *Scritti*, I, Napoli, 1974).
- ARANGIO RUIZ, V., *Egypt exploration Society. The Antipoolis Papyri*, in *IURA* 2, 1951
- ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1989
- ARANGIO RUIZ, V., *Storia del diritto romano*, VII edizione, Jovene, Napoli, 1994

- BARBATI, S., *I iudices ordinarii nell'ordinamento giudiziario tardoantico*, in *Jus*, 1, 2007
- BARBATI, S., *Giudici delegati e giudici locali nel diritto giustiniano*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia, 2011
- BARBATI, S., *Abusi e illeciti dei giudici nel processo tardo-antico*, in *Organizzare Sorvegliare Punire Il controllo dei corpi e delle menti nel diritto della tarda antichità. Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, Roma, 2013
- BERGER, A., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in *KVRG*, 50, 1912
- BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Vol 43*, 1968
- BERTOLDI, F., *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Torino, 2003.
- BERTOLDI, F., *I «sacramenta» nelle legis actiones: da un processo 'divino' a un processo laico*, testo della relazione svolta al III congresso Internazionale Cattedra Innocenzo III, *Giustizia e processo. Linee evolutive e percorsi giuridici nella Storia del diritto*, tenutosi a Murcia in data 29 e 30 novembre, 1° dicembre 2017, pubblicato in *Justice and judicial process. Evolution and development in the History of Law*, a cura di J. BELDA INIESTA, Murcia, 2021
- BESELER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, I-IV*, Tübingen-Leipzig 1910-1920
- BETTI, E., *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927
- BETTI, E., *Diritto Romano, I*, Padova, 1935
- BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano, I*, Padova, 1960
- BIONDI, B., *Iudicia bonae fidei, I. La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, in *AUPA*, 7, 1918
- BIONDI, B., *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante, IV*, Milano, 1930
- BIRKS, P. B. H., *A new argument for a narrow view of Litem suam facere*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, LII, 1984
- BISCARDI, A., *Auctoritas Patrum*. in *BIDR*, 48, 1941
- BISCARDI, A., *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968

- BONA, F., *Cicerone tra diritto e oratoria. Saggi su retorica e giurisprudenza nella tarda repubblica*, Como, 1984
- BONA, F., *Il de verborum significatu di Festo e le XII Tavole. I. Gli auctores di Valerio Flacco*, in *Index*, 20, 1992
- BONINI, R., *Disegno storico del diritto privato italiano*, Bologna, 1990
- BOVE, L., *Documenti processuali dalle 'Tabulae pompeianae' di Murecine*, Napoli, 1979
- BRIGUGLIO, F., *Le «pagine scomparse»*, in F. BRIGUGLIO (a cura di), «Gaius ritrovato»: le «pagine scomparse» nel codice veronese delle institutiones, in *Minima epigraphica et papyrologica*, vol. X, 2007
- BRIGUGLIO, F., *La Paternità di Gaius in una scritta ritrovata del Codice Veronese delle Institutiones*, in *Minima epigraphica et papyrologica*, vol. XI, 2008
- BROGGINI, G., *A propos de Mutatio iudicis et de traslatio iudicii*, in *RHD* 27, 1959
- BROGGINI, G., *Iudex arbitrive*, in *Rivista di Diritto romano*, II, 2002 (=ID., 'Iudex arbiterve'. *Prolegomena zum 'Officium' des römischen Privatrichters*, Köln, 1957)
- BRUTTI, M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973
- BRUTTI, M., *Diritto romano privato*, Torino, 2015
- BURDESE, A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1964
- BURDESE, A., *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, in *BIDR*, 69, 1966
- BURDESE, A., *Recenti prospettive in tema di contratti*, in *Labeo*, 1992
- BURDESE, A., *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare in Diritto e processo nella esperienza romana: atti del seminario torinese in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994
- BURDESE, A., *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano*, in *Fraterna munera. Studi in onore di L. Amirante*, Università degli studi di Ferrara e di Salerno, Salerno, 1998

- BURDESE, A., *Ancora sul “iudex qui litem suam facit”*, in *EPKOS. Studi in onore di F. Sartori*, Padova, 2003
- CALBOLI, G., Cicero, Rhetorica ad C. Herennium, *glossatori e dettatori: la forza di una falsa attribuzione*, in *Ciceroniana on Line*, Vol. 13 (2009) *Atti del XIII Colloquium Tullianum (Milano, 27-29 marzo 2008)*
- CALORE, A., «Cittadinanze» nell'antica Roma, Vol I, l'età regia, Torino, 2018
- CALORE, A., *Per Iovem lapidem, alle origini del giuramento*, Milano, 2000
- CAMODECA, G., *L'archivio puteolano dei Sulpicii*, I, Napoli, 1992
- CANCELLI, F., *Saggio sul concetto di «officium» in diritto romano*, in *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, 1957-1958
- CANCELLI, F., s.v. *Ufficio (dir. rom.)*, in *EdD.*, XLV, 1992
- CANNATA, C. A., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969
- CANNATA, C. A., *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, in *Labeo*, XVII, 1971
- CANNATA, C. A., *Delitto e obbligazione*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di Copanello 4-7 giugno 1990*, Napoli, 1992
- CANNATA, C. A., *Profilo istituzionale del processo privato romano II. Il processo formulare*, Torino, 2000
- CANTARELLA, E.- GAGLIARDI, L. (a cura di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di, Milano, 2007
- CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *L'arte della traduzione e il Corpus iuris civilis*, in *Roma e America*, 42, 2021
- CARDILLI, R., *Designazione e scelta del iudex unus alla luce della Lex Irnitana*, in *Rend. Mor. Acc. Lincei* s.9, v.3: 37-73 (1992)
- CARRELLI, O., *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946
- CASAVOLA, F., *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980
- CATALANO, P., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990

- CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. I, Varese, 1982
- CELIA, L., *Communio iuris: condivisione ed estensione dei diritti civili nella civitas romana*, Bucarest, 2020
- CENDERELLI, A., *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di 'Res cottidianae'*, in *BIDR*, 101-102, 1998-1999
- CENTOLA, D. A., *In tema di responsabilità penale nella legislazione tardoimperiale*, in *SDHI*, 68, 2002
- CENTOLA, D. A., *Contra constitutiones iudicare. Alle origini di una dialettica nell'età dei severi*, Napoli, 2017
- CIPRIANI, F., *Il giudizio di rivalsa contro il magistrato*, *Foro it.*, 1988, V
- COLLINET, P., *Le role des juges dans la formation du droit romain classique*, in *Recueil Gèny*, I, Parigi
- CORBINO, A., *XII Tab. 2.2 e la presenza del magistrato nel processo privato romano dell'epoca decemvirale*, in *Estudios en homenaje al professor Juan Iglesias*, Tomo III, Madrid, 1988
- COSTABILE, F., *Preistoria di una ricerca*, in F. BRIGUGLIO (a cura di), «*Gaio ritrovato*»: le «*pagine scomparse*» nel codice veronese delle istituzioni, in *Minima epigraphica et papyrologica*, vol. X, 2007
- CRAWFORD, M. C., *Roman Statutes*, 1996, London
- CREMADES, I.- PARICIO, J., *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, in *AHDE* 54, 1984
- CUIACIUS, *Notae in librum IV, Inst Justiniani*, in *Opera Omnia*, vol. I, Napoli, 1722
- CUQ, E., *Manuel des institutions Juridiques des Romains*, Paris, 1928
- CURSI, M. F., *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002
- CURSI, M. F., (AA.VV., a cura di) *XII Tabulae*, Napoli, 2018
- DE FRANCISCI, P., *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano, 1912
- DELL'ORO, A., *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, 1960, Milano

- DE MADDALENA, L., *Litis causa malo more pecuniam promittere. Sulla contrarietà ai boni mores del 'patto di quota lite'*, Zurich, 2015
- DE MARTINO, F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937
- DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana*², Napoli, 1972
- DE MARTINO, F., *Litem suam facere*, in *BIDR*, 91, 1988
- DILIBERTO, O., *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in *Index*, 18, 1990
- DILIBERTO, O., *Materiale per una palingenesi delle XII Tavole*, Edizioni AV, Cagliari, 1992
- DILIBERTO, O., *Contributo alla palingenesi delle XII tavole. Le sequenze nei testi gelliani*, in *Index*, 20, 1992
- DILIBERTO, O., *Ut carmen necessarium (Cic. leg. 2,23,59). Apprendimento e conoscenza della legge delle XII Tavole nel I sec. a. C. in Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all'Impero. In ricordo di E. Narducci, a cura di M. CITRONI*, Pisa, 2012
- DI PORTO, A., *Traduzione del Digesto e metodo della didattica del diritto romano nell'Università del 'saper fare'*, in *Roma e America*, 42, 2021
- D'IPPOLITO, F., *XII Tab. 2.2*, in *Index*, 18, 1990
- D'IPPOLITO, F., *Gaio e le XII tavole*, in *Index*, 20, 1992
- DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, ed. Veuve Cavalier, Parigi, 1766
- DONELLUS, H., *Iureconsulti et antecessoris opera omnia commentariorum de iure civili*, ed. Joannis Riccomini, Lucca, 1764
- D'ORS, A., *Litem suam facere*, in *SDHI*, 48, 1982
- D'ORS, A., *Nuievis datos de la ley Irnitana sobre jurisdicción municipal*, in *SDHI*, 49, 1983
- D'ORS, A., *La nueva copia Irnitana de la Lex Flavia Municipalis*, in *AHDE*, 52, 1983
- D'ORS, A., *La ley Flavia Municipal (traducción española)* in *AHDE* 54, 1984

- D'ORS, A., *La 'lex Flavia' municipal. Texto y comentario*, Roma, 1986
- D'ORS, A. – D'ORS, X., *Lex Irnitana. Texto bilingüe in Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano I*, Santiago de Compostela, 1988
- DURSI, D., «Viva vox». *Qualche riflessione intorno a Marc. 1 inst. D. 1,1,8*, in *BIDR*, 111, 2017
- ERXLEBEN, F., *Translatio iudicii. Der Parteiwechsel im römischen Formularprozess*, München, 2017
- FARGNOLI, I., rec. a G.F. ROSSO ELORRIAGA, in *Roma e America*, 37/2016, 281.
- FARGNOLI, I., *I piaceri della tavola a Roma antica. Tra alimentazione e diritto²*, Torino, 2021
- FERCIA, R., 'Litem suam facere' *da Adriano ai Severi*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, Padova, 2015
- FASCIONE, L., *Fraus Legis. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983
- FIORI, R., *Il processo privato*, in M. F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae*, vol. II, Napoli, 2018
- FÖLDI, A., *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, III, 2002
- FORMIGONI, W., *Paolo e Labeone: un contrasto apparente*, in *AUFE*, sez. V, 1, 1987
- FROSINI, V., s.v. *Officio*, in *Nuovissimo digesto italiano*, XI, 1957
- FUSTEL DE COULANGE, N. D., *La cité antique*, Paris, 1864.
- GABBA, E., *Dionigi e la Storia di Roma Arcaica*, Bari, 1996
- GAGLIARDI, L., *La figura del giudice privati del processo civile romano. Per un'analisi storico-sociologica sulla base delle fonti letterarie (da Plauto a Macrobio)*, in *Diritto e Teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. CANTARELLA e L. GAGLIARDI, Milano, 2007
- GALEOTTI, G., *Ricerche sulla nozione di damnum. I Il danno nel diritto romano fra semantica e interpretazione*, Napoli, 2015

- GALLO, F., *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in *BIDR*, 1973
- GALLO, F., *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997
- GIMENEZ-CANDELA, T., *Notas en torno al vadimonium*, in *SDHI*, 48, 1982
- GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Una contribución al estudio de la ley Imitana: la manumisión de esclavos municipales*, in *Iura*, 32, 1984
- GIMENEZ-CANDELA, T., *Una revisión de Pap. Ant. 22*, in *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro D'Ors*, vol. I, Pamplona, 1987
- GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990
- GIOFFREDI, C. *Rem ubi pactum orato: XII Tab. I, 6-9 (per la critica del testo decemvirale)*, in *BIDR* 76, 1973
- GIUSTO, M., *Per una storia del litem suam facere*, in *SDHI*, 71, 2005
- GIUSTO, M., *Litem suam facere (a proposito di una recente monografia)* in *SDHI* 72, 2006
- GNOLI F. - FARGNOLI, I., *Istitutiones iuris romani*, Milano 2018
- GONZÁLEZ, J., *The Lex Irnitana: A New Copy of the Flavian Municipal Law*, in *The Journal of Roman Studies*, 76, 1986
- GORIA, F., *La giustizia nell'impero romano d'Oriente. Organizzazione giudiziaria in La giustizia nell'alto medioevo (secoli V - VIII). Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo, 7 - 13 aprile 1994*, Spoleto, 1995
- GORIA, F., *I «Basilici» e l'edizione di K. – H. – E. Heimbach*, in *Collana della rivista di diritto romano. testi. Basilicorum libri LX*, I, Milano, 2002
- GROSSO, G., *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963
- GROSSO, G., *Storia del diritto romano*, Torino, 1965
- GROSSO, G., *Influenze aristoteliche nella sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana*, in AA.VV., *La filosofia greca e il diritto romano*, I, Roma, 1976
- GUARINO, A., *Actiones in aequum conceptae*, in *Labeo*, 8, 1962,

- GUARINO, A., *La condanna nei limiti del possibile*, Jovene editore, Napoli, 1978
- GUARINO, A., «*Praesenti litem addicito*» in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994
- GUARINO, A., *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001
- HEINECCIUS, *Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum*, Venezia, 1789
- HONORÈ, H., *Ulpian*, Oxford, 1982
- HUERBNER, H., *Zur Haftung des iudex, qui litem suam fecit*, in *IURA*, 5, 1954
- HUSCHKE, P. E., *Iurisprudentiae Anteiustinianae quae supersunt*, Lipsia, 1886⁵
- VON JHERING, R., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867
- KARLOWA, O., *Romische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901
- KASER, M. e HACKL, K., *Das Romische Zivilprozessrecht*, Munchen, 1996
- KASER, M., *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahren*, in *Festschrift Wenger*, I, München 1944
- KELLER, F. L., *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*, Zurich, 1827
- KELLER, F. L., *Das Römische Zivivilprocess*, Lipsia 1876-1883
- KELLY, J. M., *Roman Litigation*, Calarendom press, Oxford, 1966
- KELLY, J.M., *Studies in the civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, 1976
- KÜBLER, B., *Die Haftung für Verschulden bei Schuldverhältnissen*, in *ZSS*, 39, 1918
- KUNKEL, W., *Diligentia*, in *ZSS*, 45, 1925
- KUNKEL, W., *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift Koschaker*, Weimar, 1939
- LABRUNA, L., *Plauto, Manilio, Catone*, in *Labeo*, 14, 1968
- LABRUNA, L., *Un tema senza tempo: il difficile rapporto tra il giudice e la legge. Qualche riflessione a proposito di un recente volume*, in *Civitas et Civilitas. Studi in onore di F. Guzzi*, I, Torino, 2013

- LAMBERTI, F., *Riflessioni in tema di <litem suam facere>*, in *Labeo*, 36, 1990
- LAMBERTINI, R., *Se ci sia stato un Quinquaginta decisionum liber*, *IURA*, 57, 2008-2009
- LAMBERTINI, R., *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit*, lezione tenuta nella Sede napoletana dell'Ast il 10 novembre 2010 (<http://www.studitardoantichi.org/einfo2/file/1290518727-Lambertini%202.pdf>).
- LAMBERTINI, R., *Sulla responsabilità del giudice nel diritto romano tardoantico*, in *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino, 2010
- LAMBRINI, P. 'Titius iudex esto': *la scelta del giudice privato nel processo formulare*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, Lavis, 2012
- C. LANZA, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di «diritto classico»*, in *BIDR*, 90, 1987
- LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927³, ristampa Scientia Verlag Aalen, Leipzig, 1985
- LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig, 1927, rist., Roma, 2000
- E. LEVY, *Von den romischen Anklagervergehen*, in *ZSS*, 53, 1933
- LOCRÉ, J. G., *Esprit du Code Napoleon*, Parigi, 1805
- LONGHI, L., *Il ruolo del giudice dalla legittimazione democratica della giurisdizione alla democrazia giurisdizionale*, in *Osservatorio Costituzionale*, Fas. 4, 2019
- LURASCHI, G., *Sulla Lex Irnitana*, in *SDHI* 55, 1989
- LUZZATTO, G.I., *Procedura civile romana I, Esercizio dei diritti e difesa privata. Dalle lezioni tenute nell'Università di Modena*, Anno Accademico 1945-1946, Bologna, 1946
- MACCORMACK, G., *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, in *ANRW*, II, 14, Berlino-New York, 1982
- MACCORMICK, D.N., *Iudex qui litem suam fecit*, in *Acta Juridica. Essays in Honour of Ben Beinart*, II, Cape Town, 1977
- MAFFEI, D., *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, 1972

- MANIACI, A., *Il precedente giudiziale in Italia: verso lo 'Stare decisis'?* in *Rivista critica del diritto privato*, anno XXXII, n.4, Napoli, 2014
- MANTOVANI, D., *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999
- MANTOVANI, D., *La 'diei diffissio' nella 'Lex Irnitana'. Contributo all'interpretazione e alla critica testuale del capitolo LXXXI*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, vol. V, Napoli, 2001
- MAROTTA, V., *Conflitti politici cittadini e governo provinciale*, in *Politica e partecipazioni nelle città dell'imepro romano*, Roma, 2005
- MAROTTA, V., *Un esempio di amministrazione giudiziale: decreti e consigli cittadini e appellatio*, in *Amministrare un impero Roma e le sue province*, a cura di A. BARONI, Trento, 2007
- MAROTTA, V., *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino, 2009
- MARRONE, M., *Istituzioni di diritto privato romano*, 2006
- MARTINI, R., *Antica retorica giudiziaria (gli status causae)*, in *Studi senesi*, 116, 2004, 30 ss. (=in *Diritto@Storia*, 3, maggio 2004)
- MASI DORIA, C., *Principi e regole, Valori e razionalità come forme del discorso giuridico*, in A. LOVATO (a cura di), *Tra retorica e diritto. Linguaggio e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio. Trani 22-23 maggio 2009*, Bari, 2011
- MASSUELLI, S., *Il principe come giudice privato. Modelli di intervento personale del principe nel processo civile ordinario*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, a cura di L. GAROFALO, Cedam, 2012
- MATTIOLI, F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna, 2010;
- MELNICHUK, Y. V., *I Tarquini: anziani, sacerdoti, giudici e re*, in *Diritto e Storia*, 15, 2017
- METZGER, E., *A New Outline of the roman civil trial*, Oxford, 1997
- METZGER, E., *Remedy of Prohibition against Roman Judges in Civil Trials*, in *Judges and judging in the history of the Common Law and Civil Law: from antiquity to modern times*, Cambridge, 2012

- MIGLIETTA, M., *Le norme di diritto criminale*, in M. F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae*, vol. II, Napoli, 2018
- MORA, F., *Il pensiero storico-religioso antico: autori greci e Roma*, Roma, 1995
- NICOSIA, G., *Il processo privato romano. I. Le origini*, in *corso di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1980
- NICOSIA, G., *La legis actio per conductionem e la novità dell'intervallo dei trenta giorni*, in *AUPA*, 53, 2009
- ORESTANO, R., *Augusto e la cognitio extra ordinem*, in *Studi economico-giuridici*, 16, 1938
- ORESTANO, R., *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR*, 46, 1939
- ORESTANO, R., s.v. *Formalismo Giuridico*, in *Enciclopedia Italiana*, III Appendice, 1961
- ORESTANO, R., *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1966
- ORESTANO, R., *I Fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967
- ORESTANO, R., *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968
- ORESTANO, R., *La 'cognitio extra ordinem': una chimera*, in *SDHI*, 46, 1980
- ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987
- ORTU, R., *Alle origini del iudicium privatum*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. GAGLIARDI, I, Milano 2012
- PALMA, A., *Il luogo delle regole*, 2016, Torino
- PARICIO, J., *Estudio sobre las «acciones in aequum conceptae»*, Milano, 1986
- PARICIO, J., *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, Madrid, 1987
- PARICIO, J., *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, Madrid, 1987

- PARICIO, J., 'Iurare sibi non liquere', in *Atti del III seminario romanistico grdesano. Promosso dall'istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti dell'antichità. 22-25 ottobre 1985*, Milano, 1988
- PASSANANTE, L., *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018
- PELLOSO, C., 'Giudicare' e 'decidere' in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di tab. 1.8, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, I, Lavis, 2012
- PERNICE, A., *Labeo I, Rominisches privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Halle, Max Niemeyer, 1895-1900 rist. Scientia Verlag Aalen, 1963
- PERNICE, A., *Pithanon a Paulo epitomatorum libri VIII. Sulla funzione critica del commento del giurista Giulio Paolo*, Milano, 1996
- PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano*², II. *Obbligazioni ed azioni – Diritto ereditario e donazioni*, Roma, 1928
- PEZZELLA, F., *il fondamento della responsabilità colposa nella dottrina tedesca e nella tradizione giuridica*, in *Riv. Dir civ.* 1932
- PIANO MORTARI, V., *Sugli scritti programmatici dei giuristi del sec. XVI*, in *SDHI*, 21, 1955
- PINTUS, F., *Responsabilità del giudice*, in *Enciclopedia del diritto*, 1988, XXXIX
- PLESCIA, J., *The development of «iniuria»*, in *Labeo*, 23, 1977
- POTHIER, R. J., *Traité des obligations*, ed. italiana: *Opere di Pothier. Trattato delle obbligazioni*, Tipografia Francesco Sozegno di G. Battista, Milano, 1809
- PULIATTI, S., *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustiniana*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del convegno di Modena, 21-22 maggio 1998*, a cura di S. PULIATTI e A. SANGUINETTI, Giuffrè, Milano, 2000
- PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991
- PUGLIESE, G., *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano, 1960 (= in *Scritti giuridici scelti, II, Diritto romano*, Napoli, 1985)

- PUGLIESE, G., *Note sull'ingiustizia della sentenza in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962
- PUGLIESE, G., *il processo civile romano*, Roma, 1962
- PUGLIESE, G., *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano* in *Studi in onore di E. Betti*, Milano, 1962
- PUGSLEY, D., *Litem suam facere*, in *The Irish Jurist* 4, 1969
- PURPURA, G., *Un percorso di ricerca*, in F. BRIGUGLIO (a cura di), «*Gaio ritrovato*»: le «*pagine scomparse*» nel codice veronese delle *institutiones*, in *Minima epigraphica et papyrologica*, vol. X, 2007
- QUADRATO, R., *Retorica e giurisprudenza: da Quintiliano a Gaio*, in A. LOVATO (a cura di) *Tra retorica e diritto. Linguaggio e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio. Trani 22-23 maggio 2009*, Bari, 2011
- RICCOBONO, R., *La Fusione del Ius civile e del Ius praetorium in unico ordinamento*, in *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, Vol. 16, n. 4, 1922/23
- ROBERTS, C.H., *The Antinoopolis Papyri I*, Londra, 1950
- ROSSETTI, M., *Traduciamolo, il Digesto: esso ci serve oggi più che mai*, in *Roma e America*, 42, 2021
- ROSSO ELORRIAGA, G. F., *Los límites de la responsabilidad objetiva. Análisis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual desde el derecho romano hasta el derecho civil latinoamericano moderno*, Ciudad de México, 2016
- ROTELLI, G., *Ricerca di un criterio metodologico per l'utilizzazione di Plauto*, in *BIDR*, 75, 1972
- ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani: elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Milano, 1912
- ROTONDI, G., *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, (Torino, 1911), rist. «L'Erma» di Bretschneider, Roma, 1971
- RUDORFF, A. F., *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, (Lipsiae, 1869), rist. Eunsa, 1997
- SANTORO, R., *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, 30, 1967
- SANTUCCI, G., *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova, 1997

- SANTUCCI, G., *Retorica e diritto: un primo approccio circa l'esperienza giuridica romana*, in *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, a cura di G. A. FERRARI – M. MANZIN, Milano, 2004
- SANTUCCI, G., *La colpa nel diritto romano. Minime note Introduttive*, in *Studi Urbinati*, 71, 2020
- SCEVOLA, R., *La responsabilità del iudex privatus*, Giuffrè, Milano, 2004
- SCEVOLA, R., *In margine al litem suam facere in età postclassica e giustiniana*, in *SDHI*, 79, 2013
- SCEVOLA, R., *Origini, regimi e sanzioni del 'litem suam facere'*, in 'Crimina' e 'delicta'. *Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2019, 391-517
- SCEVOLA, R., *Tra 'vera aestimatio litis' e 'quantum de ea re aequum visum fuerit': sulla condanna del 'iudex qui litem suam fecit'*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, XXXIV, 2021, 425-472 (= in L. GAROFALO (a cura di), 'Ius civile europaeum'. *Pena privata e risarcimento del danno. Atti della 'Winter School' dell'Università di Padova, 20-24 febbraio 2017. Lezioni e ricerche* Pisa, 2021 pubbl. 2022, 333-385).
- SCHIPANI, S., *Responsabilità ex lege Aquilia: criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1969
- SCHIPANI, S., *Lex Aquilia, culpa responsabilità*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano Copanello 4-7 giugno 1990*, Napoli, 1992
- SCHIPANI, S., *Primo rapporto sulla attività della ricerca: 'Il latino del diritto e la sua traduzione. Traduzione in italiano dei Digesta di Giustiniano'*, in *SDHI*, 60, 1994
- SCHIPANI, S., *Premessa*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I, Milano, 2005
- SCHIPANI, S., *Rileggere i Digesta. La traduzione, uno strumento per la didattica?* in *Index*, 36, 2008
- SCHIPANI, S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2009
- SCHIPANI, S., *Rileggere i Digesti: presentazione della traduzione della Parte terza dei Digesti di Giustiniano*, in M. MIGLIETTA-G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale. Atti del 'Seminario internazionale di diritto*

romano' e della 'Presentazione' del terzo volume dei 'Iustiniani Digesta seu Pandectae'. Testo e traduzione. Trento 2007, Trento, 2011

SCHIPANI, S., «Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano in America Latina: il riconoscimento del sistema» in S. LANNI e P. SIRENA (a cura di), *Il modello giuridico - scientifico e legislativo italiano fuori dell'Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD Siena, 20-21-22 settembre 2012*, Napoli, 2013

SCHIPANI, S., *Tradurre i Digesti. Una riflessione sulla 'pulizia terminologico-concettuale' a proposito della traduzione di lex, alla ricerca del diritto, in Roma e America*, 35, 2014

SCHIPANI, S., *Dal latino del diritto romano a un diritto, due lingue; un diritto, molte lingue*, in *Roma e America*, 42, 2021

SCIALOJA, V., *Procedura civile romana*, Roma, 1936

SEGRÈ, G., *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III, 1929

SEIDL, E., *Juristische Papyruskunde*, in *SDHI*, 18, 1952

SERRAO, F., *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano, 1954

SERRAO, F., *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa, 1974

SERRAO, F., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, Vol. 1, Napoli, 2001

SERRAO, F., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma, I. Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli 2006

SILVESTRI, G., *Sovranità popolare e magistratura*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 3, 2003

SINI, F., *Bellum Nefandum. Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico"*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, VII, Sassari, 1991

SINI, F., *Ut iustum conciperetur bellum. Guerra "giusta" e sistema giuridico-religioso romano*, in *Seminari di storia e diritto III*, «Guerra giusta? Le metamorfosi di un concetto antico», a cura di A. CALORE, Milano, 2003

SPOSITO, G., *Il luogo dell'oratore. Argomentazione topica e retorica forense in Cicerone*, Napoli, 2001

- STEIN, P., *The nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law*, in *RIDA*, 5, 1958
- STOJEVIC, D., *Sur le caractère de quasi-délits en droit romaine*, in *IURA*, 8, 1957
- TALAMANCA, M., *Ricerche in tema di compromissum*, Milano, 1958
- TALAMANCA, M., s.v. *Processo civile (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milano, 1987
- TALAMANCA, M., (A.A. V.V. sotto la direzione di) *Lineamenti di Storia del diritto romano*, Milano, 1989
- TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990
- TALAMANCA, M., *Il riordino augusteo del processo privato*, in *Atti dell'VIII convegno di diritto romano di Copanello*, Napoli, 1992
- TEDOLDI, A., *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2015
- VALDITARA, G., *Dalla iniuria alla culpa. Su una dibattuta questione*, in *SDHI*, 2009
- VALDITARA, G., *Giudici e legge*, Roma, 2015
- TOMULESCU, C., S., *Problèmes de droit romain*, in *Iura*, 24, 1973
- TOMULESCU, C. S., *Les origines de la procédure formulaire*, in *RIDA*, 20, 1973
- TURELLI, G., *Transferre iudicium. Linee ricostruttive di uno strumento pretorio*, Torino, 2020
- VALLOCCHIA, F., *Tradurre i Digesti. Concetti e parole del sistema giuridico*, in *Roma e America*, 42, 2021
- VARVARO, M., *La revisione del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio e le schede di Bluhme*, in *AUPA*, LVII, 2014
- VARVARO, M., *A proposito di «traslatio iudicii»*, in *Index*, vol. 47, 2019
- VARVARO, M., *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli, 2023
- VENTURINI, C., *Concussione e corruzione: origine romanistica di una problematica attuale*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano, 1987
- VENTURINI, C., rec. a L. FANIZZA, *Delatori e accusatori, l'iniziativa nei processi in età imperiale*, Roma, 1988, in *Iura*, 39, 1988

- VENTURINI, C., *Leges sumptuariae*, in *Index*, 32, 2004
- VENTURINI, C., *La responsabilità del giudice nell'età classica, tra negligenza e corruzione*, in *Index*, 41, 2013
- VERDE, G., *Il difficile rapporto tra giudici e legge*, Napoli, 2012.
- VIGORITI, V., *La responsabilità del giudice: che fare?*, in *Riv. Dir. Civ.*, Padova, 1987
- VINCENTI, U., *Ante sententiam appellari potest. Contributo allo studio dell'appellabilità delle sentenze interlocutorie nel processo romano*, Padova, 1986
- VINNIUS, A., *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius*, Venezia, 1740
- VOIGT, M., *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil und Criminalrechtes, wie Processes der XII Tafeln, nebst deren Fragmenten*, I, Leipzig, 1883
- WENGER, L., *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. a cura di R. ORESTANO, Milano, 1938
- WINKEL, L., *Alcune osservazioni sulla classificazione delle obbligazioni e sui contratti nominati nel diritto romano*, in *BIDR*, 42-43, 2000-2001
- WLASSAK, M., *Die Litiskontestation im Formularprozess*, Leipzig, 1889
- WLASSAK, M., *Die klassische Prozessformel*, Wien, 1924
- WOLODKIEWICZ, W., *Obligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico* in *RISG*, 14, 1970
- WOLODKIEWICZ, W., *Sulla cosiddetta responsabilità dei «quasi delitti» nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna* in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del III Congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1977
- ZAMBOTTO, I., *La struttura poliforme dell'errore nella sfera degli illeciti di diritto romano*, in *JUS*, vol. VIII, n. 3, 2022
- ZANON, G., *De intertium dando*, in *SDHI*, 58, 1992

INDICE DELLE FONTI

FONTI LETTERARIE

Ambrosius

De off.

1,8,26 4¹⁷

Aristoteles

Eth. Nic.

1130b- 1132b 21⁵²

1136b 192⁴³⁰

Const. Ath.

62,2 22⁵⁴

Politica

1275 a-b 22-23⁵⁵

Cicero

Atticus

1,16,11 214⁴⁸⁵

Brut.

12,48 77¹⁸²

De inv.

1,15 174; 174⁴⁰¹
1,41 176-177; 177⁴⁰⁴
2,94 175; 175⁴⁰²
2,95 178; 178⁴⁰⁷

De leg.

1,5,3 114²⁴⁹
2,23,59 36⁹²
3,4,11 74; 74¹⁷⁸
3,19,44 74¹⁷⁷

De off.

1,7-8 3¹⁵
1,37,12 61; 61¹⁴⁹

De orat.

2,75,305 112²⁴⁹
2,75,306 114²⁴⁹

Rep.

2,21,38 16; 16⁴³
2,35,60 246-247; 247⁵⁵⁸
5,2,3 12; 12³⁴

Cluent.

13,39 114²⁴⁹
39,108 114²⁴⁹

41,114	83-84; 84 ²⁰⁰
43,120	33-34; 34 ⁸⁷
55,151	77 ¹⁸²
<i>Flacc.</i>	
50	114 ²⁴⁹
<i>Pro Mur.</i>	
5,11	139 ¹²¹
12,27	138; 138 ³¹⁹ ; 139 ³²²
<i>Pro Roscio Am.</i>	
112	4 ¹⁸
<i>Pro Sest.</i>	
28,60	213 ⁴⁸⁶
<i>Pro Rab. Post.</i>	
4,8-9	77 ¹⁸²
7,16	77 ¹⁸²
<i>Verr.</i>	
2,2,31	31
2,3,156	82; 82 ¹⁹⁹

Dion. Hal.

Ant. Rom.

2,9,1	24; 25 ⁵⁸
4,1,18,1	28 ⁶⁸
4,25,2	17; 17 ⁴⁶
4,36,2	18; 18 ⁴⁸
10,1,2-3	19 ⁵⁰

Gellius, Aulus

Noc. Att.

10,1,4-5	105; 105 ²³⁴
14,2,1	144; 144 ³³⁶
14,2,8	106; 107 ²³⁸
14,2,11	144; 144 ³³⁶
14,2,12-13	3; 3 ¹⁴
14,2,17	107; 107 ²⁴⁰
14,2,22-23	107 ²³⁹
14,2,25	108; 108 ²⁴²
14,2,26	2 ¹³ ; 109, 109 ²⁴³
16,4,3-4	62, 62 ¹⁵¹
20,1,7-8	68; 68 ¹⁶¹
20,1,11	46; 46 ¹²⁵
20,1,25	47; 47 ¹²⁶
20,1,27	48; 48 ¹²⁸

Livius

Ab Urbe Cond.

1,8,5	24 ⁵⁷
1,8,7	24 ⁵⁷
1,26	16
1,41	16
1,42,4-5	75 ¹⁷⁹
1,43,1-13	75 ¹⁷⁹
1,49	16
1,58	10 ²⁹
5,24,5-8	14 ⁴⁰
5,30,8	14 ⁴⁰
6,35,4-5	27 ⁶⁶

Oratius

Ars Poetica

vv. 313-316	1; 1 ¹⁰
-------------	--------------------

Ovidius

Tristia

1,1,37	2; 2 ¹¹
--------	--------------------

Plautus

Aul.

vv. 457-459	218 ⁴⁹²
-------------	--------------------

Plutarcus*Vitae Tes. Rom.*

12,2 10-11;11⁸

Quintilianus*Institutio Oratoria*

3,6,83 172³⁹²

3,6,88-89 172³⁹³

7,4,14,15 177; 177⁴⁰⁶

Macrobius*Sat.*

3,16,15 99; 99²¹⁹

3,16,16 103; 103²³³

Anonimus*Reth. Her.*

1,24 173; 173³⁹⁵; 173; 174³⁹⁷

Seneca, Lucius Annaeus*Dial. (Cons. ad Polybium)*

12,2,2

115²⁵⁰

Tacitus

Hist.

1,84

214⁴⁸⁶

FONTI GIURIDICHE

FONTI PREGIUSTINIANEE

XII Tabulae

1,1

45; 45¹²³

1,2

45; 46¹²⁴

1,3

44; 45¹²¹; 47

1,6

41

1,7

41

1,8

41; 41¹⁰⁹

1,9

41; 41¹¹²

2,2

39; 39¹⁰⁷

3,2

235; 235⁵³⁷

3,3

235; 236⁵¹⁷

9,1

74; 74¹⁷⁶

9,3

67; 67¹⁵⁷

9,6

76; 77¹⁸⁰

Codex Theodosianus

1,2,7	286; 286 ⁶⁵⁴
2,1,6	283; 283 ⁶⁴⁸
6,30,17	300 ⁶⁷⁸
9,1,18	286; 286 ⁶⁵³
9,45,5	300 ⁶⁷⁸
11,29,5	287; 287 ⁶⁵⁶
11,30,2	257 ⁶⁷¹
11,30,8,1	300 ⁶⁷⁸
11,30,59	300 ⁶⁷⁸
11,36,10	300 ⁶⁷⁸
11,36,16	299; 299 ⁶⁷⁴

Gai Institutiones

3,124	204 ⁴⁵⁷
4,11	159; 159 ³⁶⁶
4,15	140 ³²⁴
4,17a	40 ¹⁰⁸
4,22	237; 237 ⁵⁴²
4,23	237; 237 ⁵⁴³
4,26	240; 240 ⁵⁵⁰
4,27	241; 241 ⁵⁵¹
4,28	242; 42 ⁵⁵²
4,29	243; 243 ⁵⁵³
4,49-50	153 ³⁵³

4,51	153 ³⁵⁴
4,52	152; 152 ³⁵⁰
4,75	254; 254 ⁵⁷⁶
4,76	255; 255 ⁵⁸⁰
4,106	159; 159 ³⁶⁵
4,107	159; 159 ³⁶⁶
4,114	159; 160 ³⁶⁷

FONTI GIUSTINIANEE

Tanta

11	309 ⁶⁹¹
21	311 ⁶⁹⁵

CORPUS JURIS CIVILIS

Codex

C. 2,3,29 pr.	301-302; 302 ⁶⁸¹
C. 2,46,1	277; 277 ⁶³²
C. 2,55,3	213; 213 ⁴⁸⁵
C. 2,57,1	2221 ⁵⁰⁵ ; 272 ⁶¹⁸
C. 3,1,13,1	279 ⁶⁴⁰
C. 3,1,13,6	290; 290 ⁶⁶¹
C. 3,1,15	291; 291-292 ⁶⁶⁴
C. 3,1,16	279 ⁶⁴⁰
C. 4,19,22	301 ⁶⁷⁹
C. 4,20,19	294; 294-295 ⁶⁶⁷

C. 7,45,13	278; 278 ⁶³⁶
C. 7,48,1	164; 164681
C. 7,49,1	91; 91 ²¹³
C. 7,64,10 pr-1	292 ⁶⁶⁵
C. 7,65,6	301 ⁶⁷⁹
C. 10,48,3	301 ⁶⁷⁹
C. 11,8,7	301 ⁶⁷⁹
C. 32,3,1	301 ⁶⁷⁹
C. 64,1	301 ⁶⁷⁹
C. 66,5 pr.	301 ⁶⁷⁹
C. 67,1	301 ⁶⁷⁹
C. 12,40,3	279 ⁶³⁸

Digesta

D. 1,1,7,1	251 ⁵⁶⁷
D. 1,2,2 pr.	11; 11 ³⁰
D. 1,2,2,1	11; 11 ³⁰
D. 1,2,2,5	35 ⁹¹
D. 1,2,2,12	273 ⁶²²
D. 1,2,2,14	11 11 ³²
D. 1,12,1,7	128 ²⁸⁹
D. 1,3,29	207; 207 ⁴⁶⁷
D. 1,3,30	207; 207 ⁴⁶⁸
D. 1,3,31	276 ⁶³⁰
D. 1,4,1 pr.	276 ⁶³⁰
D. 2,1,5	196; 196 ⁴³⁷

D. 2,2,2	185; 185 ⁴¹⁵
D. 2,11,2,3	51; 51 ¹³³
D. 3,2,6,5	72 ¹⁷³
D. 3,2,6,7	72; 72 ¹⁷²
D. 3,3,46,4	163; 163 ³⁷⁷
D. 3,5,2	198 ⁴³⁸
D. 3,5,20,3	186; 186 ⁴¹⁸
D. 3,5,38	198 ⁴³⁸
D. 3,6,1,3	92; 92 ²¹⁵
D. 4,3,1 pr.-2	209; 209 ⁴⁷²
D. 4,6,26,4	212; 212 ⁴⁸²
D. 4,8,3,1	212; 212 ⁴⁸³
D. 4,8,32,12	248; 248 ⁵⁶⁰
D. 5,1,12,1	32; 32 ⁸⁵
D. 5,1,12,2	8; 8 ²⁶
D. 5,1,12,3	253; 254 ⁵⁷⁴
D. 5,1,15 pr.	252; 252 ⁵⁷⁰
D. 5,1,15,1	199; 199-200 ⁴³⁹
D. 5,1,16	238; 238 ⁵⁴⁴ ; 258; 258 ⁵⁸⁶
D. 5,1,17	532 ⁵³⁰
D. 5,1,18 pr.	231; 231 ⁵²⁹
D. 5,1,46	40; 42; 42 ¹¹⁵ ; 227; 227 ⁵²³
D. 5,1,57	257; 258 ⁵⁸⁵
D. 5,1,60	232; 232 ⁵³²
D. 5,1,74 pr.	157; 157 ³⁶¹
D. 5,1,77	7; 7 ²⁴
D. 5,1,78	4; 4 ²⁰

D. 9,2,8,1	193; 193 ⁴³¹
D. 9,2,31	181; 181 ⁴¹⁰
D. 9,4,32	255; 255 ⁵⁷⁹
D. 9,4,33	256; 256 ⁵⁸¹
D. 9,4,34	256; 256 ⁵⁸²
D. 9,4,35	257; 257 ⁵⁸³
D. 10,3,18	156; 156 ³⁵⁸
D. 12,6,32,1	181 ;181 ⁴¹⁰
D. 17,1,26,7	53 ¹³⁵
D. 17,2,52,2-4	53 ¹³⁵
D. 19,2,9,5	195; 195 ⁴³⁴ ; 315
D. 19,5,1 pr.	251 ⁵⁶⁷
D. 19,5,11	251 ⁵⁶⁷
D. 21,1,45	56 ¹³⁸
D. 21,1,65 pr-2	57; 57 ¹³⁹
D. 21,2,51 pr.	214 ⁴⁸⁵
D. 23,3,62	261 ⁵⁹⁴
D. 23,4,20,2	53 ¹³⁵
D. 26,5,26	130; 130 ²⁹⁹
D. 26,7,3,2	128 ²⁹⁰
D. 26,7,7,2	128 ²⁹⁰ ; 213 ⁴⁸⁴
D. 27,6,1,6	120; 120 ²⁷²
D. 27,6,2	120; 120 ²⁷²
D. 27,6,7 pr.	121 ²⁷⁴
D. 27,6,11 pr.	130; 130 ²⁹⁷
D. 30,44,8	262; 262 ⁵⁹⁵
D. 34,2,38,1	261 ⁵⁹⁴

D. 35,1,32	184; 184 ⁴¹⁴
D. 35,2,61	261 ⁵⁹⁴
D. 38,2,24	53 ¹³⁵
D. 40,1,4,1	300 ⁶⁷⁷
D. 42,1,36	110 ²⁴⁴
D. 42,1,55	161; 161 ³⁷²
D. 42,1,60	49; 50 ³¹
D. 44,4,4,3	188; 188 ⁴²³
D. 44,7,5,4	169; 169 ³⁸⁷ ; 249
D. 44,7,5,5	250 ⁵⁶⁶
D. 47,9,7	52 ¹³⁵
D. 47,10,1 pr.	166; 167 ³⁸⁵
D. 48,8,1 pr.	89; 89 ²¹⁰
D. 48,8,1,1	90; 90 ²¹¹
D. 48,10,1,3	288; 288 ⁶⁵⁷
D. 48,11,1 pr.	85; 85 ²⁰¹
D. 48,11,3	86; 86 ²⁰⁴
D. 48,11,7 pr.	87; 87 ²⁰⁷
D. 48,11,7,3	88; 88 ²⁰⁸
D. 48,18,1,22	54 ¹³⁵
D. 49,14,15 pr.	187; 187 ⁴¹⁹
D. 50,5,13 pr.	31; 32 ⁸⁴ ; 226; 227 ⁵²²
D. 50,5,13,1	229; 229 ⁵²⁵
D. 50,5,13,2	226; 226 ⁵²⁰
D. 50,5,13,3	229; 229 ⁵²⁷
D. 50,13,6	189; 189 ⁴²⁵ ; 248
D. 50,16,113,1	58; 58 ¹⁴²

D. 50,16,131,1	245; 245 ⁵⁵⁶
D. 50,16,179	263; 263 ⁵⁹⁶
D. 50,16,214	6; 6 ²³
D. 50,16,244	244; 244 ⁵⁵⁵
D. 50,17,2 pr.-1	8; 8 ²⁷
D. 50,17,108	188; 188 ⁴²²
D. 50,17,132	194; 194 ⁴³²
D. 50,17,203	53 ¹³⁵

Institutiones

I. 1,1,2	309 ⁶⁹¹
I.2,23,1	273 ⁶²³
I.3,25,9	307 ⁶⁸⁹
I.4,2,1	306; 306 ⁶⁸⁸
I.4,3,7-8	307 ⁶⁹⁰
I.4,5 pr.	249; 305; 305 ⁶⁸⁶
I.4,17	284; 284 ⁶⁵⁰

Novellae

N. 69,3,1	285; 285 ⁶⁵²
N. 82,7	293 ⁶⁶⁶
N. 105,2,4	275 ⁶²⁹

FONTI BIZANTINE

Theophili Parafrasis

4,5 pr. 313

Libri Basilicorum

Bas. 20,1,9 315-316; 316⁷⁰³

Bas. 52,1,4 315; 315⁷⁰¹

Bas. 54,14,5 317; 317⁷⁰⁶

EPIGRAFI E PAPIRI

Pap. Ant.

I.22 (*recto*) 118-119

Lex Irnitana

90,31-37 141; 141³²⁷

90, 37-41 141-142; 142³²⁹

91, XA-XB 135; 136

91,48-49 142; 142³³⁰

91, 51-53 144; 144³³⁵