



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II

Dipartimento di Giurisprudenza

Tesi di dottorato in Diritti umani, teoria, storia e prassi

Ciclo XXXI

Anno Accademico 2017/2018

**Le problematiche della responsabilità del *iudex*
per *litem suam facere***

tutor
Ch.mo prof. Antonio Palma

candidato
Benedetto Monteleone

INDICE

<i>Premessa</i>	1
CAPITOLO I	
<i>Dalla retorica al diritto: il giudice che fa sua la lite</i>	
1. <i>Considerazioni preliminari</i>	7
2. <i>Il litem suam facere: prime attestazioni</i>	7
2.1. <i>Il significato del termine lis nelle fonti arcaiche</i>	9
2.2. <i>Il litem suam facere in una testimonianza di Cicerone: un approfondimento sul contesto della locuzione</i>	12
2.3. <i>Il litem suam facere in una consolatio di Seneca. Prime considerazioni generali</i>	16
2.4. <i>L'inattendibilità del racconto di Macrobio</i>	21
3. <i>Gaio: il giudice che fa sua la lite per imprudentiam. La prima attestazione diretta in ambito giuridico del lessema</i>	25
3.1. <i>Il iudex qui litem suam faciat nelle institutiones</i>	26
3.2. <i>Si iudex litem suam fecerit... la configurazione del rimedio nelle res cottidianae sive aureorum libri</i>	30
3.2.1. <i>Il maleficium: qualche approfondimento sulla portata del lemma</i>	33
3.2.2. <i>Licet per imprudentiam: un'ipotesi di responsabilità senza colpa</i>	40
3.2.3. <i>Le actiones in factum come rimedi desiderati ed eventuali: il caso del iudex qui litem suam fecerit</i>	44
3.2.4. <i>Aequum religioni iudicantis visum fuerit. La natura della pena per il giudice che sbagliava qualcosa</i>	52
3.3. <i>Prime conclusioni sulla base delle testimonianze di Gaio</i>	60
4. <i>L'oscurità delle fonti papiracee ed epigrafiche nella delineazione dell'actio adversus iudicem qui neque diffidit neque sententiam dixit. L'assorbimento successivo nel litem suam facere</i>	67
4.1. <i>Il rectum del Papiro di Antinopoli 22</i>	68
4.2. <i>Il kaput 91 della lex Irnitana: un fondamentale ritrovamento per la nostra indagine</i>	73
4.2.1. <i>L'amministrazione della giustizia a Irni: lo status civitatis degli irnitani e le conseguenze sui giudizi in tale municipio</i>	76
4.2.2. <i>L'intertium come precedente logico della scelta tra diffissio e sententiam dicere</i>	80

4.3. Iudex qui neque diffidit, neque sententiam dixit: <i>uno sguardo alla diei diffissio</i>	82
4.4. <i>Conclusioni sul litem suam facere nella testimonianza papiracea, alla luce dell'actio adversus iudicem qui neque diffidit neque sententiam dixit</i>	86
5. <i>Il litem suam facere nella testimonianza di Aulo Gellio. Tra accezione letterale e tecnico-processuale</i>	94

CAPITOLO II

La responsabilità del iudex per litem suam facere nel periodo severiano e tardo-antico.

1. <i>La testimonianza di Ulpiano. Il litem suam facere in epoca severiana</i>	99
1.1. <i>I caratteri dell'azione contro il filius familias iudex</i>	100
1.2. <i>Iudex tunc litem suam facere intellegitur: la spiegazione incidentale di Ulpiano</i>	106
1.2.1. <i>L'agere in fraudem legis</i>	107
1.2.2. <i>Il dolo nel sententiam dicere. Il rapporto con l'evidenza probatoria</i>	109
1.3. <i>Vera aestimatio litis: prospettiva conclusiva intorno al litem suam facere nel periodo severiano alla luce della fattispecie ulpiana</i>	112
2. <i>Il rapporto tra responsabilità giudiziale, nullità e appello</i>	119
3. <i>L'evoluzione successiva della connotazione di litem suam facere</i>	124
3.1. <i>Il giudice che fa propria una lite (o una causa) nel codice Teodosiano</i>	124
3.2. <i>La coniventia iudicis: un riferimento costante nelle costituzioni imperiali. La peculiarità del litem suam facere in epoca tardo-antica</i>	128
3.3. <i>Il litem suam facere che travalica i confini della responsabilità privata</i>	134
3.4. <i>Ipotesi di sintesi conclusive</i>	139

CAPITOLO III

La "restaurazione" e le novità del iudex qui litem suam fecerit nel Corpus Iuris Civilis

1. <i>Il iudex qui litem suam fecerit inserito nella categoria dei quasi delictum</i>	144
1.1. <i>Alcune considerazioni sull'effusum vel deiectum</i>	146
1.2. <i>Elementi fondamentali dell'actio de posito aut suspenso e la stretta connessione con l'effusum vel deiectum</i>	149

1.3. <i>Le problematiche sulla trasmissibilità passiva delle azioni alla luce di J. 4.5.2 e il rapporto col iudex qui litem suam fecerit.</i>	151
1.4. <i>Le actiones in factum adversus nautas, caupones et stabularios: uno sguardo d'insieme.</i>	153
1.5. <i>La differenza tra l'impostazione gaiana e giustiniana nelle obbligazioni quasi ex maleficio teneri in relazione alla responsabilità giudiziale per litem suam facere.</i>	156
2. <i>Le costituzioni giustiniane sulla responsabilità "civile" del iudex.</i>	158
2.1. <i>Tracce di litem suam facere nel Codex Iustinianus.</i>	158
2.2. <i>C. 2.3.29 e l'esplicito caso di iudex qui litem suam facit: una prospettiva di sintesi.</i>	163
2.3. <i>L'apporto delle Novellae Constitutiones al litem suam facere</i>	167
3. <i>Conclusioni sul iudex qui litem suam fecerit nel periodo giustiniano.</i>	173
 <i>Considerazioni finali.</i>	177
 <i>Bibliografia.</i>	180
 <i>Indice delle fonti.</i>	203

PREMESSA

Prima di trattare specificatamente dell'argomento sul quale si svilupperà la ricerca è opportuno chiarire il *principium* che dà scaturigine alle problematiche che affronteremo: il protagonismo della figura del *iudex* nel processo romano, in particolar modo sotto la vigenza della procedura *per formulas*.

L'occhio dei contemporanei è abituato a considerare un organo giudicante come assoggettato esclusivamente alla legge e, dunque, al principio di legalità, ma tale impostazione è frutto di una visione figlia del nostro tempo¹.

Una tale dipendenza non è mai stata così perfettamente schematizzata nel mondo antico e nemmeno nei codici moderni²; solo con l'avvento dello Stato Costituzionale e la corrispettiva teorizzazione e affermazione della separazione dei poteri, infatti, si è stabilito anche il principio di legalità nella giurisdizione dei paesi di *civil law*³.

Esempio emblematico di tale discrasia tra giudice arcaico e contemporaneo è la possibilità del *sibi non liquere*, consentita al primo⁴ e proibita al secondo⁵, sulla quale ci soffermeremo più compiutamente nel prosieguo della trattazione.

Avendo ben presente tale centralità del *iudex*, ciò che a noi interessa è intraprendere un'indagine intorno alle ipotesi di responsabilità per *litem suam facere*, come attestano le fonti, a partire proprio dal processo formulare; il periodo di vigenza di tale procedimento è, infatti, il momento in cui abbiamo la prima, seppur oscura, menzione del *iudex qui litem suam facit*.

¹ Si cfr. A. PALMA, *Il luogo delle regole*, Torino, 2016, p. 95, in particolare n. 1 per bibliografia sul punto, nonché il percorso argomentativo descritto nelle seguenti pagine.

² Il concetto di *ius dicere* ha assunto nel corso della storia diversi significati, ma sempre legati alla soluzione di un caso concreto. Per un approfondimento e l'analisi storica sul punto cfr. F. GUIZZI, *La decisione giudiziaria*; L. IANNOTTA, *La decisione giuridica I*; A. PALMA, *La decisione giuridica II* in *Il processo decisionale. Risultati del convegno. Napoli, 27 novembre 1999*, Napoli, 2000, rispettivamente alle pp. 69 ss., 97 ss., 107 ss.

³ Sul principio di legalità si segnala la critica di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 25: "il principio di legalità non è che il compito della tradizione assolutistica dello Stato". Cfr. PALMA, *Il luogo*, cit., p. 95, n. 3, il quale commenta tale visione come "in sintonia con una concezione dello Stato di diritto nel quale il protagonista è costantemente il potere politico [...], risultando, con ciò, la sbandierata conquista del principio di legalità come una autolimitazione dello Stato stesso". Sul problema della soggezione del giudice soltanto alla legge, cfr. ulteriormente F. GALLO, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino, 2014, p. 13 ss.

⁴ Come ci è testimoniato da Gellio, *Noctes Atticae* 14.2, a proposito della sua esperienza di *iudex privatus*, della quale parleremo compiutamente in seguito.

⁵ Il divieto fu imposto dall'art. 4 del *Code Napoléon* del 1804: *Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*. Principio ripreso tra gli altri dai codici di matrice napoleonica, come all'art. 1 del ZGB (Codice civile svizzero) del 1912 o all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale o preleggi del Codice civile italiano del 1942, che prevedono i criteri di risoluzione delle lacune. Cfr. PALMA, *Il luogo*, cit., p. 98 ss.

⁶ Come vedremo, la prima fonte diretta a trattare dell'argomento è un passo delle *institutiones* di Gaio: Gai. 4.52, che si occupa dell'argomento solo in maniera incidentale.

L'oscurità di tale lemma, che appare immediatamente non semplice da intendere, deve essere rapportata ad un'autonomia e ad una discrezionalità del giudice che, nel mondo antico, erano maggiori rispetto a quelle dei giudici odierni; un'*auctoritas* del soggetto giudicante, dunque, molto maggiore rispetto a quella che siamo abituati a considerare⁷.

È, dunque, sotto tale lente che deve prendere le mosse la nostra indagine, dal momento che nel mondo romano era proprio il *iudex*, tramite la propria decisione, a stabilire la *regula* del caso concreto, con le indicazioni, però, che provenivano dai *prudentes*⁸.

Dall'incontro tra giurista e giudice, nasceva, infatti, la *regula iuris*⁹, intesa come regola che non aveva valore universale, ma preposta dal giurisperito come conclusione da tenere

⁷ Esempio in tal senso è la descrizione dell'*auctoritas iudicis* in D. 1.18.19 (Call., *de cognitionibus*, 1) su cui cfr. G. NOCERA, *La responsabilità del giudice (riflessioni storico-giuridiche)* in *L'educazione giuridica III – La responsabilità del giudice*, Perugia, 1978, p. 75 ss. (76). Cfr. poi PALMA, *Il luogo*, cit., p. 116 ss., che mette in luce l'introduzione nel processo formulare della *denegatio actionis*, l'*exceptio*, le *actiones ficticiae, utiles, in factum* e i *iudicia bonae fidei*, caratterizzati dal potere autoritativo del *praetor* o di altro magistrato e dall'ampia discrezionalità del *iudex*, nonché la facoltà di *supplere, adiuvare e corrigere il ius civile* tramite l'editto del pretore. A tal proposito si veda anche F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997, p. 17 ss. ed esemplare in questo senso è quanto sostenuto da F. ARCARIA, *Costituzione e processo nella trattistica di diritto romano dell'Ottocento e del primo Novecento*, Napoli, 2017, p. 163: "...noi moderni siamo portati spesso ad impostare il diritto processuale romano non solo in termini talora eccessivamente dogmatici, con la conseguenza di far prevalere, facendosene suggestionare più del dovuto, la tecnica giuridica sulla ricostruzione storico-politica, dando così luogo non di rado a ricostruzioni nelle quali cogliamo sì il diverso funzionamento dei diversi organi giudicanti della complessa organizzazione giudiziaria romana e la struttura dei singoli istituti processuali, ma non riusciamo tuttavia ad afferrare e, spesso, nemmeno ad intravedere quali fossero le forze vive e reali che animavano l'esperienza processuale romana nella sua evoluzione storica, politica e sociale".

⁸ Cfr. PALMA, *Il luogo*, cit., p. 80 ss. Giova ricordare, invero, quanto sostenuto da Gaio in Gai. 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velim sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.*, in conformità al dettato di Pomponio in D. 1.2.2.49 (Pomp., *liber singularis enchiridii*): *Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulabant. primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet.*, i quali precisano che con l'incedere del principato, questa autonomia del giudice venne sempre più compressa, restando a quest'ultimo soltanto la possibilità di seguire una *sententia* tra due o più di giuristi contrastanti, mentre nel caso di assoluta comunanza di opinione tali *sententiae et opiniones* avevano valore vincolante. Su tali passi dibattutissimi dalla dottrina e sul rapporto tra loro mi limito a rinviare a E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le «sententiae prudentium» nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano* in *Rivista di diritto romano* 1, 2001, <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano0102stolfi.pdf>, p. 40 ss. Ancora sul rapporto tra giurista e giudice si rinvia a P. GIUNTI, *Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione* in *Iura* 61, 2013, p. 47 ss. e ivi bibliografia precedente.

⁹ Da non confondere con la *regula iuris*, intesa come gruppo di enunciati aventi valore precettivo. Cfr. PALMA, *Il luogo*, cit., p. 88. Sulle *regulae iuris* e sulla loro valenza storica si rinvia al volume collettaneo *Regulae iuris. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Napoli, 2016 secondo la finalità descritte nell'introduzione di C. MASI DORIA, *Variazioni in tema di 'regulae iuris' (a mò di introduzione)*, p. 1 ss. e nel contributo finale di C. CASCIONE, *Profondità e margini di una ricerca*, p. 201 ss.

presente nel caso concreto, con l'ambizione e la speranza per quest'ultimo di eventuale consenso generalizzato¹⁰.

Si può, quindi, ipotizzare che sia stato proprio un'opinione prudentiale l'*ᾠοχη* della *definitio*¹¹ di *iudex qui litem suam facit*, con un prestito da parte della retorica, per descrivere quel danneggiamento economico causato da un generico errore giudiziale, che avrebbe comportato una responsabilità per il giudicante.

Ma quali erano tali errori? e qual era il limite alla discrezionalità del *iudex*? una risposta univoca e valevole per tutta la storia del diritto romano sarà impossibile da fornire.

Il *principium*, infatti, dovrà essere ricondotto all'*aequitas*¹², per mezzo della quale i “registri del diritto” avevano, attraverso le fasi storiche, tracciato le linee di una responsabilità dagli sfumati contorni; solo con Giustiniano e grazie la sua esigente ricerca di una certezza del diritto si potrà parlare di una fissazione dei connotati del *iudex qui litem suam fecerit* e il nostro studio, pertanto, non potrà che viaggiare attraverso una prospettiva diacronica.

Opportuno è un chiarimento concettuale, però: già nel 450 a.C., con l'emanazione della *Lex XII Tabularum*, il mondo romano conosceva un titolo di imputabilità per il giudice, ossia l'*iniusta sententia* a causa della corruzione¹³, ma essa si differenziava sostanzialmente da ciò che si intendeva con il *litem suam facere* degli esordi.

Mentre la prima era una responsabilità criminale, derivante da un pubblico delitto e consisteva nell'emanazione di una sentenza viziata dalla connivenza del *iudex*, il quale aveva ricevuto dall'interessato la dazione di una certa quantità di *pecunia*, la seconda si inseriva nell'ambito dei rapporti privati tra i soggetti interessati: giudice e danneggiato.

¹⁰ Cfr. B. SANTALUCIA, «*Regulae iuris*» in *Labeo* 20, 1974, p. 259 ss. (268); V. GIUFFRÈ, “*Regulae*” e metodi della “*scientia iuris*” in *Divagazioni intorno al diritto romano*, Napoli, 2014, p. 388 ss. (390); PALMA, *Il luogo*, cit., p. 88.

¹¹ Già Giavoleno aveva mostrato la pericolosità delle definizioni: D. 50.17.202 (Iav., *epistulae*, 11): *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum (rarum secondo la correzione di Aloandro) est enim, ut non subverti possit (possit secondo la correzione di Godefroy)*. Per approfondimenti sul testo cfr. per tutti A. CARCATERA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli, 1966, p. 1 ss.; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi*, Milano, 1966, p. 3 ss.; B. ALBANESE, «*Definitio periculosa*»: un singolare caso di «*duplex interpretatio*» in *Studi in onore di G. Scaduto III*, Padova, 1970, p. 229 ss.; A. GUARINO, *Giavoleno e le definizioni* in *Pagine di diritto romano V*, Napoli, 1994, p. 155 ss. Nel concetto di *ius civile* è ricompresa anche l'*interpretatio prudentium* e tutto ciò che fa parte del *ius in civitate positum*. Cfr. CARCATERA, *Le definizioni*, cit., p. 9. Si intuisce quanto quella di *litem suam facere* per il *iudex* sia una definizione pericolosa e ciò si ravvisa grazie alla divergenza di opinioni dei giuristi, come potremo vedere nel corso della trattazione e al carattere aperto del lessema, che ebbe diversi significati nel corso del periodo storico romano.

¹² “Il *bonum* e l'*aequum* al quale il giurista deve guardare non è espresso tanto dal contenuto delle sue decisioni, quanto dal loro corrispondere ad un risultato, al quale possa andare il consenso della collettività.” PALMA, *Il luogo*, cit., p. 88, n. 49.

¹³ Un altro passo di Gellio, *Noctes Atticae* 20.1.7-8, ci fornisce la testimonianza di una norma appartenente alle XII Tavole che tratta della responsabilità del *iudex qui pecuniam accepit*. Per approfondimenti sul punto cfr. C. VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell'età classica, tra negligenza e corruzione* in *Index* 41, 2013, p. 455 ss.

Non vi era, dunque, per la seconda ipotesi, a differenza della prima, una pubblica offesa, ma soltanto la nascita di una responsabilità che scaturiva da un fatto: l'errore del *iudex*, anche involontario e persino incolpevole¹⁴.

Tale netta divisione, però, proprio per la natura liquida del concetto di *iudex qui litem suam fecerit*, verrà quasi a scemare, soprattutto nel tardo-antico, prima della compilazione giustiniana e la fissazione dell'«istituto» nella categoria dei *quasi delicta*.

La responsabilità del *iudex* per *litem suam facere* è stata ed è, proprio per questi interrogativi, oggetto di amplissimo e interessantissimo dibattito tra i gius-romanisti, che hanno fornito negli anni numerosi e preziosissimi contributi¹⁵.

¹⁴ Gaio, come vedremo, inserisce nel terzo libro delle *res cottidianae*, che nascono *quodam proprio iure*, né da contratto (fatto lecito che presuppone il consenso tra le parti), né da fatto illecito (che sottende una responsabilità dell'agente). Tra queste vi è anche il *iudex qui litem suam fecerit*. Cfr. D. 44.7.5 (Gai., *res cottidianae sive aurorum*, 3).

¹⁵ Senza alcuna pretesa di completezza mi limito a riportare i lavori sul tema che sono riuscito a consultare. P. USTERI, *Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des römischen Richters gegenüber den Parteien (Iudex qui litem suam facit)*, Zurigo, 1877; L. BARTOLI, *Du Juge «qui litem suam facit»*, Parigi, 1909; G.A. PALAZZO, *Obbligazioni quasi ex delicto*, Parma, 1919; H. HÜBNER, *Zur Haftung der «iudex qui litem suam fecit»* in *Iura* 5, 1954, p. 200 ss.; D. STOJCEVIC, *Sur le caractère des quasi-délits en droit romain* in *Iura* 8, 1957, p. 57 ss.; IDEM, *Iudex qui litem suam fecit* in *RHD* 26, 1958, p. 308 ss.; P. STEIN, *The nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law*, in *RIDA* 5, 1958, p. 567 ss., da cui si cita (= *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»*, in *Jus* 9, 1958, p. 369 ss.); J.M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, 1966; W.M. GORDON, *The Roman Class of Quasi-delicts* in *Temis* 21, 1967, p. 303 ss.; D. PUGSLEY, *Litem suam facere* in *The Irish Jurist* 4, 1969, p. 351 ss.; W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico* in *RISG*³ 14, 1970, p. 194 ss.; R. HOCHSTEIN, *Obligaciones quasi ex delicto. Untersuchung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldensunabhängiger Deliktshaftung unter besonderer Berücksichtigung des 16. bis 18. Jahrhunderts*, Stoccarda-Berlino-Köln-Magonza, 1971; F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris* in *BIDR* 76, 1973, p. 171 ss. (195 n. 72); W. WOŁODKIEWICZ, *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, p. 1277 ss.; D.N. MAC CORMICK, *«Iudex qui litem suam fecit»* in *Acta Juridica. Essays in Honour of Ben Beinart II*, Cape Town, 1977, p. 149 ss.; G. MACCORMACK, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate* in *ANRW* II, 14, Berlino-New York, 1982, p. 16 ss.; A. D'ORS, *«Litem suam facere»* in *SDHI* 48, 1982, p. 368 ss.; P.B.H. BIRKS, *A New Argument for a Narrow View of Litem Suam Facere* in *TR* 52, 1984, p. 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, p. 179 ss.; G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano* in *Studi in onore di E. Betti*, Milano, 1962, p. 727 ss., da cui si cita (= in *Scritti giuridici scelti II, Diritto Romano*, Napoli, 1985, p. 29 ss.); J. PARICIO, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, Milano, 1986; IDEM, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, Madrid, 1987; F. DE MARTINO, *Litem suam facere* in *BIDR* 91, 1988, p. 1 ss. da cui si cita (= in *Diritto, economia e società nel mondo romano I. Diritto privato*, Napoli, 1995, p. 687 ss.); F. LAMBERTI, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»* in *Labeo* 36, 1990, p. 218 ss.; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990; A. BURDESE, *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare* in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 Dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, p. 151 ss. da cui si cita (= in IDEM, *Miscellanea Romanistica*, Madrid, 1994, p. 77 ss.); W.M. GORDON, *Roman Quasi-Delicts and Scots Law* in *BIDR* 100, 1997, p. 101 ss.; A. BURDESE, *In margine alla responsabilità del giudice di diritto romano* in *Fraterna munera. Studi in onore di L. Amirante*, Salerno, 1998, p. 53 ss. da cui si cita (= in IDEM, *Miscellanea Romanistica*, Madrid, 1994, p. 101 ss.); O.F. ROBINSON, *Justinian's institutional classification and the class of quasi-delict*, in *JHL* 19, 1998, p. 245 ss.; IDEM, *The «iudex qui litem suam fecerit» explained* in

Sulla base delle premesse metodologiche sopra presentate, però, l'ambizione di questa ricerca è fornire una collocazione sistematica e cronologicamente ordinata degli interrogativi sull'argomento, approfondendo la diversità del quadro dei casi dai quali emerge tale locuzione e analizzando al contempo le possibili conseguenze pratiche, oltre che l'elaborazione teorica, dei vari rimedi processuali.

Il nostro obiettivo sarà quello, dunque, di mettere in luce, oltre alla discrasia di opinioni dei giuristi sull'argomento, che potrebbe definirsi come oggetto di *ius controversum*¹⁶, anche l'applicabilità in concreto e, dunque, l'efficacia delle diverse *sententiae*.

Si partirà dal significato e dalla nascita della locuzione *litem suam facere* in ambito retorico-letterario, per inquadrarne l'utilizzo fattone da parte dei giuristi classici, fino ad illustrare

ZSS 116, 1999, p. 195 ss.; S. PULIATTI, *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 Modena, 21-22 Maggio 1998)*, Milano, 2000, p. 43 ss.; O.F. ROBINSON, *Justinian and the Compilers' View of the iudex qui litem suam fecerit* in *Status familiae. Festschrift für A. Wacke zum 65. Geburtstag am 28. April 2001*, Monaco, 2001, p. 389 ss.; A. FÖLDI, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti in Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, III, Napoli, 2001, p. 411 ss.; C. DE KONINCK, *Iudex qui litem suam fecit. La responsabilité quasi-délictuelle du iudex privatus dans la procédure formulaire in Viva vox iuris Romani. Essays in Honour of Johannes Emil Spruit*, Amsterdam, 2002, p. 79 ss.; A. BURDESE, *Ancora sul "iudex qui litem suam facit"* in *ΕΠΚΟΣ. Studi in onore di F. Sartori*, Padova, 2003, p. 21 ss.; R. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, 2004; M. GIUSTO, *Per una storia del 'litem suam facere* in *SDHI* 71, 2005, p. 459 ss.; IDEM, *Litem suam facere (a proposito di una recente monografia)* in *SDHI* 72, 2006, p. 389 ss.; A. PETTIO, *Il iudex qui litem suam fecerit nella Parafrasi di Teofilo in Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, 2006, p. 453 ss.; A. BURDESE, *Note sulla responsabilità del "iudex privatus"* in *Studi in onore di L. Mazza*, I, Teoria e storia. *Diritto amministrativo generale*, Padova, 2007, p. 40 ss.; S. MOLLÁ NEBOT, *Presupuestos para el estudio de la responsabilidad del «iudex unus» in Iustel* 13, 2009, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=408477; IDEM, *Iudex unus. Responsabilidad judicial e iniuria iudicis*, Madrid, 2010; R. LAMBERTINI, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino, 2010, p. 189 ss.; IDEM, *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit*, 2010, <http://www.studitaroantichi.org/einfo2/file/1290518727-Lambertini%20.pdf>; F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna, 2010; R. SCEVOLA, *L'applicazione del diritto nei processi privati: modello romano e realtà locali in età imperiale. Il caso del 'litem suam facere'* in *Pluralidad e integración en el mundo romano*, Pamplona, 2010, p. 357 ss.; R. FERCIÀ, *'Litem suam facere' da Adriano ai Severi* in *Diritto@Storia* 10, 2012 <http://dirittoestoria.it/10/Tradizione-Romana/Fercia-Litem-suam-facere-Adriano-Severi.htm> (= in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, Padova, 2015, p. 917 ss. da cui si cita); 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, p. 177 ss.; N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli, 2012, pp. 141 ss.; VENTURINI, *La responsabilità*, cit., p. 455 ss.; R. SCEVOLA, *In margine al litem suam facere in età postclassica e giustiniana* in *SDHI* 79, 2013, p. 423 ss.; M. FUENTESECA, *El enigmático significado de litem suam facere* in *Iura* 63, 2015, p. 29 e ss.; D.A. CENTOLA, *Contra constitutiones indicare. Alle origini di una dialettica nell'età dei Severi*, Napoli, 2017, in particolare p. 142 ss.

¹⁶ Cfr. sul punto PALMA, *Il luogo*, cit., p. 9 ss., che mostra come ciò contrastasse il dogma contemporaneo della certezza del diritto. Il primo a porsi il problema della certezza del diritto fu, infatti, proprio Giustiniano, che nella sua opera introduce la figura dell'antinomia. Per approfondimenti sul punto cfr. E. STOLFI, *Dal ius controversum alle antinomie* in *LR* 6, 2017, p. 377 ss.

l'evoluzione di tale lessema durante il periodo prima severiano e poi tardo-antico, sotto la vigenza delle *cognitiones extra ordinem* come processo ordinario.

La parte finale si sostanzierà, invece, in un'indagine intorno al periodo giustiniano e all'inserimento, operato dai compilatori, del *iudex qui litem suam fecerit* all'interno della categoria dei *quasi delicta*; si evidenzieranno, pertanto, similitudini e differenze tra l'istituto oggetto del nostro esame e le altre figure del *genus*, al fine di comprendere l'elemento unificatore di una fonte di obbligazioni che, *prima facie*, proprio nella responsabilità del *iudex per litem suam facere* mostra la sua totale eterogeneità.

CAPITOLO I

DALLA RETORICA AL DIRITTO: IL GIUDICE “CHE FA SUA LA LITE”

1. *Considerazioni preliminari.*

Punto di partenza per uno studio sul *iudex qui litem suam fecerit* non può che essere il tentativo di fornire una spiegazione alla vaga costruzione letteraria *litem suam facere*: non vi è, infatti, nessuna specificazione, né in ambito tecnico-giuridico, né in altri, che ne delimiti il perimetro.

“Fare propria una lite” potrebbe comprendere un’infinità di significati, anche contrastanti fra loro, a maggior ragione se il soggetto dell’azione è un giudice.

Sul punto, invero, la prima apparente contraddizione ci viene fornita dai passi dei *Digesta* di Giustiniano: precisamente D. 44.7.5.4 e D. 50.13.6, due *leges geminae* escerpate dal terzo libro delle *res cottidianae sive aureorum libri* di Gaio, trattano del *iudex qui litem suam fecerit* [...], *licet per imprudentiam*, mentre D. 5.1.15.1, estratto dal ventunesimo libro dell’*ad edictum* di Ulpiano afferma *Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*.

Due diversi rimedi, dunque, testimoniati non solo dal differente stato soggettivo dell’agente, *imprudentia* nel primo caso e dolo nel secondo, ma anche dal trattamento sanzionatorio nei confronti del giudice colpevole: per Gaio il giudice *teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit*, mentre per Ulpiano *veram aestimationem litis praestare cogatur*; un giudizio equitativo e indennitativo da una parte e uno *poenalis* e risarcitorio dall’altra.

Questo è il quesito principale al quale cercheremo di fornire soluzione, che aprirà, però la strada ad ulteriori e numerosi problemi.

2. *Il litem suam facere: prime attestazioni.*

Contrariamente a quanto sostenuto dal filone dominante¹⁷, l’origine della locuzione *litem suam facere*, a mio avviso, deve ricercarsi nell’ambito non giuridico.

¹⁷ Secondo SCEVOLA, *La responsabilità*, p. 125 ss., vi erano già della sanzioni di natura civile poste a carico del *iudex* sotto la vigenza delle *legis actiones*, mentre per quanto concerne il *litem suam facere*, esso avrebbe avuto

Le testimonianze più risalenti di tale lemma, infatti, non hanno connotazione né di illecito né tantomeno di abuso giudiziale e si rinvencono, inoltre, in due fonti letterarie del I secolo a.C. e del I secolo d.C.

Cicerone, *De oratore* 2.75.305:

Quid, si quae vitia aut incommoda sunt in aliquo iudice uno aut pluribus, ea tu in adversariis exprobando non intellegas te in iudices invebi, mediocre peccatum est? Quid? Si, quom pro altero dicas, litem tuam facias aut laesus efferare iracundia, causam relinquas, nihilne noceas? In quo ego, non quo libenter male audiam, sed quia causa non libenter relinquo, nimium patiens et lentus existimor; ut, cum te ipsum, Sulpici, obiurgandum, quod ministratores peteres, non adversarium; ex quo etiam illud adsequor, ut si quis mihi male dicat, petulans aut plane insane esse videtur.

Seneca, *Consolatio ad Polybium* 12.2:

Quid cessas? Conqueramur, atque adeo ipse hanc litem meam faciam: iniquissima omnium iudicium fortuna, adhuc videbaris eum homine continuasse qui munere tuo tantam venerationem receperat ut, quod raro ulli contigit, felicitas eius effugerat invidiam.

Già ad una prima lettura possiamo osservare come la costruzione in esame assuma, nei due estratti, significati totalmente differenti e ciò può sicuramente essere sintomatico di un'atecnicità originaria della costruzione.

Venendo all'analisi del primo testo, esso offre una prospettiva su cosa sia sconsigliabile compiere quando si assume la posizione di difensore in una causa; si precisa, orbene, come sia erroneo deprecare vizi che potrebbero esser propri di uno o più giudici, dal momento che equivarrebbe ad attaccare direttamente i soggetti giudicanti stessi, aggiungendo come l'oratore debba evitare di farsi prendere dall'*iracundia*, ossia perdere la dovuta lucidità e il dovuto distacco, in assenza dei quali si procurerebbe un danno al proprio assistito.

Secondo Cicerone due sono gli impulsi da non dover assolutamente assecondare: *litem suam facere* e *causam relinquere*, atteggiamenti contrapposti e legati dalla disgiunzione *aut* che testimonia l'alternatività degli stessi¹⁸.

un'accezione originale tecnico-giuridica, dal momento che il termine *lis* sia nato proprio con l'accezione di lite processuale. Cfr. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 148 ss. Aderiscono con sfumature diverse a questa impostazione MATTIOLI, *Ricerche*, p. 51 ss.; VENTURINI, *La responsabilità*, cit., p. 455 ss.

¹⁸ Contrariamente SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p.165, che ne sottolinea, invece, una valenza quasi endiadica.

L'estratto di Seneca, invece, mostra una costruzione retorica per esprimere la partecipazione emotiva dell'autore per la morte del liberto dell'amico Polibio: il filosofo fa, dunque, "propria la lite".

Per decifrare i significati di *litem suam facere* occorre effettuare primariamente un'indagine sul termine *lis* nelle fonti letterarie precedenti, al fine di una connotazione sia tecnica che atecnica del vocabolo in questione per tentare di decifrare quale delle due accezioni possa assumere nei due utilizzi della costruzione che stiamo analizzando.

2.1. Il significato del termine *lis* nelle fonti arcaiche.

La testimonianza più risalente del termine *lis* è racchiusa nelle XII Tavole, ove vi è la presenza del lemma per indicare una controversia processuale, *Tab. 1.8: post meridiem praesenti litem (magistratus) addicito*, ma nell'alveo del non giuridico di epoca successiva diversi sono i significati racchiusi nel generico *lis*.

Come già ampiamente mostrato da Scevola¹⁹, in ambito letterario l'utilizzo più arcaico del vocabolo si rinviene in Plauto²⁰, ove il lemma ha sia una connotazione tecnico-giuridica, che non giuridica. Ad esempio in:

Plauto, *Rudens* (Prologo vv. 10-12):

*Qui falsas litis falsis testimoniis
petunt quique in iure abiurant pecuniam,
eorum referimus nomina exscripta ad Iovem;*

L'utilizzo di falsi testimoni, qui biasimato, è un'azione che può effettuarsi soltanto all'interno di un processo, dunque non paiono esservi, in questo contesto, dubbi sulla resa di *lis*, da intendersi come controversia processuale²¹.

¹⁹ Cfr. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 148 ss.

²⁰ Una prima catalogazione del giuridico in Plauto era stata effettuata da E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890. Cfr. poi 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 *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano, 2007, p. 199 ss. Da ultimo per una catalogazione completa delle citazioni giuridiche in Plauto si cfr. U. BARTOCCI – O. DILIBERTO – D. DI OTTAVIO – G. DI TROLIO – D. DURSI – M.V. SANNA, *Le parole del diritto. L'età arcaica*, Cagliari, 2016, p. 63 ss.

²¹ Per un approfondimento sul significato tecnico-giuridico di *lis* cfr. H.G. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, 1891, p. 319 ss., ove si chiarisce che il termine in ambito giuridico indica sia il processo, quanto la cosa contestata o il valore della stessa.

Tuttavia, si può notare come lo stesso Plauto utilizzasse in qualche occasione il termine in questione, al di fuori del contesto processuale.

Certune volte, invero, il commediografo descrive situazioni di vita quotidiana utilizzando, però, un linguaggio giuridico. Si può notare ad esempio in:

Plauto, *Mostellaria* (vv. 1142-1145):

TH.: *Herclē mihi tecum cavendum est, nimis qui es orator catus*

CALL.: *Sine me dum istuc indicare. surge, ego isti adserero.*

TH.: *Maxime, accipito hanc (tute) ad te litem.*

TR.: *Enim istic captio est...*

dove vi è, infatti un soggetto chiamato a svolgere funzione di *index*, ossia ha il compito di risolvere una *lis*, che però non ha rilievi processuali.

Lo stesso Plauto, però, adopera, talvolta, il vocabolo in questione per indicare soltanto una generale “questione controversa” o mero “litigio”. Esempiare è il seguente brano:

Plauto, *Asinaria* (vv. 823-826):

DIAB.: *At pol qui dixti rectius*

tu ergo fac ut illi turbas lites concias;

cum suo sibi gnato unam ad amicam de die

potare, illam expilare (narra).

In questo caso le liti alle quali si riferisce il testo sono meri litigi, in quanto è assolutamente estraneo ogni riferimento anche metaforicamente assimilabile a situazioni processuali.

Si attesta, dunque, un uso sia tecnico, che atecnico del termine *lis* già dal III – II secolo a.C.

Spostandoci, ora, al primo secolo a.C., periodo che interessa la nostra indagine, è sempre attestato un uso sia atecnico che tecnico di *lis*. Si può notare ciò nelle opere dello stesso Cicerone²², delle quali, a titolo esemplificativo, si evidenziano questi due estratti:

²² A proposito della quantità e del peso di Cicerone come esperto del *ius*, si segnalano, su tutti A. GASQUY, *Cicéron jurisconsulte*, Parigi, 1887 e E. COSTA, *Cicerone giureconsulto I*², Bologna, 1927 e IDEM, *Cicerone giureconsulto II*², Bologna, 1928.

Cicerone, *De Legibus* 1.53:

Atticus: Quia me Athenis audire ex Phaedro meo memini, Gellium familiarem tuum, quom pro consule ex praetura in Graeciam venisset essetque Athenis, philosophos qui tum erant in locum unum convocasse, ipsisque magno opere auctorem fuisse, ut aliquando controversiarum aliquem facerent modum. Quodsi essent eo animo ut nollent aetatem in litibus conterere, posse rem convenire, et simul operam suam illis esse pollicitum, si posset inter eos aliquid convenire.

Cicerone, *Pro Roscio Comoedo* 54:

Quod si quisquam petere potest alteri qui cognitor non est factus, quaero, quid ita, cum Panurgus esset interfectus et lis contestata cum Flavio damni iniuria esset, tu in eam litem cognitor Rosci sis factus, cum praesertim ex tua oratione quodcumque tibi peteres huic peteres, quodcumque tibi exigeres, id in societatem recideret.

Nel primo caso discorso di Attico è riferito ai litigi tra filosofi, che per nulla potrebbero essere racchiusi nell'alveo processuale, ma sono appunto mere beghe e, dal tono usato dall'autore, anche di scarsa rilevanza.

Nel secondo testo, invece, Cicerone utilizza il termine *lis* per indicare il processo contro Flavio per danneggiamento e, dunque, non può che evidenziarsi la connotazione tecnico-giuridica del vocabolo in questione.

Testimonianza di un uso atecnico di *lis* si rinviene anche in Orazio e precisamente nei *Sermones* (2.3.103)²³, opera poco successiva al *De Legibus* ciceroniano:

Nil agit exemplum, litem quod lite resolvit.

La satira in esame è piena di spunti giuridici ed ha per oggetto l'attacco da parte dell'autore venosiano alla tesi stoica, secondo la quale tutti gli esseri umani sarebbero folli tranne i sapienti.

Orazio discute con Demasippo, che si era avvicinato ai suddetti insegnamenti e per confutare tale estremismo, l'autore elenca una serie di stravaganze di uomini saggi, chiedendogli se non sembrassero pazzi; lo stesso autore, tuttavia, risponde che non può assumersi ad esempio una *lis* che ne risolva un'altra.

²³ Sul rapporto tra Orazio e il diritto cfr. R. HASSAN, *La poesia e il diritto in Orazio. Tra autore e pubblico*, Napoli, 2014. In particolare sulla Satira 2.3 cfr. p. 94 ss. del suddetto volume, che a conferma di quanto sostenuto non si sofferma su 2.3.103 in quanto *lis* in questo contesto non ha connotazione tecnico giuridica.

In questa sede il termine *lis* è indicato in senso di quesito, questione irrisolta e, pertanto, è del tutto scollegato da qualsivoglia accezione tecnico-giuridica.

Nella medesima opera, però, si rinviene anche l'utilizzo tecnico del lessema, ravvisabile in:

Orazio, *Sermones* 1.9.35-42²⁴:

*Ventum erat ad Vestae, quarta iam parte diei
Praeterita, et casu tunc respondere vadato
debebat; quod ni ferisse, perdere litem.
«Si me amas» inquit, «Paulum hic ades». «Inteream si
aut valeo stare aut novi civilia iura;
et propero quo scis». «Dubius sum quid faciam» inquit,
«tene relinquam an rem». «Me, sodes». «Non faciam» ille,
et praecedere coepit.*

Il richiamo ad una situazione processuale (*lis*) è chiaro dai termini *respondere*, che indica la risposta del *reus* e *vadato*, crasi per *vadimonium dato*²⁵. Ulteriore elemento giuridico sono le parole *relinquam an rem*, che si riferiscono al *causam relinquere*, del quale ci occuperemo nell'immediato prosieguo della trattazione.

2.2. *Il litem suam facere in una testimonianza di Cicerone: un approfondimento sul contesto della locuzione.*

Il rapido *excursus* appena concluso sul termine *lis* nelle fonti arcaiche è importante per comprendere come, al tempo di Cicerone, vi fosse già un utilizzo dello sia con accezione di mera controversia/questione problematica o mero litigio, sia in senso tecnico giuridico di controversia processuale/processo e, persino di valore della causa processuale.

Occorre, dunque, rispondere al quesito su cosa voglia significare la locuzione *litem suam facere*, incominciando con *De oratore* 2.75.305.

²⁴ Cfr. per un approfondimento su tale estratto e sul suo valore giuridico O. LICANDRO, *Domicilium. Il principio dell'inviolabilità dalle XII Tavole all'età tardo antica. Lezioni di esegesi*, Torino, 2009, p. 98 e HASSAN, *La poesia*, cit., p. 72 ss.

²⁵ Sul *vadimonium*, istituto con il quale il *reus* si obbligava a pagare una somma di denaro qualora nella data prestabilita non fosse comparso dinanzi al *index* cfr. per tutti N. DONADIO, *Vadimonium e contendere in iure. Tra "certezza della tutela" e "diritto alla difesa"*, Milano, 2011.

L'Arpinate si occupa dei doveri che un oratore dovrebbe adempiere nei confronti della parte che ha l'*officium* di rappresentare: sarebbe dannoso per chi si appresta a difendere un altro soggetto, *litem suam facere aut causam relinquere*.

La congiunzione disgiuntiva *aut*, come già segnalato da Lamberti²⁶, indica un'opposizione tra le due azioni, che rappresenterebbero due atteggiamenti antitetici, entrambi sconvenienti per l'oratore.

Al fine di una più rapida comprensione del *litem suam facere* conviene, dunque, primariamente indagare sul significato di *causam relinquere*, dal momento che è una formula utilizzata più volte da Cicerone, al contrario dell'altra.

Iniziamo la nostra analisi dalla *Pro Cluentio*:

Cicerone, *Pro Cluentio* 13.39:

Itaque rem cum Oppianico transigit, pecuniam ab eo accipit, causam et susceptam et tam manifesta reliquit.

Cicerone, *Pro Cluentio* 39.108:

Itaque ipse postquam Iunium pervenit, totam causam reliquit; paucis enim diebus illis et ipse privatus est factus et hominum studia defervisse intellegebat.

ove è visibile come il *causam relinquere* indichi, all'interno della stessa orazione, azioni differenti: nel primo dei due estratti, infatti, indubbiamente si riferisce all'abbandono della causa processuale (come rinuncia all'incarico), già intentata e dall'esito scontato, mentre nel secondo *totam causam reliquit* sembrerebbe assumere il significato di "si disinteressò completamente della faccenda"²⁷.

Ancora *causam relinquere* significa abbandonare la causa processuale in:

Cicerone, *Pro Flacco* 50:

²⁶ Cfr. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., p. 240. Di visione opposta è SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 160 ss., condivisa da MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 52, secondo i quali le due azioni del *index* avrebbero valore endiadico. Non si comprenderebbe, però, perché l'Arpinate avesse utilizzato *aut*, invece di *et*, tanto più che le due azioni avrebbero rappresentato, secondo questa tesi, una il presupposto dell'altra.

²⁷ La traduzione ivi proposta è quella a cura di M. FUCECCHI, *Cicerone. Difesa di Cluentio*, Milano, 2004, p. 197. In accordo è anche G. PUGLIESE, *L'orazione per Aulo Cluentio Abito*, Milano, 1972, p. 171, che traduce "lasciò cadere l'intera faccenda", tesi condivisa da SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 162.

*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 reliquit.*²⁸

Dubbio, invece, è il senso della locuzione utilizzata in:

Cicerone, *Pro Caecina* 50

Quid ergo? hoc interdictum putamus eorum esse causa compositum qui se praecipitatos ex locis superioribus dicerent – eos enim vere possumus dicere esse deiectos – an, cum voluta et consilium et sententia interdicti intellegatur, imprudentiam summam aut stultitiam singularem putabimus in verborum errore versari, rem et causam et utilitatem commune non relinquere solum et etiam prodere?

Cicerone, *Ad Atticum* 5.21.13

Sed ad rem redeo. meditare adversus Brutum causam meam, si haec causa est contra quam nihil honeste dici posset, praesertim cum integram rem et causam reliquerim.

dal momento che, come è visibile, in entrambi gli estratti, la parola *causa* è preceduta da *res*; *rem et causam relinquere* sembra essere una locuzione dove gli oggetti siano legati in una forma endiadica, che funga da rafforzamento del concetto. Quest'ipotesi può essere rafforzata anche dal brano di Orazio, *Sermones*, 1.9.35-42 precedentemente riportato, ove è utilizzata la forma *rem relinquere* come locuzione colloquiale per *causam relinquere*²⁹.

Prescindendo ora dai diversi significati specifici, tecnici o atecnici, si può tracciare una linea guida per orientarsi in una possibile decodificazione di *causam relinquere*; la locuzione racchiude un senso di disinteresse, di abbandono, di trascuratezza e dunque di lontananza, talvolta intesa in senso materiale, talvolta no, da una situazione che può sostanzarsi anche in una vicenda processuale, ma non sempre.

In *De oratore* 2.75.305 appare evidente che *causa* assuma la connotazione appena menzionata, ma *relinquere* non racchiude un senso di abbandono materiale della causa o di rinuncia all'incarico, ma di trascuratezza della causa³⁰.

²⁸ Per un approfondimento sui problemi giuridici connessi a tale testo cfr. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 162 ss., n. 15.

²⁹ Il valore giuridico di *rem relinquere* nel brano di Orazio, *Sermones*, 1.9.35-42 era stato evidenziato da SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 163 e da HASSAN, *La Poesia*, cit., p. 74, che riporta l'osservazione di P. FEDELI, *Q. Orazio Flacco, Le Opere. Le Satire, le Epistole, l'Arte Poetica* II.2, Roma, 1994, p. 497, ove *res* sarebbe utilizzato per indicare *lis*.

³⁰ Cfr. J.M. MAY – J. WISSE, *Cicero. On the ideal orator*, New York-Oxford, 2001, p. 207. Dello stesso parere, seppur con sfumature parzialmente differenti sembrerebbe essere SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 162 ss.

Ciò si ravvisa nel passaggio: “*In quo ego, non quo libenter male audiam, sed quia causa non libenter relinquo, nimium patiens et lentus existimor; ut, cum te ipsum, Sulpici, obiurgandum, quod ministratores peteres, non adversarium*”, ove l’Arpinate rimprovera Sulpicio per essersi scagliato contro i *ministratores* e non verso la controparte processuale.

Il rimbrotto è avvenuto perché quest’ultimo aveva tralasciato la causa, ossia si era fatto prendere dall’ira per le offese e aveva attaccato soggetti terzi alla contesa processuale.

Tornando ora a ciò che a noi interessa per lo sviluppo della trattazione: se *aut*, come si sostiene, svolge il ruolo di segnalare un’opposizione, *litem suam facere* deve tradursi in una situazione incompatibile con quella di *causam relinquere*.

Assumendo che *lis* in questo caso abbia valore tecnico giuridico, la proposizione *quom pro altero dicas, litem tuam facias* si potrebbe tradurre tanto con “mentre parli a favore di un altro (riferendosi al cliente), ti appropri della causa”. Non potendoci accontentare di una traduzione letterale, è opportuno sforzarsi di comprendere l’astrazione che si cela dietro l’artificio retorico³¹.

L’arpinate, infatti, vuole dare dei consigli per svolgere al meglio il ruolo di oratore, dunque, “far propria la lite”, qualora avesse tale valore, potrebbe tradursi tanto con: “attiri l’attenzione nel dibattito processuale”, quanto con “fai il tuo interesse nel processo”.

Mentre nel secondo caso non si comprenderebbe quale possa essere per l’avvocato l’interesse nel processo, se non quello di vincere la causa³², il primo dei due casi rispecchierebbe, invece, un consiglio che in realtà nemmeno l’autore avrebbe mai perseguito; se analizziamo le orazioni di Cicerone, infatti, sono intrise non solo di coinvolgimento, ma anche di giudizi personali³³, atti a dimostrare la giustizia della posizione dell’assistito e sono un altissimo sfoggio delle abilità dell’oratore che deve attirare l’attenzione su di se e sui suoi giudizi per perorare la giustizia della causa dell’assistito.

Senso compiuto alla proposizione si assumerebbe, invece, qualora restituissimo a *lis* significato atecnico di “disputa/contesa”, *litem suam facere* significherebbe, dunque “fare propria la lite” in senso letterale contro l’avversario o il suo rappresentante.

³¹ Sulla funzione, in questo contesto, di *litem suam facere* come artificio retorico cfr. D’ORS, «*Litem suam facere*», cit., p. 371 e più recentemente MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 53, n. 74.

³² Critica già segnalata da SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 164.

³³ Si pensi ad esempio a *Pro Caelio* 2: *Etenim si attendere diligenter, existimare vere de omni hac causa volueritis, sic constituetis, indices, nec descensurum quemquam ad hanc accusationem fuisse, cui, utrum vellet, liceret, nec, cum descendisset, quicumque habiturum spei fuisse, nisi alicuius intolerabili libidine et nimis acerbo odio niteretur. Sed ego Atratino, umanissimo atque optimo adulescenti meo necessario, ignosco, qui habet excusationem vel pietatis vel necessitatis vel aetatis. Si voluit accusare, pietati tribuo, si insus est, necessitati, si speravit aliquid, pueritiae. Ceteris non modo nihil ignoscendum, sed etiam acriter est resistendum.*

Già il D'Ors, infatti, in questo caso commentava: “*Aunque litem suam facere tenga un sentido técnico en el lenguaje jurídico, no faltan lugares de la literatura en que tal expresión se utiliza sin tal sentido. Así ocurre con Cicerón para referirse, no a un juez, sino al abogado que se defiende a sí mismo en lugar de defender a su cliente...*”³⁴

Qualora si propendesse per questa sfumatura, *lis* acquisirebbe lo stesso significato che abbiamo osservato in *De Legibus* 1.53, ossia di “polemica”, che nel caso di *De oratore* 2.75.305 sarebbe sollevata *quom pro altero dicas*, ossia mentre si perora la causa del cliente, senza tralasciare quindi la difesa di quest’ultimo, ma parlando in nome proprio contro l’avversario senza mostrare la bontà e la giustizia della difesa del cliente.

La *lis* dunque rimarrebbe a livello di “contesa” tra le due parti originarie, dal momento che l’avvocato è il sostituto processuale della parte difesa, ma ciò che viene a mutare è il contenuto, dal momento che vi è una sussunzione sull’avvocato della *lis*, che muterebbe da processuale a mera bega. L’ambivalenza del significato di *lis* è il gioco retorico sul quale si base l’Arpinate, che per marcare poi la differenza con l’abbandono della disputa processuale utilizza il diverso vocabolo *causa*.

Il *litem suam facere* è sicuramente diverso dal *causam relinquere*, poiché quest’ultima azione sarebbe una completa perdita di vista della causa sia sotto il profilo oggettivo, ossia di contenuto, sia sotto il profilo soggettivo, dal momento che coinvolgerebbe soggetti estranei alla contesa originaria, che nel caso di *De oratore* 2.75.305 sarebbero i *ministratores*, mentre il *litem suam facere, quom pro altero dicas* si potrebbe riassumere in una traslazione di una *lis* dall’ambito tecnico processuale ad un contesto più triviale di mera controversia tra difensori o tra difensore e controparte.

In conclusione *Si, quom pro altero dicas, litem tuam facias aut laesus efferare iracundia, causam relinquant* è un periodo ipotetico che introduce due azioni simili, ma incompatibili, poiché ci sarebbero ben due elementi discretivi:

- il soggetto contro il quale si rivolge l’invettiva;
- la perdita di vista dell’obiettivo nel secondo caso e non nel primo.

2.3. *Il litem suam facere in una consolatio di Seneca. Prime considerazioni generali.*

Differenze sostanziali si denotano in Seneca, *Consolatio ad Polybium*, 12.2, ove, però, *lis* racchiude sempre un significato non giuridico.

³⁴ D’ORS, ‘*Litem suam facere*’, cit., p. 371.

Qui la lite appartiene al campo dei sensi e non alla materiale disputa; l'autore, infatti, vuole mettere in risalto il conflitto d'animo per immedesimarsi nel dolore dell'amico.

La costruzione *banc litem meam faciam* nella *Consolatio* andrebbe, dunque, intesa attraverso una figura retorica, ossia, una metonimia: si esprime cioè “faccio mia questa lite” per indicare “faccio mio questo dolore”, indicando dunque la causa “lite” per l'effetto “dolore”.

Che tale testimonianza abbia un valore atecnico è condiviso da tutti gli studiosi che si sono cimentati nell'analisi del *litem suam facere*³⁵, ma il Burdese³⁶ sostiene che nel periodo in cui scrive il filosofo cordovano la locuzione in questione venisse adoperata per indicare la parzialità di comportamento, dal momento che erano ormai diffusi casi di corruzione dei giudici.

Tale teoria, a mio giudizio, difetta di un elemento impossibile da trascurare, ossia il sostanziale carattere discretivo, ben presente ai giuristi classici, tra la responsabilità per corruzione dei giudici e ciò che intendevano per *litem suam facere*, dal momento che, come chiarito nella premessa di questa ricerca, nel primo caso vi è l'elemento di arricchimento ingiusto e criminoso del *iudex*, assente nelle ipotesi di giudice che “fa sua la lite”.

Alla luce di quanto si evince, invece, sembrerebbe del tutto estranea in *De oratore* 2.75.305 e in *Consolatio ad Polybium* 12.2 il riferimento al *iudex qui litem suam fecerit*, mentre parrebbe delinearci che sino all'epoca di Seneca vi fosse la totale estraneità dell'utilizzo tecnico giuridico di tale costruzione per indicare qualsiasi riferimento ad ipotesi di responsabilità “civile” del giudice.

Sembrerebbe, infatti, che i giuristi classici abbiano utilizzato questa locuzione come prestito dalla retorica, situazione sicuramente non nuova o insolita³⁷.

Vero è quanto affermò Burdese, ossia che la responsabilità del giudice in diritto romano e nello specifico il *litem suam facere* è un “problema estremamente delicato”³⁸ ed è altrettanto vero quanto sostenne il De Martino: “*Litem suam facere*, un'espressione che ricorre nelle fonti giuridiche ed in quelle letterarie. Nessuna ce ne spiega esplicitamente il senso. Intesa alla lettera dice poco: che cosa significhi realmente che un giudice fa propria una lite non si sa bene.”³⁹, eppure le fonti non giuridiche possono fornirci qualche spunto di riflessione:

³⁵ Cfr. D'ORS, '*Litem suam facere*', cit., p. 371; BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., p.162; SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 169 ss.; MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 54; VENTURINI, *La responsabilità*, cit., p. 464.

³⁶ Cfr. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., p. 162

³⁷ Cfr. per esempi di derivazione dalla retorica al diritto G. COSSA, *I giuristi e la retorica in Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen*, Trento, 2012, p. 299 ss.

³⁸ BURDESE, *In margine*, cit., p. 53.

³⁹ DE MARTINO, '*Litem suam facere*', cit., p. 1.

Livio, *Ab Urbe condita*, 3.72:

Cum iis circumire tribus, orare ne pessimus facinus peiore exemplo admitterent iudices in suam rem litem vertendo, cum praesertim etiamsi fas sit curam emolumenti sui iudici esse, nequaquam tantum agro intercipiendo acquiratur, quantum amittatur alienandis iniuria sociorum animis.

Tale estratto dimostra come un autore a cavallo tra il I secolo a.C. e il I secolo d.C. esprima “fare il proprio interesse nella lite” per il *iudex* con la locuzione *in suam rem litem vertere*, che è un costrutto simile a *litem suam facere* e ciò potrebbe, forse, confermare la suggestiva ipotesi di Arangio-Ruiz, secondo il quale in origine tale responsabilità dei *iudices* sarebbe consistita proprio nell’appropriarsi della cosa dedotta in giudizio⁴⁰.

Bisogna chiarire, tuttavia, che Livio non sia una fonte giuridica attendibilissima⁴¹ e che il passo si riferisce al periodo precedente al 390 a.C.⁴² e, inoltre, che se questa fosse l’origine di *litem suam facere*, essa avrebbe dovuto fungere come formula per sanzionare un comportamento sotto il profilo criminale, piuttosto che nell’ambito dei rapporti tra privati.

Analizziamo, ora, ancora una volta un passo di Cicerone:

Cicerone, *In Verrem* II 2.57:

Quid enim debuit praetor, cum consilio re cognita cum comperisset suum comitem iuris decreti iudici corrupendi causa – qua in re ipsius praetoris caput existimatioque agetur – pecuniam accepisse, Bidinos autem pecuniam contra praetoris famam ac fortunas dedisse? non et in eum qui accepisset animadvertisset et in eos qui dedissent? Tu, qui institueras in eos animadvertisset et in eos qui dedissent? Tu, qui institueras in eos animadvertere qui perperam iudicassent – quod saepe per imprudentiam fit –, hos pateris impune descendere qui ob tuum decretum, ob tuum iudicium pecuniam aut dandam aut accipiendam putarant?

Nel brano proposto ricaviamo un insieme di preziosissime nozioni per il nostro argomento. Innanzitutto Cicerone fa riferimento al *crimen* della corruzione di tali soggetti che

⁴⁰ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, p. 378.

⁴¹ Va, però, segnalato quanto dimostrato da L. GAROFALO, *Livio e il diritto arcaico: una prospettiva particolare in IURA* 65, 2017, p. 171 ss., il quale nonostante trovi corretto il rigore scientifico di mettere in discussione e vagliare criticamente le informazioni giuridiche che ci provengono da Livio, mette in luce, attraverso alcuni esempi, che la narrazione dello storico abbia inciso fortemente sulla formazione culturale e sulla sensibilità giuridica delle generazioni successive.

⁴² Quando ci fu l’incendio gallico che distrusse moltissimi documenti. Infatti lo stesso storico commenta in Livio, *Ab Urbe condita* Pr.6: *Quaee ante conditam condendamve urbem poeticis magis decora fabulis quam incorruptis rerum gestarum monumentis traduntur, ea nec adfirmare nec refellere in animo est.* Cfr. F. ARCARIA - O. LICANDRO, *Diritto romano I – Storia costituzionale di Roma*, Torino, 2014, p. 13.

sarebbe tollerato in luogo di aver commesso generici sbagli, “che spesso avvengono per *imprudencia*”.

Come abbiamo già accennato e com vedremo nell'immediato prosiegua, il giurista Gaio, fonte tecnica diretta sul *litem suam facere* più vicina all'oratore che abbiamo a disposizione, invece, sosterrà che i giudici dovessero essere puniti *licet per imprudentiam*.

Se ne dedurrebbe, quindi, l'ulteriore conferma di un'esclusione dell'ipotesi che in *De oratore* 2.75.305 sia utilizzato metaforicamente un'espressione giuridica solitamente riferita ai *iudices*⁴³.

In un punto precedente della seconda Verrina, infatti, Cicerone esprime il proprio giudizio riguardo al criterio di punire *qui perperam iudicassent*:

Cicerone, *In Verrem* II 2.33:

Haec omnia isto praetore non modo perturbata, sed plane et Siculis et civibus Romanis erepta sunt. Primum suae leges: quod civis cum civi ageret, aut eum iudicem quem commodum erat, – praeconem, haruspicem, medicum suum, – dabat, aut si legibus erat iudicium constitutum et ad civem suum iudicem venerant, libere civi iudicare non licebat. Edictum enim hominis cognoscite, quo edicto omnia iudicia redegerat in suam potestatem, SI QUI PERPERAM IUDICASSET, SE COGNITURUM; CUM COGNOSSET, ANIMADVERSUM. Idque cum faciebat, nemo dubitat quin, cum capitis periculum aditurum, voluntatem spectaret eius quem statim de capite suo putaret iudicaturum.

L'Arpinate riporta le parole dell'editto di Verre e nell'introdurre l'attacco al governatore sulla scelta dei giudici⁴⁴ evidenzia il problema del giudizio sull'errore del *iudex*, poiché ciò avrebbe comportato una mancanza di terzietà dello stesso soggetto giudicante.

Se qualcuno avesse, infatti, dovuto valutare quanto dal giudice emanato, addirittura con il rischio della pena capitale, questo stesso avrebbe deciso la controversia in maniera del tutto conforme all'interesse del “giudice del giudice”, a maggior ragione per il fatto che il giudice “in errore” avrebbe pagato con la pena di morte.

Da quanto si evince dai due estratti della seconda verrina si deduce che, ai tempi di Cicerone, non vi fosse a Roma una legge o un editto che punisse il giudice che *perperam iudicasset*.

⁴³ Cfr. KELLY, *Roman Litigation*, cit., p. 106; SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 168 ss.; VENTURINI, *La responsabilità*, cit., p. 463.

⁴⁴ Quello che per R. MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano, 1969, p. 46, era “l'unico problema che stava veramente a cuore ai provinciali”.

Lo stesso Arpinate, tuttavia, aveva descritto come, però, per la provincia sicula, esistessero delle regole particolari nell'amministrazione la giustizia, prima ancora di Verre⁴⁵ e che, però, l'autonomia riservata alle provincie e dunque ai governatori non era illimitata; d'altronde ciò si può evincere dal dato che nelle argomentazioni della seconda Verrina sono racchiusi tutti i soprusi che il *praetor* avrebbe effettuato⁴⁶.

Il capo di accusa, in particolare, non è quello di aver punito con la pena capitale i giudici che avevano commesso errori, fatto che quindi non configura un abuso in se, anche se per Cicerone è comunque qualcosa di deprecabile, ma di aver scelto i soggetti giudicanti più favorevoli per i propri interessi.

Tutto ciò lascia supporre, dunque, che nel caso della responsabilità dei giudici vi potesse essere una lecita diversità tra quanto avveniva nelle provincie e quanto accadeva nell'*Urbs*, potendo, quindi, il governatore giustificare misure più stringenti con il bisogno di un maggior controllo sui provinciali rispetto ai romani per il pericolo di rivolte⁴⁷.

L'Arpinate, però, sembrerebbe differenziare non a caso: *et Siculis et civibus Romanis*, per dimostrare come, quelli che noi chiameremmo eccessi di potere, venissero perpetrati non solo nei confronti di siciliani, ma anche di cittadini romani.

Probabilmente ciò fu fatto per orientare la giuria a proprio favore, dal momento che essa, qualora avesse giustificato vessazioni nei confronti degli altri popoli, sarebbe stata, di certo, più sensibile per le colpe nei confronti dei propri concittadini.

Una prima conclusione che conviene ora delineare è che dalle fonti sembra rilevarsi un'estraneità tra I secolo a.C e il I secolo d.C. di meccanismi processuali che possano accomunarsi a ciò che i giuristi classici intenderanno in seguito per *iudex qui litem suam fecerit*, dal momento che anche per quanto concerne la testimonianza della seconda verrina, la pena testimonia una responsabilità "criminale" e non "civile".

⁴⁵ Cic., *In Verrem* II, 2.32: "*Siculi hoc iure sunt ut quod civis cum cive agat domi certe suis legibus; quod Siculus cum Siculo non eiusdem civitatis, ut de eo praetor iudices ex P. Rupili decreto, quod is de decem legatorum sententia statuit, quam illi legem Rupiliam vocant, sortiatur. Quod privatus a populo petit aut populus a privato, senatus ex aliqua civitate qui iudicet datur, cum alternae civitate reiectae sunt. Quod civis Romanus a Siculo petit, Siculus iudex, quod Siculus a cive Romano, civis Romanus datur. Ceterarum rerum selecti iudices ex conventu civium Romanorum proponi solent. Inter aratore set decumanos lege frumentaria, quam Hieronicam appellant, iudicia fiunt*". Cfr. sul punto L.D. MELLANO, *Sui rapporti tra governatore provinciale e giudici locali alla luce delle Verrine*, Milano, 2007, p. 9 ss.

⁴⁶ Per un approfondimento sugli abusi dell'editto di Verre, cfr. M. GENOVESE, *Gli interventi edittali di Verre in materia di decime sicule*, Milano, 1999, p. 3 ss., che come suggerisce il titolo si occupa in particolare del problema delle decime per il *vectigal*.

⁴⁷ Per quanto riguarda il passo in questione, ma con riferimento alla scelta dei *iudices* cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano II. Il processo formulare*, Milano, 1963, p. 250, il quale ipotizza che ci si possa trovare di fronte a modificazioni introdotte nel processo formulare delle provincie, ma non ne spiega la *ratio*.

Pur potendo sussistere, dunque, delle disposizioni particolari in determinate provincie⁴⁸, la natura della punizione descritta dall'Editto di Verre ha una natura totalmente differente da quel *litem suam facere* che verrà ideato dai giuristi classici, come illecito privato.

2.4. L'inattendibilità del racconto di Macrobio.

Al quadro finora delineato contrasterebbe, però, una testimonianza:

Macrobio, *Saturnalia*, 3.16.15-16:

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 veterint. Inde ad comitium vadunt ne litem suam faciant. Dum eunt, nulla est in angiporto amphora quam non impleant, quippe qui vescicam plenam vini habeant. Veniunt in comitium, tristes iubent dicere. Quorum negotium est narrant, iudex testes poscit, ipsus it 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?'

poiché testimonierebbe la presenza della responsabilità giudiziale per *litem suam facere* in un periodo storico precedente⁴⁹ a quello di Cicerone.

Nell'estratto, infatti, sarebbe riportata testualmente una *suasio* dell'oratore Caio Tizio a favore della proposta di legge dell'allora console C. Fannio, che sarebbe poi diventata la *lex Fannia sumptuaria* del 161 a.C.⁵⁰.

⁴⁸ A corroborare la tesi di disposizioni particolari in alcune provincie si cfr. O. LICANDRO, «*Aegyptum imperio populi Romani adieci*», Torino, 2008, ove vi è l'analisi dello *status* dell'Egitto dopo la battaglia di Azio del 31 a.C. Alle pagine 35-37 è riportato l'editto emanato nel 68 d.C. da Tiberio Giulio Alessandro, *praefectus Aegypti*, nel quale è contenuto il provvedimento di rinuncia per il futuro del reclutamento forzato, in quanto gli uomini costretti non avevano sufficienti risorse economiche, né le capacità tecniche per coltivare le terre prese in locazione. *Ad adiuvandum* l'editto aggiunge che tale pratica era contraria al κοινὸν [ἔ]θος τῶν ἐπαρχειῶν, ossia l'uso comune delle provincie. Ciò oltre a provare che l'Egitto fosse effettivamente una provincia, come chiarito dall'autore, pone evidenza sul fatto che esistesse un uso comune delle provincie, non un diritto comune e che tale uso potesse, dunque, essere disatteso, secondo la convenienza valutata dal governatore della singola provincia.

⁴⁹ Vi è chi ha sostenuto che tale testimonianza retrodaterebbe, addirittura, l'ipotesi di *iudex qui litem suam facit* al periodo di vigenza delle *legis actiones*. Cfr. M. LEMOSSE, *Cognitio: étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique*, Parigi, 1944, p. 167 ss.; D'ORS, «*Litem suam facere*», cit., p. 372; GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 48; Per una confutazione dell'attendibilità dell'affermazione cfr. B. ALBANESE, *La menzione del merities in XII Tab. 1,6-9 in AUPA 42*, 1992, p. 95 ss. (100 ss.) e per ultimo GIUSTO, *Per una storia*, cit., p. 458 e IDEM, *Litem suam facere*, cit., p. 397.

Il testo, tuttavia, pone non pochi interrogativi sul profilo dell'attendibilità⁵¹, dal momento che l'autore, del V secolo d.C., non esplica la fonte dalla quale l'autore avrebbe trascritto tale orazione⁵² e si evince una connotazione di *litem suam facere* come atteggiamento omissivo da parte del *index*⁵³, ossia di assenza dal luogo del processo, in contrasto con l'accezione partecipativa ed emozionale ravvisabile in Cicerone e in Seneca.

La prima obiezione riguarda il profilo temporale, poiché Macrobio scrive i *Saturnalia* intorno al 430 d.C. e l'orazione è di circa seicento anni a lui precedente⁵⁴ e sempre sotto il profilo della veridicità storica emergono ulteriori interrogativi.

Primo fra tutti è la datazione della vita e, dunque, dell'attività di C. Tizio, che secondo Macrobio è contemporaneo del poeta Gaio Lucilio⁵⁵, la cui data di nascita è incerta, ma sicura è quella di morte nel 102 a.C., mentre le notizie biografiche di Cicerone descrivono un oratore all'incirca della stessa epoca di Caio Celio Caldo, Marco Erennio e Caio Claudio Pulcro, rispettivamente consoli nel 94, 93 e 92 a.C.⁵⁶, quando Lucilio era già deceduto.

⁵⁰ Le *lex Fannia sumptuaria* fu emanata dal console C. Fannio al fine di moderare le spese che i ricchi romani effettuavano per i loro banchetti durante le feste. Per un approfondimento sul tema cfr. C. VENTURINI, *Leges sumptuariae* in *Index* 32, 2004, p. 360 ss. e V.J. ROSIVACH, *The "Lex Fannia sumptuaria" of 161 BC* in *The Classical Journal* 102, 2006, p. 1 ss. Oltre a questo passo di Macrobio, l'altra fonte che riporta l'esistenza di questa legge è Livio, *Ab Urbe Condita*, 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 aëris insumi concessit decemque aliis diebus in singulis mensibus tricenos, ceteris*. Questo brano ci spiega anche il funzionamento di tale legge, che consisteva nella fissazione di un tetto massimo di cento, trenta o dieci assi di spesa per i banchetti durante i giorni delle festività.

⁵¹ Primo a porsi il problema è stato DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., p. 4 ss.

⁵² Si può ipotizzare che la sua fonte sia Quinto Sereno Sammonico, dal momento che lo cita ai cap. 16 e 17, come sostenuto da DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., p. 6. Tuttavia secondo alcuni studiosi (cfr. l'introduzione di N. MARINONE (a cura di), *I Saturnali di Macrobio Teodosio*, Torino, 1967, p. 46) probabilmente Macrobio non utilizzava direttamente Sammonico, ma una compilazione posteriore dei suoi libri.

⁵³ Di difficile comprensione sono i soggetti ai quali si riferisce Macrobio nel passo in esame, vista anche l'alternanza nel testo dei termini *index* e *indices*. Per un approfondimento sul punto cfr. J.M. KELLY, *Studies in the civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, 1976, p. 106 ss. che ha sostenuto che il brano si riferisce solo al collegio dei *centumviri*, mentre B.W. FRIER, *The rise of roman jurists*, Princeton, 1959, p. 209, n. 54, ha optato per il riferimento unico al *index unus*, tesi sostenuta anche da SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 180, n. 36; L. GAGLIARDI, *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002, p. 127, n. 43 e IDEM, *La figura*, cit., p. 9 ss., che ritiene plausibile il riferimento a tutti gli organi giudicanti, ipotesi sostenuta anche da MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 46, n. 61, che mi sembrerebbe corretto condividere vista la genericità del riferimento testuale.

⁵⁴ Di tale opinione è anche LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., p. 235 ss. In questo senso è opportuno anche osservare quanto sostenuto da SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 176 e n. 30, che ritiene difficile credere che Macrobio avesse potuto riportare le esatte parole pronunciate in quell'occasione, anche perché non si sarebbe giovato di fonti letterarie dirette.

⁵⁵ Macrobio, *Saturnalia*, 3.16.14: *Id ostendunt cum multi alii tum etiam C. Titius, vir aetatis Lucilianae...* Per informazioni particolari sulla vita di Lucilio cfr. N. TERZAGHI, *Lucilio*, Roma, 1934, p. 79 ss., in particolare 80.

⁵⁶ Cicerone, *Brutus*, 167: *eiusdem fere temporis fuit eques Romanus C. Titius, qui meo iudicio eo pervenisse videtur quo potuit fere Latinus orator sine Graecis litteris et sine multo usu pervenire. huius orationes tantum argutiarum tantum explorum tantum urbanitatis habent, ut paene Attico stilo scriptae esse videantur. easdem argutias in tragoedias satis ille quidem acute sed parum tragice transtulit. quem studebat imitari L. Afranius poeta, homo perargutus, in fabulis quidem etiam, ut scitis, disertus.*, mentre i riferimenti ai consoli citati sono contenuti in *Brutus*, 165-166.

Oltre a tale interrogativo che ha suscitato numerosi dibattiti⁵⁷, senza tuttavia fornire risposte soddisfacenti e chiarificatrici⁵⁸, ciò che è certo è che il contesto nel quale sarebbe stata pronunciata tale orazione è alquanto confuso.

Il passo è parte delle conversazioni del pomeriggio della seconda giornata, dedicato alle abitudini di lusso e alle raffinatezze dei romani; nel trattare delle leccornie di cui gli antichi si cibavano⁵⁹, l'autore si sofferma sul *lupus*, ossia la spigola e cita prima una massima di Varrone e poi il discorso di Caio Tizio, perché a suo dire tratterebbe sia del *lupus*, sia dei vizi degli antichi⁶⁰.

Nelle presunte parole dell'oratore riportate non vi è, però, traccia di riferimenti al pesce, ma solo una dissertazione sui fannulloni ricchi, che finiscono per essere nominati *iudices*. Tale perorazione, riprendendo le parole di De Martino: “nel contesto dedicato ai pesci più pregiati c'entra come il cavolo a merenda”⁶¹.

Dopo l'arringa contro i giudici si tratta di nuovo dei pesci, con una nuova citazione, ma questa volta di Lucilio, che anche in questo caso non parla dei pesci, ma di altri piatti come le mammelle di scrofa e i volatili.

Insomma le citazioni riportate da Macrobio sembrano non essere troppo pertinenti con l'argomento della trattazione, ma ciò da solo non sarebbe sufficiente a dichiarare l'orazione come non attendibile, ma è sicuramente un indizio, come lo è anche ciò che ha sottolineato sempre De Martino⁶², ossia che il testo non presenta il paradigma del latino arcaico.

⁵⁷ Cfr. tra gli altri P. FRACCARO, *Studi sui Gracchi in Studi storici* 6, 1913, pp. 123 ss.; E. MALCOVATI, *Oratorum Romanorum fragmenta liberae republicae*, Torino, 1955, p. 201 ss.

⁵⁸ Cfr. C. CICHORIUS, *Untersuchungen zu Lucilius*, Berlino, 1908, p. 265 ss. che aveva ipotizzato che il discorso di C. Tizio, menzionato da Macrobio non fosse una *suasio* a favore della proposta di legge, ma un discorso pronunciato alcuni decenni dopo per evitare l'abrogazione della *Lex Fannia*. Tuttavia, anche se tale teoria è stata accolta da diversi recenti studiosi (cfr. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., p. 159 e ancora più recentemente da SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 179 e parzialmente anche da VENTURINI, *La responsabilità*, cit.), già MALCOVATI, *Oratorum*, cit., p. 203 ss. e soprattutto DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., p. 5, seguito da ALBANESE, *La menzione*, cit., p. 96 hanno sostenuto che tale ipotesi non potesse essere provata per assenza di fonti che la testimoniassero. Sono propenso a condividere quest'ultima posizione, a maggior ragione per il dato letterale delle presunte parole di Caio Tizio. Esse sono espresse al tempo presente, mentre qualora la *suasio* avesse dovuto evitare l'abrogazione della legge, essa sarebbe stata pronunciata al passato. Se l'oratore, infatti, avesse voluto mostrare gli scempi che erano stati evitati grazie all'efficacia di questa legge, verosimilmente avrebbe descritto cosa accadeva in un tempo precedente all'entrata in vigore della norma, esaltando l'efficacia e la portata rivoluzionaria della *lex Fannia*.

⁵⁹ Macrobio aveva già menzionato le murene pescate nello stretto di Messina (cfr. *Saturnalia* 3.15.7-8), lo storione (cfr. *Saturnalia* 3.16.1-9), la triglia (cfr. *Saturnalia* 3.16.9) e lo scaro (cfr. *Saturnalia* 3.16.10).

⁶⁰ Macrobio, *Saturnalia*, 3.16.14: *Cuius verba ideo pono quia non solum de lupo inter duo pontes capto erunt testimonio, sed etiam mores quibus plerique tunc vivebant facile publicabunt.*

⁶¹ DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., p. 5.

⁶² Cfr. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., p. 6.

Secondo lo studioso, infatti, ad esempio, il termine *comitium*, anche se attestato in qualche fonte come il luogo ove si amministrava la giustizia, è un termine generico e meno usato rispetto al più tecnico *tribunal*⁶³.

Proprio sulla particolarità del termine *comitium*, infatti, si è espresso Venturini, che ritiene doversi tradurre non come il luogo dell'udienza, ma come una generica assemblea, ove i giudici avrebbero voluto partecipare solo alla fine della discussione per evitare di esercitare il proprio diritto di voto⁶⁴.

Tale ipotesi, tuttavia, sembrerebbe non trovare conferme nella lettura successiva del testo di Macrobio, il quale in *Saturnalia* 3.16.16 sostiene: “*Inde in comitium, tristes iubent dicere. Quorum negotium est narrant, iudex testes poscit, ipsus it minctum.*”.

Le locuzioni *iubent dicere* e *testes poscit* sembrerebbero, invero, non far sorgere dubbi sul fatto che il *comitium* fosse il luogo ove si svolgeva il processo.

Mi sembra, al più, plausibile la congettura di Lamberti⁶⁵, secondo la quale non si può escludere totalmente che Macrobio, o forse la sua fonte, avesse sostituito un linguaggio tecnico-giuridico posteriore (nello specifico la studiosa si riferiva all'espressione *litem suam facere*) alle parole di Caio Tizio. Seguendo questo ragionamento è possibile che anche il termine *comitium* fosse una sostituzione di Macrobio.

Mi sembra più congruo, però, in accordo con De Martino, che definisce Macrobio: “una fonte scadente e sospetta per la storia della responsabilità dei giudici”⁶⁶ e con Guarino che dichiarare come l'estratto valga “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 il quasi delitto) del «*litem suam facere*»⁶⁷, sostenere che in età repubblicana la responsabilità del giudice non sussistesse per atteggiamenti omissivi, quanto meno sotto la dicitura *litem suam facere*⁶⁸.

La ragione giustificatrice di tale posizione è la descrizione di *litem suam facere*, con elementi di partecipazione, che avevamo osservato nelle testimonianze di Cicerone e Seneca, che

⁶³ Per un approfondimento sul vocabolo *tribunal* romano su tutti cfr. T. MOMMSEN, *Ueber die Lage des prätorischen Tribunals* in *Gesammelte Schriften* III, Berlino, 1907, p. 319 ss., ma si cfr. anche PUGLIESE, *Il processo*, cit., p. 161 ss.

⁶⁴ Cfr. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., p. 465.

⁶⁵ Cfr. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., p. 236.

⁶⁶ DE MARTINO, ‘*Litem suam facere*’, cit., p. 7.

⁶⁷ A. GUARINO, «*Praesenti litem addicito*» in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 5, 1993, p. 81 ss. (85).

⁶⁸ Per un'opinione opposta cfr. MAC CORMACK, *The liability*, cit., p. 10, secondo il quale l'ipotesi di atteggiamenti omissivi era l'unica fonte di responsabilità per i giudici sotto la dicitura di *litem suam facere*.

sarebbe in contrasto con l'assenza prospettata qui dalle parole dello pseudo Caio Tizio riportate da Macrobio⁶⁹.

È inverosimile, infatti, ipotizzare che all'incirca nel I secolo a.C si utilizzasse una locuzione retorica per significare due concetti completamente opposti.

Mi sembrerebbe, invece, di poter assumere che *litem suam facere* nel periodo a cavallo tra la tarda Repubblica e l'inizio dell'impero non avesse ancora assunto quel significato tecnico giuridico più tardo, come si può denotare dalla diversità di significati che la locuzione poteva sottendere, arrivando addirittura, come in Seneca, ad essere utilizzata come una figura retorica che escludeva del tutto il campo tecnico del *iuris*; non si rinviene, infatti, alcuna ulteriore attestazione di *litem suam facere* sino al II secolo d.C., ove si inizia ad utilizzare la locuzione in senso tecnico giuridico.

Con tale assunto non si vuole asserire che la testimonianza di Macrobio sia priva di qualsivoglia utilità per la nostra indagine, anzi, sarà una fonte preziosissima non solo per comprendere l'esistenza in un certo periodo della storia romana di una responsabilità per il *iudex* derivante da atteggiamenti omissivi, ma anche, come vedremo, per la *probatio* del timore dei *iudices* di essere assenti dall'udienza, quando *litem suam facere* assumerà connotazione "criminale".

Alcuni eminenti studiosi⁷⁰, d'altronde, hanno già ampiamente dimostrato, come in epoca repubblicana il giudizio si fondava più sulla bravura retorica dei difensori che su argomenti giuridici e materiale probatorio; dimostrare l'assenza del *iudex*, in siffatto contesto, con un processo che, in aggiunta, si svolgeva in forme pressoché del tutto orali, sarebbe stato molto complesso.

3. Gaio: il giudice che fa sua la lite per imprudentiam. La prima attestazione diretta di utilizzo del *lessema* in ambito giuridico.

Per rinvenire ulteriori utilizzi di *litem suam facere*, come accennato, dobbiamo analizzare i testi del giurista Gaio, nei quali compare la locuzione che interessa la nostra indagine.

⁶⁹ La ragione che spingeva anche PUGSLEY, *Litem suam facere*, cit., p. 354 a ritenere improbabile una condotta puramente astensiva. Non mi sento, però, neanche di favorire la congettura di KELLY, *Roman litigation*, cit., p. 109, che riteneva improbabile la mancata presenza del *iudex*, dal momento che egli sarebbe stato seguito dall'attore nei giorni precedenti all'udienza per accertarsi della sua presenza. Tale ipotesi non mi sembra corroborata da alcuna fonte, come già segnalato da SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 179, n. 34.

⁷⁰ Cfr. S. PULIATTI, *Alla ricerca della verità. La discrezionalità del giudice tra retorica e diritto*, Bari, 2011, p. 43 ss.

Siamo nell'età degli Antonini e per la prima volta rinveniamo nelle fonti a nostra disposizione dei riferimenti diretti al *litem suam facere* come responsabilità del *iudex*.

Il quadro è molto differente rispetto a quello delineato per il periodo tardo repubblicano e proto imperiale, dal momento che a partire dall'epoca adrianea il *princeps* si ingeriva con coerenza sempre maggiore nelle decisioni giudiziali, attraverso rescritti e costituzioni⁷¹ e non a caso in quest'epoca, dunque, si cominciano ad individuare anche i contorni della responsabilità per gli errori commessi dal giudice.

Non possiamo asserire che quella che vedremo in Gai. 4.52 sia la primogenitura in campo giuridico del termine *litem suam facere*⁷², ma non si può neanche escluderlo completamente, dal momento che non bisogna trascurare la passione che il maestro antoniniano aveva per gli studi di retorica⁷³, elemento che giustificerebbe la derivazione del lemma *litem suam facere* da autori come Cicerone.

Nelle trattazioni del giurista in questione, però, come già accennato nell'*incipit*, si potrà notare una discontinuità rispetto all'ipotesi di responsabilità per *litem suam facere* in epoca postclassica e tardoantica; tale aporia è l'interrogativo che ha fatto la fortuna degli studi sul tema, continuando a suscitare dibattiti sino ai giorni nostri ed è il profilo sul quale converrà focalizzare l'indagine.

Bisognerà focalizzarsi, dunque, oltre che sull'elemento soggettivo necessario per l'imputabilità dei comportamenti contrari all'*officium iudicis*, anche sulla collocazione che il giurista antoniniano fa dell'ipotesi di *iudex qui litem suam fecerit* nella propria classificazione delle obbligazioni.

Occorrerà, per tale ragione, analizzare i due passi del giurista che trattano, più o meno approfonditamente dell'argomento, cercando, al contempo, di trarre delle prime conclusioni sull'argomento.

3.1. Il *iudex qui litem suam faciat* come mero inciso *nelle institutiones*.

Primo riferimento ad ipotesi di *iudex qui litem suam facit* si rinviene in un oscuro passo del manuale istituzionale, come è visibile da:

⁷¹ Cfr. N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II sec. d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali*, Milano, 1974, p. 5; PULIATTI, *Alla ricerca*, cit., p. 51

⁷² In forma indiretta, come approfondiremo in seguito, si ha una testimonianza di Ulpiano che tratta del *litem suam facere* citando Salvio Giuliano, giurista precedente a Gaio. Cfr. D. 5.1.16 (Ulp., *ad edictum*, 5).

⁷³ Cfr. R. QUADRATO, *Retorica e giurisprudenza da Quintiliano a Gaio in Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio Trani, 22-23 maggio 2009*, Bari, 2011, p. 141 ss.; IDEM, *D. 1.2.1: Gaio fra storia e retorica* in LR 4, 2015, p. 227 ss.

Gai. 4.52:

Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita 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 permissum est...

Gaio in quest'estratto non tratta direttamente dell'argomento che a noi interessa, ma in via incidentale e ciò non facilita la comprensione.

Il testo successivo a quello riportato, inoltre, è illeggibile, eccetto qualche parola, ma sappiamo che l'inizio del periodo successivo era *At si etiam*, per cui non è agevole comprendere se nel manuale originario vi fossero ulteriori chiarimenti⁷⁴.

Ciò che è sicuro è che secondo il *prudens*, qualora il *iudex* avesse ecceduto in positivo o in negativo nella condanna al pagamento rispetto ai limiti posti dalla *formula* con una *condemnatio* o avesse previsto una somma maggiore rispetto al limite della *taxatio*, avrebbe risposto per *litem suam facere*.

La dottrina, a questo proposito, si è interrogata sulla validità o meno della sentenza contraria ai limiti della *condemnatio* o della *taxatio* e vi sono stati approdi diametralmente opposti.

Un filone⁷⁵ ritiene che tale statuizione del giudice fosse nulla e che dunque il *iudex* venisse portato in giudizio con l'*actio adversus iudicem qui litem suam fecerit*; si sarebbe verificato, dunque, un meccanismo di sostituzione che avrebbe consentito alla parte lesa di ottenere il soddisfacimento della pretesa vanificata dalla nullità della sentenza provocata da un errore del soggetto giudicante. Per corroborare tale posizione si adduce la corrispondenza tra quanto descritto in Gai. 4.52 e i casi contemplati da D. 10.3.18 e C. 7.48.1 (a. 223)⁷⁶.

⁷⁴ Tentativo di ricostruzione fu effettuato da P.E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae Anteiusinianae quae supersunt*, Lipsia, 1866, p. 364: "At si etiam taxatio posita non sit, quanti velit condemnare potest. 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 condemnatione certam pecuniam, quam petit, ponere debet, ne consequatur minus quam (o eam quousque) velit." Soltanto le parti in corsivo sono ancora leggibili sul Veronese e sono state qui riportate per comprendere l'ampiezza di quanto sia stato aggiunto dall'autore, il che rende impossibile trarre tale ipotesi come fondamento di qualsivoglia ricostruzione del pensiero dell'autore.

⁷⁵ Cfr. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., p. 372 ss., condiviso tra gli altri da C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano II. Il processo formulare*, Torino, 2000, p. 186, n. 25; CREMADES-PARICIO, *La responsabilidad*, cit., p. 183; GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 3; BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., p. 174; FERCIA, *Litem suam facere*, cit., p. 1.

⁷⁶ D. 10.3.18 (Iav., *epistulae*, 2): *Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra id quod iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest.* e C. 7.48.1 (a. 223): *Iudex ad certam rem datus, si de aliis pronuntiavit, quam quod ad eam rem pertinet, nihil agit.* Cfr. per approfondimenti SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 246 ss.

Altra parte propende, invece per la validità della sentenza⁷⁷ e secondo tale impostazione l'errore del giudice si sarebbe potuto superare grazie ad un'*exceptio*, a una *restitutio in integrum* o anche ad un'*infirmitas*.

Tale secondo filone sembrerebbe maggiormente condivisibile per diverse ragioni: in primis il dato testuale, dal momento che l'estratto di Gaio non menziona l'invalidità della sentenza, elemento che si sarebbe dovuto senz'altro mettere in luce, qualora sussistente⁷⁸.

Ulteriore ragione che spinge questa soluzione proviene dall'analisi dei seguenti testi:

D. 3.3.46.4 (Gai., *ad edictum provinciale*, 3):

*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.*⁷⁹

in quanto se il *procurator* avesse potuto restituire con *actio mandati* al mandante anche ciò che avesse eventualmente conseguito *per errorem aut iniuriam iudicis*, si evincerebbe che tale statuizione sarebbe stata valida.

Oltretutto in:

D. 42.1.55 (Ulp., *ad Sabinum*, 51):

Iudex posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex 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.

⁷⁷ Cfr. KELLY, *Roman Litigation*, cit., p. 122 ss.; DE MARTINO, '*Litem suam facere*', cit., p. 30 ss.; L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella "cognitio extra ordinem"*. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica, Milano, 1965, p. 354; LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., p. 256; SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 248 ss.; non prendono posizioni MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 30; VENTURINI, *La responsabilità*, cit., p. 465.

⁷⁸ Problema già segnalato dalla dottrina, cfr. da ultimo SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 248.

⁷⁹ Cfr. PUGLIESE, *Note*, cit., p. 736, nonché A. MILAZZO, '*Iniuria iudicis: ingiustizia della sentenza e riflessi della cosa giudicata in Res iudicata II*, 2015, p. 67 ss. (71 ss.). In entrambi i casi si pone l'accento sulla contrapposizione tra *error* e *iniuria* segnalata da *aut*, ma mentre nel primo caso l'autore esprime come mera ipotesi che l'*iniuria* sarebbe stata caratterizzata da un elemento psicologico di volontarietà da parte del *iudex*, il secondo si esprime in termini più certi. A mio avviso non si può prescindere dai passi che vedremo nell'immediato prosieguo, ossia D. 44.7.5.4 e D. 50.13.6, estratti dal medesimo testo, ossia una parte del terzo libro delle *res cottidianae sive aureae*; si evince in questa sede sia un riferimento all'*iniuria*, caratterizzato da *imprudencia*, sia un rimando all'*error*, "*utique peccasse aliquid*". Innegabile è che vi fosse una differenza tra *iniuria* e *error*, ma probabilmente più che sotto il profilo dell'elemento soggettivo la discrasia va individuata sotto il profilo giuridico, poiché l'*error* avrebbe potuto indicare la materialità dello sbaglio, mentre l'*iniuria* il danno giuridico e le sue conseguenze. Si potrebbe anche supporre che l'*error* non fosse attribuibile al giudice, al contrario dell'*iniuria*, che inquadrebbe, dunque, una struttura simile a quella di D. 21.2.51.pr. (Ulp., *ad edictum*, 80).

si desume, come già evidenziato da Kelly e De Martino⁸⁰, che era la sentenza a incidere sullo stato patrimoniale delle parti e che l'eventuale errore del giudice "in più o in meno" nella condanna era immodificabile dallo stesso⁸¹.

Tale estratto, che non menziona alcuna ipotetica nullità, non solo corrobora la tesi della validità della sentenza, ma offre ulteriori spunti di riflessione, poiché non menziona nemmeno l'ipotesi di responsabilità del giudice.

Procedendo, però, ora nell'analisi di:

D. 5.1.74 (Iul., *digesta*, 5):

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 litigatoris conveniat...

si rinviene la possibilità per il *iudex* di superare i limiti di quanto gli era stato ordinato se le parti fossero state d'accordo, escludendo, di fatto, le ipotesi di nullità d'ufficio della sentenza per il solo superamento dei limiti.

Problemi in tal senso si sarebbero avuti se non ci fosse stato il preventivo accordo, dal momento che la statuizione del giudice avrebbe creato un pregiudizio ad una delle due parti: il giudice, in questo caso, avrebbe "fatto sua la lite" contro uno dei due contendenti.

Tale interpretazione restituirebbe il senso medesimo a quello di Cicerone, *De oratore* 2.75.305; in tale testimonianza, però, come abbiamo visto *lis* traslerebbe da una connotazione tecnico-giuridica a quella di mera contesa, mentre ora si rimarrebbe sempre nell'ambito processuale, in quanto il giudice incorrerebbe in una responsabilità per errori derivanti dall'esercizio del proprio *officium*.

Una volta terminato il proprio compito, dunque, il *iudex* sarebbe diventato *reus* di una *lis* nuova, causata dal proprio errore.

Tale meccanismo, però, non sembrerebbe potersi ipotizzare come automatico, ma sarebbe, comunque, necessario che il danneggiato esercitasse un'azione.

Conseguenze pregiudizievoli, quindi, secondo l'ipotesi di Gai. 4.52, potrebbe sussistere tanto in capo all'attore-vincitore della originaria contesa quanto al convenuto-soccombente:

⁸⁰ Cfr. KELLY, *Roman Litigation*, cit., p. 122 ss.; DE MARTINO, '*Litem suam facere*', cit., p. 31.

⁸¹ Contrario a tale interpretazione del passo è BURDESE, *Responsabilità*, cit., p. 174, secondo il quale "*vel pluris vel minoris*" non si riferirebbe ai limiti della *condemnatio* o della *taxatio*, quanto piuttosto all'operato del giudice, in riferimento alla sentenza valida e definitiva, anche se sostanzialmente ingiusta.

nel caso di condanna a meno del limite minimo della *condemnatio*, sarebbe l'attore della causa originaria ad avere interesse a ricorrere contro il giudice, mentre nelle altre due ipotesi prospettate sarebbe il convenuto.

In aggiunta i passi che riproverebbero la tesi della dottrina rigorista non sembrano trovare contenuto analogico con il caso in esame, come già segnalato da De Martino, soprattutto a proposito di D. 10.3.18: “l’analogia con il caso trattato in questo frammento non pare molto forte, perché esso consisteva in un giudizio di divisione, nel quale il giudice si era pronunciato su cosa diversa, anzi estranea all’eredità... In questi testi si afferma che il giudice non ha il potere di pronunciarsi, non si dice che la sentenza era invalida, sebbene lo si possa presumere”⁸².

Oltre al problema della validità della sentenza ciò che importa, inoltre, è mettere in luce che nell’estratto di Gaio non sono descritti né l’elemento soggettivo della condotta del giudice che possa comportare responsabilità per lo stesso, né la pena.

Al fine dell’elaborazione, dunque, dei contorni del rimedio gaiano, fondamentale è l’analisi di due *leges geminae* dei *Digesta* di Giustiniano, entrambe escerpate dal terzo libro delle *res cottidianae*.

3.2. Si iudex litem suam fecerit... *la configurazione del rimedio nelle res cottidianae sive aureorum libri*.

L’assenza di una specifica trattazione nelle *institutiones* sul tema del *iudex qui litem suam facit* è un dato che fornisce un sentore importante della rilevanza di tale responsabilità in quel periodo storico⁸³. Diversa è l’attenzione, però, che su di essa viene prestata nelle *res cottidianae sive aureorum*.

D. 44.7.5.4 (Gai., *aureorum*, 3):

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., *res cottidianae sive aureorum*, 3):

⁸² DE MARTINO, ‘*Litem suam facere*’, cit., p. 31 ss.

⁸³ Anche DE MARTINO, ‘*Litem suam facere*’, cit., p. 4, commentava: “Il fatto che Gaio nelle Istituzioni non si occupi diffusamente della responsabilità del giudice, ma si limiti a parlarne solo nei casi di *formulae in certum* e di *taxatio* e casi analoghi, che però non conosciamo, dovrebbe essere valutato come un segno della scarsa importanza che l’argomento rivestiva nelle scuole del periodo classico.”.

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 aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.

I brani sopra esposti si caratterizzano per la loro particolarità, dal momento che il primo è riportato in un contesto più ampio ove vengono descritte le figure delle obbligazioni che non nascono né da *contractus*, né da *maleficio*, ma da *variae causarum figurae*, mentre il secondo è riportato come ultimo passo del titolo 13 del libro 50 dei *Digesta Iustiniani*, denominato *DE VARIIS ET EXTRAORDINARIIS COGNITIONIBUS ET SI IUDEX LITEM SUAM FECISSE DICETUR*.

Tale titolo raggruppa figure dal contenuto altamente eterogeneo e riserva soltanto alla fine il riferimento all'ipotesi di *iudex qui litem suam fecerit* attraverso il brano sopra riportato; ciò che colpisce, però, è la comunanza tra le *cognitiones extra ordinem* e la responsabilità del giudice per *litem suam facere*, che può essere un indizio sulla rilevanza nel periodo di vigenza del processo formulare di tale rimedio, in luogo della rilevanza che ebbe con il procedimento cognitorio.

La nomenclatura *Si iudex litem suam fecisse dicetur*, inoltre, è posta in posizione di evidenza rispetto alle *cognitiones extra ordinem*, poiché probabilmente il rimedio in questione pur diffusosi in un periodo successivo a quello nel quale tali procedure presero il posto del processo ordinario, avesse, tuttavia, preso le mosse da elaborazioni sapienziali di giuristi classici⁸⁴.

Tralasciando da parte, però, le congetture, si può denotare come vi fossero indizi di un'irresponsabilità del *iudex* per le *iniuriae* da lui commesse nel secolo precedente a Gaio:

D. 17.2.52.18 (Ulp., *ad edictum*, 30):

Per contrarium quoque apud veteres tractatur, an socius omnium bonorum, si quid ob iniuriarium actionem damnatus praestiterit, ex communi consequatur ut praestet. et Atilicinus Sabinus Cassius responderunt, si iniuria iudicis damnatus sit, consequatur, si ob maleficio suum, ipsum tantum damnum sentire debere. cui congruit, quod Servium respondisse Aufidius refert, si socii bonorum fuerint, deinde unus,

⁸⁴ Tale opinione sembra condivisa in parte da FERCIA, 'Litem suam facere', cit., p. 942. Si deve, però, sin da ora precisare la formazione e l'appartenenza di Gaio alla scuola sabiniana, dal momento che la sua visione della responsabilità del giudice trova, come vedremo in seguito, similitudini con una testimonianza di Salvio Giuliano. Gaio quando tratta delle soluzioni sabiniane, infatti, utilizza *nostri praeceptores*, mentre per le soluzioni proculiane adoperava *diversi scholae autores*. Per una disamina dei passi in cui ciò avviene cfr. C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno delle due scuole in Pacte, convention, contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Bâle – Francofort-sur-le-Main, 1998, p. 433 ss. (438 n. 21) (= in IDEM, *Scritti scelti di diritto romano II*, Torino, 2012, p. 327 ss. da cui si cita (331 n. 21).

*cum ad iudicium non adesset, damnatus sit, non debere eum de communi id consequi, si vero praesens iniuriam iudicis passus sit, de communi sarciendum.*⁸⁵

Dalla lettura del testo si evince che sia Servio Sulpicio Rufo, giurista del I secolo a.C., che il terzetto di giuristi del I secolo d.C.: Atilicino, Masurio Sabino e Gaio Cassio Longino, sostenevano come il danno derivante da *iniuria iudicis* dovesse essere considerato alla stregua di un evento imprevedibile e pertanto il risarcimento sarebbe dovuto ricadere in capo ad ogni socio⁸⁶, dal momento che il caso prospettato riguardava una *societas omnium bonorum*.

In questo contesto, dunque, la testimonianza di Gaio nelle *res cottidianae* suscita non pochi interrogativi, le soluzioni dei quali saranno di fondamentale importanza per la comprensione del tema della nostra ricerca.

Per parte della dottrina⁸⁷, tuttavia, si dovrebbe parlare in questo caso di materiale pseudo-gaiano, che non può assurgere a presupposto dell'analisi per la configurazione del *iudex qui litem suam fecerit* in età classica, poiché sicuramente di epoca successiva.

Ritengo, tuttavia che sicuramente il problema della datazione dell'opera di Gaio e di eventuali interpolazioni debba essere tenuto in considerazione, ma, vista l'attribuzione dell'opera a Gaio nell'*Index florentinus* e nel *corpus iuris civilis* di Giustiniano, nonché sulla base di diversi punti di contatto tra le *institutiones* e le *res cottidianae*, dei quali analizzeremo un esempio, concordo con la dottrina oggi dominante⁸⁸ sull'attendibilità gaiana dei testi.

⁸⁵ Cfr. per un approfondimento sulla *societas omnium bonorum* e sul passo di Ulpiano F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973, p. 107, n. 48.

⁸⁶ Cfr. A. SALOMONE, *L'iniuria iudicis' tra assistenza nella lite, assunzione del giudizio e appello di terzo in Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese III*, Padova, 2015, p. 825 ss. (830); MILAZZO, *'Iniuria iudicis'*, cit., p. 72 ss. Anche secondo SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 340 ss. tali non sono dei riferimenti al *litem suam facere*, ma a mio giudizio il problema che si pone è proprio questo: una generica *iniuria iudicis* sin dai tempi più antichi non avrebbe potuto comportare una responsabilità per il *iudex*, probabilmente per le difficoltà probatorie e per la stessa struttura del processo formulare.

⁸⁷ Cfr. per tutti DE MARTINO, *'Litem suam facere'*, cit., p. 25 ss.; LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., p. 237 ss.; SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 543 ss.; GIUSTO, *Per una storia*, p. 466; MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 19.

⁸⁸ Cfr. tra gli altri G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1945, p. 13 ss.; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, p. 187 ss.; D. LIEBS, *Gaius und Pomponius in Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1966, p. 61 ss. (63 ss.); F. WUBBE, *Gaius et les contrats réels* in TR 35, 1967, p. 500 ss. (524); WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones*, cit., p. 77 ss.; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia et transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, p. 122 ss.; GALLO, *Per la ricostruzione*, cit., p. 172 ss., G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato* in ANRW II, 14, Berlino-New York, 1982, p. 450 ss. (490 ss.); M. KASER, *Divisio obligationum* in *Studies on Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, Londra, 1983, p. 73 ss. (82 ss.); S. TONDO, *Classificazione delle fonti d'obbligazione* in *Labeo* 41, 1995, p. 371 ss. (380 ss.); E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio* in SDHI 63, 1997, p. 5 ss. (68 ss.); M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001, p. 272 ss.; G. FALCONE, "Obligatio est iuris vinculum", Torino, 2003, p. 30 ss. Si cfr. quest'ultimo, p. 30 ss. n. 73 per una bibliografia più approfondita e si cfr. R. MARTINI, *Gaio e le Res cottidianae* in AUPA 55, 2012, p. 171 ss. per la bibliografia successiva.

3.2.1 Il maleficium: qualche approfondimento sulla connotazione del lemma.

Occorre, orbene, analizzare in primo luogo il vocabolo utilizzato da Gaio in riferimento al titolo di responsabilità per il *iudex*, ossia *quasi ex maleficio teneri*. Se si analizza quanto evince dalla lettura comparata delle *institutiones* e delle *res cottidianae* non può sfuggirci una completa riformulazione della classificazione delle obbligazioni:

Gai. 3.88-89:

Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.

D. 44.7.1.pr.-1 (Gai., *aureorum*, 2):

Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.

Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu.

Oltre al passaggio dalla bipartizione alla tripartizione delle obbligazioni è interessante notare come anche la *species* dei *contractus* passi da una quadripartizione: reali, verbali, letterali e consensuali ad una tripartizione, caratterizzata dall'assenza dei contratti letterali⁸⁹.

Ciò che a noi interessa, tuttavia, è il passaggio da *delictum* a *maleficium* per indicare la classificazione delle obbligazioni che nascono da fatto illecito⁹⁰.

Se si assumesse che il giurista antoniniano abbia utilizzato i termini come sinonimi si giungerebbe ad una soluzione certamente più immediata, ma che lascerebbe irrisolti diversi

⁸⁹ Per un approfondimento sul punto cfr WOŁODKIEWICZ, *Obligationes*, cit., p. 81 ss.; GALLO, *Per la ricostruzione*, cit., p. 171 ss.; J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid, 1996, p. 19 ss.; A. CENDERELLI, *Il trattato e il manuale* in *BIDR* 101-102, 1998/1999, p. 61 ss. (68 ss.); MARTINI, *Gaio e le Res cottidianae*, cit., p. 178 ss. In questi lavori si offrono anche motivazioni o spunti di riflessione sul perché il giurista antoniniano nelle *Res cottidianae*, accanto al mutuo, inserisca nella categoria dei contratti *re* il comodato, il deposito e il pegno (D. 44.7.1.3-6 (Gai., *aureorum*, 2)). Per quanto concerne l'assenza dei contratti *litteris* cfr. anche LAMBERTINI, *Giustiniano*, cit., p. 13.

⁹⁰ Per un'analisi più approfondita sul tema cfr. A. ARNESE, *Delictum, maleficium e variae causarum figurae: l'obligatio da atto o fatto illecito in Gaio*, Bari, 2004 e IDEM, *Maleficium. Le obbligazioni da fatto illecito nella riflessione gaiana*, Bari, 2011, nonché la recensione di tale volume ad opera di A. CARAVAGLIOS, *Gaio e le fonti dell'obbligazione da fatto illecito: il «maleficium»* in *Index* 40, 2012, p. 745 ss., nonché D. KREMER, *Originalité de la notion de «maleficium»* in *Carmina Iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Parigi, 2012, p. 419 ss.

quesiti, primo fra tutti del perché vi sia stato il passaggio da una *summa divisio* ad una tripartizione⁹¹.

Non si intende, ovviamente, in tale sede avere la pretesa di risolvere la spinosa questione, ma tentare di elaborare una suggestione suffragata da qualche confronto testuale, analizzando alcuni indizzi.

In primo luogo è necessario chiarire come la distinzione manichea delle fonti delle obbligazioni tra *contractus* quale atto lecito e *delictum* come atto illecito non è propria di tutti i *prudentes*; si osservi infatti:

D. 44.7.25.1 (Ulp., *liber singularis regularum*):

Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto, quaedam in factum sunt.

D. 44.7.52.8 (Mod., *Regularum*, 2):

Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato.

Per la nostra sensibilità (e probabilmente anche per quella dei romani) la *summa divisio* di Gaio è di più immediata comprensione rispetto a diverse classificazioni come le due sopra presentate e, tuttavia, si evince che lo stesso giurista antoniniano riteneva, nelle *institutiones*, tale bipartizione limitativa, dal momento che non riusciva a collocare le ipotesi di *indebiti solutio*⁹².

Tale *ratio* ha comportato una rielaborazione delle fonti delle obbligazioni, non più basata su una bipartizione: fatto lecito/*contractus* - fatto illecito/*delictum*, ma su una tripartizione: *contractus, maleficium, variae causarum figurae*.

⁹¹ Sul punto cfr. KREMER, *Originalité de la notion*, cit., p. 419.

⁹² Gai. 3.91: *Is quoque, qui non debitum accepit a qui per errorem soluit, re obligatur. Nam proinde ei condici potest SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condicione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.* L'utilizzo di *non videtur* qui presente, come avviene anche nel brano delle *res cottidianae* a proposito del *iudex qui litem suam fecerit* sembrerebbe doversi tradurre con “non è evidente” e ciò testimonierebbe la presenza di dubbi interpretativi sulla questione. Questo utilizzo sintattico di *videtur* è testimoniato plurime volte in Gaio, come mostra G. FALCONE, *La trattazione di Gai. 3.140-141 sul pretium nella compravendita, tra 'regulae' e ius controversum* in *AUPA* 58, 2015, p. 37 ss. (51 ss.), il quale porta come esempi Gai. 3.141; Gai. 3.142; Gai. 3.146 e D. 18.1.35.5 (Gai., *ad edictum provinciale*, 10) ed ai quali si potrebbero, dunque, aggiungere i casi di Gai. 3.91 e nei casi di D. 44.7.5 (Gai., *aurea*, 3), anche se a volte è utilizzato il sinonimo *intellegitur*. Se ciò è vero, si attesterebbe ancora una volta la difficoltà di classificazione delle *variae causarum figurae*, dal momento che tale schema sarebbe stato oggetto di *ius controversum*.

Per quanto concerne il *maleficium*⁹³, possiamo vedere come le figure siano le stesse del *delictum*, ma a proposito del primo vi è una specificazione ulteriore a riprova che non si tratta di sinonimi:

D. 44.7.4 (Gai., *aureorum*, 3):

Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria. quae omnia unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu.

Gai. 3.182:

Transeamus nunc ad obligationes quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit; quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.

Secondo le classificazioni di Gaio le obbligazioni che nascono da fatto illecito si differenziano dai contratti che invece sono divisi in quattro *genera*, ma a proposito del *maleficium* viene chiarito che esso può nascere solo *re*, ossia dallo stesso *maleficium*.

Tale puntualizzazione non vi è nelle *institutiones*, poiché la parola *delictum* non ha tale connotazione⁹⁴ e si specifica solo che i *delicta* hanno un solo genere.

Occorre ora chiedersi cosa sia il *maleficium*; secondo il *Thesaurus linguae latinae*⁹⁵ il vocabolo ha lo stesso etimo di *malefacere* e ha in sé il significato di fare male, in contrapposizione al fare bene⁹⁶.

Se analizziamo le fonti letterarie ove tale lemma è contenuto, in effetti si trovano rinvenimenti dello stesso anche in contrapposizione a *beneficium*, come ad esempio in Cicerone, *De inventione*, 2.108⁹⁷; *Pro Caelio*, 31.74⁹⁸ e *Pro Balbo*, 28.65⁹⁹.

⁹³ Il termine è numerose volte utilizzato dai giuristi Gaio e Ulpiano. Cfr. per una disamina dei passi KREMER, *Originalité de la notion*, cit., p. 429 ss.

⁹⁴ Per un approfondimento sul termine *delictum* e la sua etimologia cfr. ARNESE, *Maleficium*, cit., p. 33 ss.

⁹⁵ Cfr. s.v. *maleficium* in *Thesaurus linguae latinae* VIII, Lipsia, 1966, p. 174.

⁹⁶ Tale tesi è condivisa anche da ARNESE, *Maleficium*, cit., p. 53.

⁹⁷ Cicerone, *De inventione*, 2.108: *Deinde locis communibus misericordiam captare oportebit ex iis praeceptis, quae in primo libro sunt exposita. Adversarius autem malefacta angebit: nihil imprudenter, sed omnia ex crudelitate et malitia facta dicet; ipsum in misericordem, superbum fuisse; et, si poterit, ostendet semper inimicum fuisse et amicum fieri nullo modo posse. Si beneficia proferet, aut aliqua de causa facta, non propter benivolentiam demonstrabit, aut postea odium esse acre susceptum, aut illa omnia maleficiis esse deleta, aut leviora beneficia quam maleficia, aut, cum beneficiis honos abitus sit, pro maleficio poena sumi oportet.*

⁹⁸ Cicerone, *Pro Caelio*, 31.74: *Vellem alio potius cum cupiditas gloriae detulisset; sed abiit huius tempus querelae. Accusavit C. Antonium collegam meum, cui misero praeclari in rem publicam beneficii memoria nihil profuit, nocuit opinio malefici cogitati.*

Non deve stupirci l'utilizzo tecnico giuridico del termine e come la fonte di rinvenimento principale sia ancora una volta Cicerone.

Nonostante numerosissimi siano gli utilizzi di *maleficium* nella letteratura latina¹⁰⁰, è soprattutto nelle opere dell'Arpinate presente questa contrapposizione, evidente soprattutto in *De inventione* 2.108, vero e proprio trattato di retorica, proprio perché, ancora una volta, assistiamo ad un "prestito" da parte di questa disciplina nei confronti del diritto.

E' noto come il termine *beneficium* sia collegato ad *officium*: secondo Falcone, infatti, il collegamento si configura "come sovrapposizione concettuale tra le due figure complessivamente considerate, nel senso che la pratica del *beneficium* è essa stessa un *officium*"¹⁰¹.

Lo stesso Cicerone, d'altronde, nel *De officiis* tratta, in una sezione, proprio dei *beneficia*¹⁰² e proprio sul dualismo *beneficium-creditum* si fonda la tesi di Falcone¹⁰³ sull'attribuzione di J.3.13.3.pr.:

Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura

al secondo libro delle *res cottidianae* di Gaio.

Se proseguiamo su tale solco si può sostenere che il *maleficium*, contrapposizione del *beneficium*, sia anch'esso un *officium*, ma caratterizzato non da ciò che appartiene al *bonum*, ma da ciò che è racchiuso nel *malum*, il quale si tramuta in fonte di obbligazione, soltanto nei casi in cui sia esperibile per il danneggiato un rimedio processuale che limiti la portata del fenomeno lesivo, ossia anche qui un *vinculum iuris*.

Il lemma non era estraneo a Gaio ai tempi della stesura delle *institutiones*¹⁰⁴ in quanto fu utilizzato tanto per indicare illeciti pubblici (*crimina*), quanto privati (*delicta*) e ciò è comprensibile poiché la matrice è la stessa, ossia l'*officium* negativo che fa scaturire una malefatta.

⁹⁹ Cicerone, *Pro Balbo*, 28.65: *Postremo illud, indices, fixum in animi vestris tenetote, vos in hac causa non de maleficio L. Corneli, sed de beneficio Cn. Pompei indicaturos.*

¹⁰⁰ Plauto, Terenzio, Varrone, Sallustio, Quintiliano, Tacito, Svetonio, Gellio e lo stesso Cicerone. Si cfr. ARNESE, *Maleficium*, cit., p. 54 ss. per i riferimenti precisi.

¹⁰¹ Cfr. FALCONE, *Obligatio*, cit., p. 55.

¹⁰² Cfr. Cicerone, *De officiis*, 1.42-60. Per un approfondimento sui passi cfr. F. CANCELLI, *Saggio sul concetto di officium in diritto romano* in *RISG* 58, 1957, p. 352 ss. (357).

¹⁰³ Cfr. G. FALCONE, *Officium e vinculum giuridico: alle origini della definizione classica dell'obligatio* in *Ius Antiquum* 16.2, 2005, p. 67 ss.; IDEM, *Obligatio*, cit., 5 ss.

¹⁰⁴ Cfr. Gai. 1.128, 2.181, 4.75, 4.112. Per approfondire cfr. ARNESE, *Maleficium*, cit., p. 58 ss.

Possiamo, però comprendere l'evoluzione del ragionamento che porterà alle *res cottidianae* soltanto se analizziamo frammenti di altre opere del giurista:

D. 50.16.238.6 (Gai., *Ad Legem XII Tabularum*, 6):

Noxiae' appellatione omne delictum continetur.

D. 9.4.1 (Gai., *Ad edictum provinciale*, 2):

Noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur: quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditioe ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem.

Se *noxia/noxa*¹⁰⁵ è una parola che comprende ogni *delictum*, ma amplia tale significato, significa che vi sono degli illeciti che non sono ricompresi nella classificazione di *delictum*, per come è schematizzata nelle *institutiones*. Oltre ai *crimina* che ovviamente procurano anch'essi dei danni, dunque *noxiae*, vi sono ulteriori figure di illecito che non rientrano nella categoria dei *delicta*.

Mi sembrerebbe, contrariamente a quanto sostenuto da Arnese¹⁰⁶, che in questo caso la congiunzione *atque* in D. 9.4.1 offra proprio una connotazione endiadica alle parole *noxa* e *maleficio*, nel senso che la seconda fungerebbe da qualificazione alla prima: soltanto una *noxa* e, dunque, un danno caratterizzato dal *maleficio* comporterebbe allora per l'autore una responsabilità nossale.

Si può avere conferma di ciò anche confrontando quanto esposto nelle *institutiones* a proposito delle azioni nossali:

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 nequitam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse.

¹⁰⁵ In Gaio si trova *noxa* in Gai. 4.77-78 e D. 9.4.1 (*Ad ed. prov.*, 2) e *noxia* in D. 9.4.20 (*Ad ed. prov.*, 7), D. 47.9.9 (*Ad Leg. XII Tab.*, 4), D. 50.16.238.3 (*Ad Leg. XII Tab.*, 6) ed entrambi i vocaboli significano tanto il danno, quanto l'illecito privato.

¹⁰⁶ Cfr. ARNESE, *Maleficium*, cit., p. 73 ss.

In quest'ultimo passo l'assenza della parola *noxia/nox* deve indurci verso tesi dell'endiadi in D. 9.4.1: se il *malefċium* caratterizza la *noxia*, allora essa è un danno che ha qualcosa in più, ossia un *malum officiū*.

Abbiamo definito, dunque, il *malefċium* non solo come sostantivato di *malefacere*, che più sarebbe corretto esprimere con *malefactum*, ma come vero e proprio *officiū* caratterizzato da un qualcosa di negativo¹⁰⁷ ed è necessario ora indagare cosa sia.

Assumendo quest'ottica si potrebbe sostenere che a seguito di quella che Falcone definisce una “maturazione di pensiero” o “un mutamento di impianto espositivo”¹⁰⁸ il giurista antoniniano abbia ritenuto nelle *res cottidianae* il termine *delictum* non più soddisfacente per indicare la categoria delle quattro figure.

Riprendendo gli studi di Arnese¹⁰⁹, infatti, *delictum* proviene dal verbo *delinquere* ed indica l'atto di chi *non fecit quod facere debuit* e rappresentare tale posizione solamente attraverso le quattro ipotesi delle *institutiones* sarebbe, effettivamente, riduttivo.

Il termine *delictum* appare, infatti, dodici volte nei frammenti gaiani a nostra disposizione: sette volte nelle *institutiones*, quattro nel commentario *ad edictum provinciale*, una nel commentario *ad Legem XII Tabularum* e nessuna nelle *res cottidianae*¹¹⁰.

Se analizziamo i testi di D. 50.16.238.6 e D. 9.4.1 notiamo un'evoluzione e graduale allontanamento nell'uso del termine tecnico *delictum*, che avrà il suo compimento nelle *res cottidianae* con l'utilizzo di *malefċium*.

L'*officiū* negativo che caratterizza i quattro illeciti privati, dunque, è l'elemento psicologico dell'agente, ossia *culpa* o *dolum malum*: il *malefċium* è, dunque, la fonte dalla quale

¹⁰⁷ Dello stesso avviso sembrerebbe essere KREMER, *Originalité de la notion*, cit., p. 426 ss., il quale riporta, a sostegno di questa derivazione, un passo di *Rhetorica ad Herennium* 2.32: *Expositio vitiosa est cum ab aliqua aut a maiore parte ad omnes confertur id quod non necessario est omnibus adtributum; ut si quis hoc modo exponat: omnes qui in paupertate sunt, malunt malefċio parare divitias quam officio paupertatem tueri.*

¹⁰⁸ G. FALCONE, *Tagliacarte* in *Labeo* 43, p. 298 ss. (299), che recensiva il lavoro di COMA FORT, *El derecho*, cit., p. 17 ss.

¹⁰⁹ Cfr. ARNESE, *Malefċium*, cit., p. 34 ss. e per un ulteriore approfondimento A. BERGER, s.v. *Delictum* in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia, 1953, p. 430; B. BIONDI, *La terminologia romana come prima dommatica giuridica* in *Scritti giuridici* I, Milano, 1965, p. 181 ss. (204); M. KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer* in *Studi in onore di B. Biondi* I, Milano, 1965, p. 95 ss.; A. CARCATERRA, *Semantica degli enunciati normativo giuridici romani. Interpretatio iuris*, Bari, 1972, p. 34 ss.; C. DE MEO, *Lingue tecniche del latino*², Bologna, 1986, p. 87 ss.; G. DEVOTO, *Storia della lingua di Roma*, Bologna, 1991, p. 270 ss.; G. MELILLO, *Il latino giuridico quale tramite tra il II e il IV secolo e i suoi rapporti con l'età del primo principato* in *Labeo* 39, 1993, p. 169 ss. (172 ss.) da cui si cita (= in *Atti del convegno internazionale «Il latino del diritto»* (Perugia 8-10 ottobre 1992), Perugia, 1994, p. 241 ss. (244)); L. LANTELLA, *Dinamica semantica e modelli strutturali nella terminologia giuridica romana* in *Atti del convegno internazionale «Il latino del diritto»* (Perugia 8-10 ottobre 1992), Perugia, 1994, p. 39 ss. (40 ss.); P. POCETTI, *Latino e diritto: vicende di una specularità* in *Atti del convegno internazionale «Il latino del diritto»* (Perugia 8-10 ottobre 1992), Perugia, 1994, p. 3 ss.; V. GIODICE SABBATELLI, *Gli iura populi romani nelle Istituzioni di Gaio*, Bari, 1996, p. 22 ss.

¹¹⁰ Cfr. ARNESE, *Malefċium*, cit., p. 37 per i riferimenti quantitativi precisi.

nasce l'azione maligna e in questo modo si spiega l'inciso di Gaio: *maleficia tantum in re consistunt, id est ipso maleficio*¹¹¹.

Nelle *Institutiones*, infatti, già si era specificato a proposito del *damnum iniuria datum*, che senza colpa o dolo, dunque, nessuno può essere punito a titolo di *iniuria*:

Gai. 3.211:

Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.

Ciò, negli *aurea* è sintetizzato con il termine *maleficium*, che supera i confini del più generico *delictum*.

Si può notare, dunque, come vi sia stata una graduale evoluzione nel pensiero gaiano che ha giustificato l'utilizzo di nuove categorie.

Vi sono, però, dei danni o per utilizzare termini gaiani *noxiae/noxae* che, tuttavia, vengono procurati *sine culpa aut dolo malo* o più precisamente *non proprie cum culpa aut dolo malo* e questa è, probabilmente, l'evoluzione alla quale Gaio arriva con la maturità delle *res cottidianae*.

Il giurista antoniniano mostra, infatti, una serie di figure che nascono *proprio quodam iure ex variis causarum figuris*, che, a seconda dei casi, *quasi ex contractu aut quasi ex maleficio tenentur*¹¹².

Nel caso delle figure che definite *quasi ex contractu tenentur* esse nascono indipendentemente dall'accettazione del destinatario¹¹³, senza dunque essere fondate su un accordo e, pertanto, senza consenso¹¹⁴, mentre per le situazioni *quasi ex maleficio tenentur*, come si approfondirà nell'immediato prosieguo, l'elemento soggettivo della colpa o del dolo non si configura o almeno non nella sua totalità.

¹¹¹ D. 44.7.4 (Gai., *aureorum*, 3).

¹¹² A conclusioni parzialmente differenti arriva KREMER, *Originalité de la notion*, cit., p. 436, il quale pur ammettendo la differenza tra *delictum* e *maleficium* scorge nel primo il danno materiale, mentre nel secondo la riprovevolezza sociale dell'atto.

¹¹³ Fungevano, dunque, da casi analoghi alle promesse unilaterali, su cui cfr. O. DILIBERTO, *Le promesse unilaterali come fonte di obbligazione: dal diritto romano alla discussione contemporanea* in *Xueshuo huizhuan/Digesta* 4, Pechino, 2012, p. 13 ss.; V. CARRO, *La promessa unilaterale. Studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanistica e prospettive future*, Napoli, 2012 e il recentissimo lavoro di M. HUANG, *La promessa unilaterale come fonte di obbligazione. Dai fondamenti romanistici al prossimo Codice Civile Cinese*, Napoli, 2018.

¹¹⁴ Per un'opinione contraria, che esclude la necessità dell'accordo per i contratti in epoca classica cfr. R. MARTINI, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto* in *Iura* 42, 1991, p. 97 ss., nonché M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano* in *Iura* 39, 1989, p. 24 ss. (73 ss.) (= in *Scritti di M. Sargenti: (1947-2006)*, Napoli-Roma, 2011, p. 1212 ss. (1261 ss.)).

3.2.2 Licet per imprudentiam: un'ipotesi di responsabilità senza colpa.

Di amplissimo dibattito è stata la questione sulla responsabilità extracontrattuale per colpa nel diritto romano, soprattutto con riferimento al periodo successivo all'entrata in vigore della *lex Aquilia de damno*¹¹⁵.

Ciò che a noi importa, tuttavia, è dimostrare come nel caso di D. 44.7.5.4 e D. 50.13.6 (Gai., *aureorum*, 3) non vi fosse un riferimento all'elemento psicologico della colpa e come, in tale ottica, *licet per imprudentiam* indichi un allargamento del titolo di responsabilità dell'agente sino a ricomprendere tutte le possibili manifestazioni dei fatti dai quali può derivare una responsabilità per il *index*¹¹⁶.

Si dovrebbe prescindere, cioè, secondo quanto riportato dal giurista, dall'indagine sull'elemento psicologico di colui che ha commesso il fatto: siamo in presenza, dunque, di quella che noi moderni definiremmo un'ipotesi di responsabilità "oggettiva"¹¹⁷.

Al fine di inquadrare meglio la questione possiamo ricorrere ai corrispettivi testi greci per tentare di decifrare al meglio la connotazione dell'oscuro termine *imprudentia* qui utilizzato. Se iniziamo il passo dei Basilici corrispondente a D. 44.7.5.4:

Basilicorum libri 52.1.5.4 (SCHELTEMA, A, VI, 2420):

Ὁ δικαστὴς εἰ καὶ κατὰ ἀπειρίαν κρίσιν ἰδίαν ποιῶν ὡσανεὶ ἐξ ἁμαρτήματος τικτομένης ἐνέχονται.

Il termine equivalente a *imprudentia* è ἀπειρία, che indica tanto l'inesperienza, quanto l'ignoranza, due atteggiamenti che non rientrano normalmente nell'alveo della *culpa*. Una connotazione ancora più precisa, tuttavia, si evince dal passo dei Basilici corrispondente a D. 50.13.6:

¹¹⁵ Per un approfondimento sul tema si vedano da ultimi G. ROSSETTI, *Poena' e 'rei persecutio' nell'actio ex lege Aquilia*, Napoli, 2015; L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, 2015 e S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di damnum. I. Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli, 2015, nonché la recensione critica dei suddetti lavori di M.F. CURSI contenuta in *Iura* 64, 2016, p. 458 ss. In particolare sulla *culpa* nella *lex Aquilia* cfr. per tutti S. SCHIPANI, *Pluralità di prospettive e ruolo della culpa come criterio elaborato dalla scienza del diritto nell'interpretazione della lex Aquilia* in *Studia Iuridica* 12, 1985, p. 251 ss. (= in IDEM, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2009, p. 29 ss.).

¹¹⁶ In tal senso cfr. per tutti E. SEIDL, *Juristische Papyruskunde* in *SDHI* 18, p. 324 ss. (343); HÜBNER, *Zur Haftung*, cit., p. 204; STEIN, *The Nature*, cit., p. 569; GORDON, *The Roman Class*, cit., p. 307; D'ORS, *Litem suam facere*, cit., p. 371.

¹¹⁷ Per un'opinione contraria, ossia che l'*imprudentia* descritta da Gaio sia un'ipotesi colposa cfr. da ultimi SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 549 ss.; MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 301 ss.; VENTURINI, *La responsabilità*, cit., p. 471.

Basilicorum libri 54.14.6 (SCHELTEMA, A, VII, 2506):

Ὁ δικαστὴς κἂν ἐν ἀγνοίᾳ ποιήσῃ κρίσιν ἰδίαν, ἐνέχεται ὡσανεὶ ἀπὸ πλημμελήματος [κρατεῖσθαι] τῇ ἰνφακτοῦμ ἀγωγῇ καὶ εἰς ὃ συνίδοι ὁ δικαστὴς κατακρίνεται.

Qui il termine utilizzato al posto di *imprudencia* è proprio ἄγνοια, che indica ancora più chiaramente l'ignoranza, proveniendo dal verbo ἀγνοέω, opposto di γινώσκω¹¹⁸.

Non possiamo, dunque, parlare di mancanza di attenzione, che si configura nel sintagma *neglegentia*, di matrice, questa sì, colposa¹¹⁹.

Conferme in tal senso si possono avere ancora nel racconto di Gellio quando fu chiamato per la prima volta a svolgere il ruolo di *index privatus*¹²⁰:

Gellio, *Noctes Atticae* 14.2.1-2:

Quo primo tempore a praetoribus lectus in iudices sum ut iudicia quae appellantur privata susciperem, libros utriusque linguae de officio iudicis scriptos conquisivi ut homo adulescens, a poetarum fabulis et a rhetorum epilogis ad iudicandas lites vocatus, rem iudiciariam, quotiam vocis ut dicitur vivae penuria erat, ex mutis quod aiunt magistis cognoscerem. Atque in dierum quidem diffissionibus conperendinationibusque et aliis quibusdam legitimi ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperitorum commentariis commoniti et adminiculati sumus. In his autem quae existere solent negotiorum ambagibus et in ancipiti rationum diversa rum circumstantia nihil quicquam nos huiusmodi libri iuverunt.

Si evince, dunque, nel passo l'ignoranza di questioni processuali dell'autore¹²¹, ossia *imprudencia*¹²², nella quale non era difficile per il *index* incappare, dal momento che, come capitato a Gellio, spesso chi era chiamato a questo compito era un privato cittadino, non esperto di *ius*.

¹¹⁸ Approfondimenti sul punto si rinvengono anche in SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 476, n. 75.

¹¹⁹ Di diverso avviso è SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 552, secondo il quale inesperienza e ignoranza configurano: “due componenti che possono determinare la negligenza della condotta”. Mi sembra, tuttavia, che “negligenza” abbia una connotazione più simile alla trascuratezza e alla disattenzione che alla mancanza di esperienza o conoscenza. Per un approfondimento sulla connotazione di *culpa* e in particolare di *neglegentia* cfr. su tutti S. SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia». Criteri di imputazione e problema della «culpa»*, Torino, 1969, p. 1 ss.; G. MACCORMACK, *Culpa* in *SDHI* 38, 1972, p. 123 ss.; P. VOICI, *Diligentia*, *custodia*, *culpa*: i dati fondamentali in *SDHI* 56, 1990, p. 29 ss. (41 ss.).

¹²⁰ In realtà lo stesso autore in Gellio, *Noctes Atticae* 12.13 riporta di essere stato anche chiamato per la carica di *index extra ordinem*.

¹²¹ Si rinvia per un esame sull'estrazione e la preparazione dei *iudices* ad A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano* in *SDHI* 81, 2015, p. 45 ss. (66 ss.) (= IDEM, *Il luogo*, cit., p. 36 ss.).

¹²² In tal senso anche Ulpiano, D. 21.2.51.pr. (Ulp., *ad edictum*, 80) e Paolo D. 2.2.2. (Paolo, *ad edictum*, 3). Sembra concordare con quest'impostazione VENTURINI, *La responsabilità*, cit., p. 471.

La mancanza di conoscenza, benché deprecabile, nel mondo romano non rientrava nell'alveo della *culpa*, ma addirittura poteva assumersi quale scriminante in alcuni casi.

Si veda ad esempio:

D. 49.14.15 (Maur., *ad legem Iuliam et Papiam*, 3):

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...

Emerge dal passo di Mauriciano, giurista pressoché coevo di Gaio, che l'*imprudencia/imprudentiae venia* fosse una grazia concessa al *delator* e si denota quindi un valore tecnico di *imprudencia-ignoranza*¹²³, dal momento che la stessa diventa in alcuni casi una giustificazione.

Inoltre già in Cicerone notiamo tale utilizzo tecnico del vocabolo in questione:

Cicerone, *Pro Roscio Amerino*, 130-131:

...Quae omnia si, quem ad modum solent liberti nequam et improbi facere, in patronum suum voluerit conferre, nihil egerit; nemo est enim qui nesciat propter magnitudinem rerum multa multos partim improbante, partim imprudente L. Sulla commisisse.

Placet igitur in his rebus aliquid imprudentia praeteriri? Non placet, iudices, sed necesse est. Etenim si Iuppiter Optimus Maximus cuius nutu et arbitrio caelo terra mariaque reguntur saepe ventis vehementioribus aut immoderatis tempestati bus aut nimio calore aut intolerabili frigore hominibus nocuit, urbis delevit, fruges perdidit, quorum nihil pernicii causa divino consilio sed vi ipsa et magnitudine rerum factum putamus, at contra commoda quibus utimur qua fruimur spiritumque quem ducimus ab eo nobis dari atque impertiri videmus, quid miramur, iudices, L. Sullam, cum solus rem publicam regeret orbemque terrarum gubernaret imperique maiestatem quam armis receperat iam legibus confirmaret, aliqua animadvertere non potuisse? nisi hoc mirum est quod vis divina adsequi non possit, si id mens humana adepta non sit.

¹²³ La decisione senatoria, che si ricollega a quella contenuta in D. 2.13.3 (Mau., *de poenis*, 2) era una deroga al principio per cui il *delator*, attore nel processo erariale doveva dimostrare i fatti sui quali si fondava la sua denuncia. Cfr. F. ARCARIA, *Senatus censuit. Attività giudiziale ed attività normativa del Senato in età imperiale*, Milano, 1992, p. 306 ss.

In questo caso l'Arpinate, perlopiù per convenienza politica, giustifica Silla per ignoranza necessaria, che ha scaturigine dalla moltitudine delle cose, similmente agli eventi naturali catastrofici che sfuggono all'attenzione degli dei per tale ragione.

Mi sembra, dunque, opportuno condividere in parte la tesi del D'Ors e della Giménez-Candela¹²⁴, nonostante la critica di Talamanca¹²⁵, di un utilizzo di *imprudencia* quale contrario di *prudencia*, che come abbiamo visto aveva una sua tecnicità nel campo del diritto.

Non sappiamo fino a che punto tale esimente avesse effettività nella pratica, se fosse prevista normativamente o fosse soltanto un'elaborazione giurisprudenziale, ma ci basti, in questa sede, aver ricostruito il tecnicismo del termine nell'accezione presentata.

Appare evidente a questo punto che Gaio abbia utilizzato la locuzione *licet per imprudentiam*, proprio per accomunare tutti i fatti in cui vi sia un'*iniuria iudicis*, dalla meno grave, appunto per *imprudencia*, ossia la mancanza di conoscenza sia in fatto, che in diritto, alla più rilevante ipotesi dolosa di illecito privato.

Nella categorizzazione delle diverse fattispecie che compongono le *variae causarum figurae*, Gaio, dunque, racchiude tutto ciò che non può rientrare nella *summa divisio contractus-delictus*, dal momento che difetta di un elemento essenziale: o il consenso per i *contractus* o la colpevolezza per i *delicta*.

Ne consegue che la condanna in *bonum et aequum* servisse proprio ad evidenziare i vari gradi di responsabilità: da un minimo per quella "oggettiva" ad un massimo per quella dolosa.

Ciò che abbiamo visto essere in Mauriciano e in Cicerone una giustificazione, diviene qui, comunque, un elemento sufficiente a configurare il fondamento di responsabilità, che si giustifica, come vedremo nell'immediato prosieguo, in virtù non già del valore del *ius*, inteso secondo le categorie del *ius civile*, ma di quello dell'*aequitas*, o più precisamente del *bonum et aequum*.

Bisogna, quindi, considerare le *variae figurae* come un insieme totalitario di figure difettose secondo la distinzione della *summa divisio*, ma che in ogni caso generano obbligazione.

Oltre alla decostruzione della classificazione istituzionale delle *iniuriae*¹²⁶, si inseriscono in questa categoria, dunque, casi che non nascono né da fatto lecito, né illecito, ma semplicemente da un fatto e perciò *proprio quodam iure*.

¹²⁴ "no es un término técnico de derecho, y [...] en su sentido esencial, no significa más que falta de *prudencia*": D'ORS, *Litem suam facere*, cit., p. 389; "este término, aparte de no tener un sentido técnico, no puede entenderse en el sentido de negligencia, sino el de ignorancia o falta de conocimiento que, en este contexto, no equivale a culpa": GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 52.

¹²⁵ Cfr. M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla direzione in BIDR 94-95*, 1991-92, p. 543 ss. (613 ss.).

¹²⁶ Cfr. Gai. 3.211 a proposito della *culpa* o del *dolo* come criterio di imputabilità.

La nascita delle *actiones* che derivano dalle *variae causarum figurae* è diretta conseguenza del riconoscimento pretorio in casi concreti più o meno frequenti, indipendentemente dall'inserimento o meno di tali rimedi nell'editto e, dunque, della stratificazione della *formula* con criteri fissi.

Riguardo specificatamente al *iudex qui litem suam fecerit*, si evince un'eterogeneità di fatti di diversa gravità, dai quali deriva, in ogni caso, l'imputabilità dell'agente per il fatto stesso di aver provocato il danno.

3.2.3. *Le actiones in factum come rimedi desiderati ed eventuali: il caso del iudex qui litem suam fecerit.*

Con la locuzione *actio in factum*¹²⁷ i giuristi classici solevano indicare sia l'azione con formula *in factum concepta*, caratteristica comune all'*actio utilis*¹²⁸, sia l'azione decretale, concessa caso per caso e non fissata nell'editto pretorio¹²⁹.

Consideriamo un esempio di Ulpiano per cercare di descrivere la categoria:

D. 44.7.25.1 (Ulp., *liber singularis regularum*):

...in factum actio dicitur, qualis est exempli gratia actio, quae datur patrono adversus libertum, a quo contra edictum praetoris in ius vocatus est.

è evidente come tali *actiones* rappresentino il superamento dei limiti delle azioni del *ius civile* o del *ius praetorium* contenuto nell'editto.

Solevano utilizzarsi tali rimedi, dunque, per tutelare casi non protetti da alcuna *actio* del *ius* fino ad allora vigente e tramite quest'ultime si riconobbe perfino la responsabilità per fatto altrui¹³⁰.

¹²⁷ Cfr. per un approfondimento il recente lavoro di L. ZHANG, *Studies on actio in factum civilis* in *Aus der Werkstatt römischer Juristen. Vorträge der Europäischen-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka*, Berlino, 2016, p. 487 ss.

¹²⁸ *Actiones in factum* e *actiones utiles* erano entrambe tipologie che potevano essere concesse dal pretore, ma mentre le prime prescindevano totalmente dal *ius civile*, essendo sufficiente che la richiesta si basasse su una *lex necessaria ac iusta*, diverso era il caso delle *actiones utiles* che erano un'estensione di azioni civili a situazioni *iure civili* non contemplate. Cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, p. 93.

¹²⁹ Cfr. DESANTI, *La legge Aquilia*, cit., p. 68. Veniva compiuta dal magistrato la *causae cognitio*, ossia una sommaria valutazione degli elementi della causa al fine di stabilire se l'azione fosse o meno manifestamente infondata. L'oggetto di tale *cognitio* era anche una valutazione discrezionale dell'opportunità di concedere un'azione non appartenente agli schemi tipizzati. Cfr. PUGLIESE, *Istituzioni*³, cit., p. 313.

¹³⁰ Esempi possono essere l'*actio de effusis vel delectis* o le *actiones adversus nautas, cauponas et stabularios*. Cfr. F. SERRAO, *La responsabilità per fatto altrui in diritto romano* in *BIDR* 66,1963, p. 19 ss.

Secondo gli studi di Cujas¹³¹ anche l'*actio praescriptis verbis* deve essere qualificata come *actio in factum*, dal momento che sarebbe il mezzo processuale con il quale si sarebbero tutelati i contratti innominati¹³², poiché tali negozi avrebbero avuto qualche affinità con i contratti tipici, senza potersi ricondurre a tale categoria¹³³.

In precedenza abbiamo già chiarito come non ci fosse una scienza giuridica univoca nella classificazione delle *obligationes*¹³⁴ e, dunque, ne emerge che all'interno dei fatti dai quali poteva emergere un rapporto giuridico non vi fosse un'effettiva differenza, ad eccezione di talune azioni di carattere punitivo, tra fatto lecito e fatto illecito, poiché in entrambi i casi vi era un rapporto *creditum-debitum*.

Se questo fosse vero, allora, si potrebbe ipotizzare che, come per i contratti innominati, le *actiones in factum* servissero a tutelare non solo rapporti giuridici che nascevano da fatti leciti senza previsione normativa, ma anche fatti illeciti, nel caso in cui un soggetto avesse procurato una lesione nella sfera giuridica di un altro.

Si deve, dunque, entrare nell'ottica di un sistema che non si basava sul principio di legalità¹³⁵, ma dove accanto al *ius*, esisteva la tutela, per l'appunto, in *factum*.

Conferme di ciò le fornisce Gaio, quando a proposito delle *obligationes ex variis causarum figuris* precisa la derivazione *proprio quodam iure*; tali obbligazioni e di conseguenza azioni, in quanto l'*obligatio est iuris vinculum* sorgerebbero per un diritto che nasce dal fatto stesso.

Si deve, pertanto, asserire che le *actiones in factum*, molto spesso, fossero derivate da elaborazioni della scienza giuridica dei *prudentes*, che ritenevano alcuni fatti meritevoli di tutela e, dunque, di un riconoscimento giuridico. A riprova di ciò numerosissimi sono i passi di giuristi ove a proposito di determinate fattispecie, non tutelate dal diritto, si riportano opinioni di altri *prudentes* sul doversi *agere in factum*¹³⁶.

¹³¹ “Non est existimandum hanc ideo vocari praescriptis verbis, quod rei gestae narrationem contineat: dicitur quidem in factum, quasi in factum concepta [...] vel quasi in factum comparata”: J. CUJAS, *Opera omnia* VII, Napoli, 1758, col. 824.

¹³² Per un approfondimento sul punto cfr. L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazione di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007, p. 30 ss.

¹³³ “Dicitur hic praescriptis verbis, quia datur ex praescripto contabentium: ceterae actiones dantur a praetore conceptis verbis: quod si scripto caret contractus, datur actio ex rudi et simplici eorum qui contraxerunt conventionem [...] et ideo a Graecis appellatur ἀγωγή τῶν προγεγραμμένων συναφόνων: actio ex praescriptis conventionibus. Haec enim actio non datur nisi ex contractu”: CUJAS, *Opera omnia* VII, cit., col. 822-823.

¹³⁴ Oltre alla *summa divisio* del Gaio delle *institutiones* e la tripartizione di Gaio nelle *Res cottidianae*, abbiamo la classificazione di Ulpiano e Modestino, v. *supra*.

¹³⁵ Principio espresso dall'art. 25, comma 2 della Costituzione della Repubblica Italiana. “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.”

¹³⁶ Nell'illustrare i passi dove ciò accade, ho indicato l'autore/gli autori del giureconsulto dopo il segno “=”: D. 2.14.7.2 (Ulp., *ad edictum*, 4) = Giuliano; D. 4.2.14.13 (//, 11) = Pomponio; D. 4.3.7.7 (//, 11) = Quinto (Venuleio Saturnino?); D. 4.3.11.1 (//, 11) = Labeone; D. 9.2.7.3 (//, 18) = Proculo; D. 9.2.7.6 (//, 18) = Celso; D. 9.2.9.pr. (//, 18) = Labeone; D. 9.2.9.2 (//, 18) = Nerazio; D. 9.2.9.3 (//, 18) = Ofilio; D. 9.2.11.5 (//, 18) = Ofilio; D. 9.2.27.10 (//, 18) = Proculo; D. 9.2.27.21 (//, 18) = Sabino; D. 9.2.41.pr. (//, 41) =

Vi sono poi, di contro, passi ove si espongono casi nei quali i giuristi negano il doversi procedere con un'*actio utilis*¹³⁷ o *in factum*¹³⁸ e si trovano anche critiche a precedenti negazioni in tal senso¹³⁹.

Tutto ciò conferma che le *actiones in factum* fossero istituti liquidi e potevano essere confermate o meno dall'effettività della prassi.

Indizio decisivo in questa direzione proviene da un passo di Pomponio:

D. 19.5.11 (Pomp., *ad Quintum Mucium*, 39):

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 accomodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.

Nel porre il verbo *desiderantur*, si può dedurre come il giurista severiano asserisce che le *actiones in factum* venissero o meno concesse dal *magistratus*, ma in ogni caso nascessero da un bisogno richiesto caso per caso. Nel teorizzare, però, tali casi il ruolo del giurista sembrerebbe di fondamentale importanza¹⁴⁰, dal momento che si tratta dell'unica categoria di soggetti in grado di interpretare quale sia la vera esigenza sociale; ciò che non possiamo, tuttavia, sapere con certezza è la casistica precisa nella quale il *praetor* avesse concesso tali *actiones*.

In un sistema non basato sul principio di legalità, ma che si fonda in gran parte sull'*auctoritas* del magistrato è ancora più difficile, infatti, ricondurre le infinite sfaccettature della prassi nella certezza del diritto.

Le *actiones in factum* che ci vengono presentate sono, dunque, il sistema attraverso il quale si superano le lacune dell'ordinamento e quindi potevano supplire all'obiettivo della

Marcello; D. 9.3.5.4 (//, 23) = Labeone; D. 10.4.3.14 (//, 24) = Giuliano; D. 10.4.9.4 (//, 24) = Marcello; D. 13.6.5.12 (//, 8) = Labeone; D. 13.7.13.pr. (//, 38) = Giuliano; D. 17.1.22.10 (Pau., *ad edictum*, 38) = Trebazio, Ofilio e Labeone; D. 18.5.6 (//, 2) = Sabino; D. 19.5.1.1 (Pap., *quaestionum*, 8) = Labeone; D. 19.5.5.2 (Pau., *quaestionum*, 2) = Giuliano; D. 19.5.13.1 (Ulp., *ad Sabinum*, 30) = Giuliano; D. 19.5.14.2 (//, 41) = Pomponio; D. 19.5.14.3 (//, 41) = Aristone; D. 19.5.16.1 (Pomp., *ad Sabinum*, 22) = Aristone; D. 30.48.pr. (//, 6) = Atilicino; D. 39.2.15.34 (Ulp., *ad edictum*, 53); D. 42.8.10.16 (//, 73); D. 47.2.50.4 (//, 37) = Labeone; Co. 12.7.8 (//, 18) = Proculo.

¹³⁷ D. 9.2.29 (Ulp., *ad edictum*, 18), il quale al punto 3. riporta un'opinione di Labeone e un'altra su un caso analogo dello stesso Labeone e di Proculo, mentre al punto 4. descrive una *sententia* di Alfeno; D. 9.2.57 (Iav., *ex posterioribus Labeonis*), che condivide un'opinione di Labeone.

¹³⁸ Ad esempio D. 3.6.5.1 (Ulp., *Ad edictum*, 10).

¹³⁹ Ad esempio D. 11.7.9 (Gai., *Ad edictum provinciale*, 19) il quale si sorprende per la *communis opinio* di non dare un'*actio* per il caso ivi trattato.

¹⁴⁰ I giuristi spesso per affermare la loro opinione utilizzano la perifrastica passiva, ad esempio D. 43.26.8.pr. (Ulp., *Ad edictum*, 71); D. 19.4.11 (Pau., *Ad edictum*, 32) o lo stesso Gaio in D. 11.7.9 (Gai., *Ad edictum provinciale* 19) in un caso in cui ritiene non doversi concedere l'azione.

completezza, elemento ontologicamente impossibile da ottenere persino per i contemporanei ordinamenti che si fondano sul diritto positivo¹⁴¹.

Tali *actiones* si caratterizzavano, dunque, per la loro indeterminatezza, dal momento che su di esse gli stessi *prudentes*, talvolta, ritenevano non dovessero essere concesse, anche in casi in cui, per prassi consolidata, il *praetor* soleva concedere un rimedio, come è visibile dal testo seguente:

D. 4.9.6.2 (Pau., *ad edictum* 22):

Sed si damnum in eo datum sit ab alio, qui in eadem nave vel caupona est, cuius factum praetor aestimare solet, non putat Pomponius eius nomine hanc actionem utilem futuram.

Nel passo presentato si tratta di *actio utilis*, categoria che fungeva da allargamento dei rimedi di *ius civile* a situazioni non previste da questo e per tale ragione si differenziavano dalle *actiones in factum*, ma nelle *sententiae* dei giuristi è visibile come tale discrasia non fosse così netta¹⁴². In ogni caso se quanto mostrato a titolo d'esempio in D. 4.9.6.2 valeva per le *actiones utiles* o del *ius honorarium* vigenti, a maggior ragione tali considerazioni potevano sussistere per le *actiones in factum*.

Nel diritto giustiniano vi è invece una distinzione netta tra *actio utilis* e *actio in factum*, ove le prime erano un'estensione delle azioni di *ius civile* a fattispecie simili, ma non espressamente disciplinate, mentre le seconde erano azioni residuali che sussistevano ove non poteva esperirsi né un'azione diretta, né un'azione utile, dal momento che non era possibile applicare un'estensione a tali fatti da tutelare, in quanto non vi era un danno *corpore corpori*¹⁴³.

¹⁴¹ Cfr. F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*³, Torino, 2017, p. 1 ss.

¹⁴² Cfr. R. SANTORO, *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche in Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di Diritto romano, Siena 14-15 aprile 1989*, Napoli, 1991, p. 109 ss.

¹⁴³ J.4.3.16: *Ceterum placuit ita demum ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent, veluti si quis alienum hominem aut pecudem incluserit, ut fame necaretur, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in putem descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus erit, utilis in eum actio datur. sed si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen deiecerit et si soffocatus fuerit, eo quod proiecerit corpore suo damnum dedisse non difficiliter intellegi poterit ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. sed si non corpore damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.* Il brano è tratto da Gai. 3.219, ma il testo giustiniano, oltre a lievi mutazioni linguistiche aggiunge tutta la differenziazione tra *actio utilis* e *actio in factum* che in Gaio è assente. Cfr. per un approfondimento G. VALDITARA, *Dalla Lex Aquilia all'art. 2043 del codice civile in Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano Copanello 3-7 giugno 2000*, Napoli-Roma, 2004, p. 173 ss. (191); M.F. CURSI, *Dalla tipicità della tutela del danno extracontrattuale alle clausole generali di responsabilità in Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*, Napoli, 2012, p. 5 ss. (17 ss.); DESANTI, *La legge Aquilia*, cit., p. 68.

Tralasciando la disciplina del diritto giustiniano, nel diritto romano classico, invece, come abbiamo visto dal passo D. 19.5.11, Pomponio afferma che le azioni *in factum* dovessero essere *legibus proditae* e, dunque, basarsi su una o più leggi. Nel caso del rimedio previsto da Gaio a proposito del *index qui litem suam fecerit*, dal momento che si è in presenza di un danno, la legge sulla quale si sarebbe basata tale rimedio sembrerebbe essere proprio la legge *Aquilia*.

Consideriamo infatti:

D. 9.2.33 (Pau., *ad Plautium*, 2):

... *In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.*

Le ipotesi di responsabilità del *index per litem suam facere* potevano, dunque, essere tutelate con *actiones in factum* grazie alla *lex Aquilia de damno*, come parte di quella categoria descritta da Pomponio in D. 19.5.11, le *actiones in factum accomodatas legi Aquiliae*.

Nella prassi, però, il *praetor* poteva concedere o non un determinato rimedio *in factum*, o concederlo solo in alcuni casi, dal momento che, come anticipato in premessa, non sempre di questi rimedi vi era una sedimentazione nell'*edictum*.

Va, infatti, chiarito che con tale terminologia i *prudentes* richiamano anche *actiones* già stratificate nel *ius honorarium*, al fine di ricordare l'origine *in factum* di tali rimedi¹⁴⁴.

Un termine simile, ossia *in factum iudicium* ricorre, in aggiunta, diverse volte nelle parole dell'*Edictum* del pretore quando bisognava valutare il grado di responsabilità dell'agente e ciò avveniva anche a proposito di alcune tra le figure che Gaio ritiene dover *quasi ex maleficio teneri*¹⁴⁵.

Nel caso in esame si possono, quindi, prevedere due alternative: la prima, come ritiene la gran parte degli studiosi¹⁴⁶, sulla spinta di Lenel, è che esistesse già un'*actio adversus iudicem qui litem suam fecerit* stratificata nell'*Edictum perpetuum* e la seconda, invece, è che ci troviamo di fronte a diverse *actiones* con *formulae* e probabilmente nomi di volta in volta diversi, concesse caso per caso a discrezione del magistrato per tutelare errori giudiziari, che rientravano tutte nella generica locuzione, di origine prudenziale, *litem suam facere*.

¹⁴⁴ Cfr. ad esempio D. 4.9.3.1 (Ulp., *ad edictum*, 14) per quanto concerne le *actiones adversus nautas, cauponas et stabularios*, anche se riporta le perplessità di Pomponio, il quale ritiene che per tutti i casi proposti ci fossero già azioni di diritto civile che potessero tutelare la posizione del danneggiato.

¹⁴⁵ Cfr. D. 9.3.5.6 (Ulp., *ad edictum*, 23) a proposito del *positum et suspensum* e D. 47.12.3.pr (Ulp., *ad edictum*, 25).

¹⁴⁶ Cfr. per tutti SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 503 ss.

L'eminente studioso tedesco, nella sua opera di ricostruzione edittale¹⁴⁷, fa seguire il caso di un *index qui litem suam fecerit* alle ipotesi del rimedio *de vacatione* e sostiene che il *praetor* avesse lasciato alla pratica ed alla scienza lo stabilire il grado di responsabilità del giudice; Ulpiano nel libro 23 dell'*ad edictum*¹⁴⁸, descrivendo le cause di giustificazione per il *index* di potersi sottrarre al proprio compito tratta del rimedio *de vacatione* e accanto a queste *excusationes*, quindi, probabilmente¹⁴⁹, secondo il ragionamento dello studioso, il pretore si sarebbe dovuto occupare dei casi nei quali il giudice fosse venuto meno al suo compito senza legittimazioni.

Secondo Lenel, dunque, in quella parte dell'Editto si sarebbe dovuto inserire il *litem suam facere*¹⁵⁰, del quale tratta anche Ulpiano in D. 5.1.15.1, passo che quindi dovrebbe essere ricondotto al libro 23 dell'*ad edictum*, nonostante la rubrica dell'estratto che riporti, come fonte, il libro 21¹⁵¹.

Tale ricostruzione, a mio avviso, si fonda su un assunto indimostrato e indimostrabile: che esistesse all'interno dell'Editto un'*actio contra iudicem qui litem suam fecerit*, non vi è, infatti, nessuna testimonianza a nostra disposizione che riporti posizioni del pretore in tal senso, mentre si deve, invece, notare *e contrario* come le altre figure *quasi ex maleficio teneri* descritte da Gaio in D. 44.7.5.5-6 abbiano nei Digesta maggiore attenzione e anche precisi riferimenti alle parole dell'Editto del pretore¹⁵².

La differenza del *litem suam facere* dalle altre figure è, infatti, uno dei motivi per i quali alcuni tra gli studiosi ritengono il raggruppamento delle quattro figure *quasi ex maleficio teneri* come frutto di evoluzione postclassica¹⁵³, giustiniana¹⁵⁴ o addirittura bizantina¹⁵⁵ e, dunque,

¹⁴⁷ Cfr. O. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, Lipsia, 1927, (§59/64), p.167 ss.

¹⁴⁸ D. 5.1.18.pr. (Ulp., *ad edictum*, 23): *Si longius spatium intercessurum erit, quo minus index datus operam possit dare, mutari eum iubet praetor[...]* e D. 50.5.13 (Ulp., *ad edictum*, 23): *Praetor eos, quoscumque intellegit operam dare non posse ad indicandum, pollicetur se excusaturum [...]*.

¹⁴⁹ In termini probabilistici si riferisce LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., p. 167: “*Die Wahrscheinlichkeit spricht nun m. E. sehr entschieden dafür, daß der Prätor an dem Ort, wo er die Voraussetzungen beeichete, unter denen er den Geschworenen entschuldigen wolle, auch die Verantwortlichkeit desjenigen Geschworenen regelte, der, ohne entschuldigt zu sein, seine Pflicht versäumte.*”.

¹⁵⁰ A fondamento di questa teoria si riporta poi la descrizione di *lis* che Ulpiano presenta sempre nel libro 23 dell'*ad edictum*. D. 50.16.36 (Ulp., *ad edictum*, 23): *Litis nomen omnem actionem significat, sive in rem sive in personam sit*. Cfr. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., p. 168.

¹⁵¹ Cfr. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., p. 167, n. 1, nonché LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., p. 224, n. 21 che sposa tale tesi e ivi bibliografia successiva.

¹⁵² Alle *actiones adversus nautas, caupones et stabularios* è dedicato tutto il titolo 9 del quarto libro dei *Digesta* giustiniani e vengono riportate le parole dell'editto in D. 4.9.1.pr. (Ulp., *ad edictum*, 14); D. 4.9.1.6 (//); D. 4.9.3.1 (//), mentre il terzo titolo del 9 libro è intitolato *De his, qui effuderint vel deiecerint* e racchiude sia l'*effusum vel deiectum*, sia legata a quest'ultima il *positum et suspensum*. Della prima le parole sono riportate le parole dell'editto in D. 9.3.1.pr. (Ulp., *ad edictum*, 23); D. 9.3.1.6 (//), mentre della seconda in D. 9.3.5.6 (//); D. 9.3.5.9 (//); D. 9.3.5.11 (//).

¹⁵³ Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, p. 611 ss.

¹⁵⁴ Cfr. STOJCEVIC, *Sur le caractère*, cit., p. 57 ss.

assente in Gaio e in qualsiasi giurista classico; altri ipotizzano, invece, che nel periodo classico la responsabilità del *index* per *litem suam facere* fosse un *delictum* e le altre tre dei *quasi delicta*¹⁵⁶.

Ammettendo pur la presenza di tale rimedio all'interno dell'Editto, si deve, però, notare come l'ipotesi leneliana dipenda fortemente da dati congetturali, come lo stesso Lenel ammette¹⁵⁷, sino a negare la derivazione di D. 5.1.15 dal libro 21 del commentario ulpiano *ad edictum*, così come ci è stata tramandata dai compilatori giustiniane, per farla rientrare nel libro 23 della stessa opera.

Se è vero, infatti, che ci sono pervenuti due *sententiae* di Ulpiano del *index qui litem suam facit* nell'opera dedicata precipuamente all'Editto, è altrettanto palese che la trattazione del *prudens* sull'argomento avviene in entrambi i casi soltanto *incidenter tantum* e non in modo sistematico.

Seguendo l'ordine dell'opera *ad edictum*, Ulpiano menziona l'argomento nel libro 5 a proposito dell'ereditabilità passiva dell'azione, riportando un'opinione di Giuliano considerata, a suo dire, da molti non attendibile¹⁵⁸ e nel libro 21, spiegando cosa intendesse per *index qui litem suam faciat*, dopo aver specificato della limitazione di responsabilità patrimoniale al *peculium* per il *filius familias index*.

Tralasciando il merito, che analizzeremo in seguito, Ulpiano non si preoccupa di descrivere un'azione per il *index* che "fa sua la lite", ma utilizza questa locuzione più volte, chiarendo solamente ad un certo punto cosa volesse significare.

Nella sua esplicazione il giurista severiano, orbene, indica doversi intendere una sentenza viziata da dolo giudiziale, da condannarsi con il risarcimento della *vera aestimatio litis*.

Già Lenel, chiarendo che il *praetor* aveva lasciato alla pratica e alla scienza il dichiarare il grado di responsabilità del giudice¹⁵⁹, coglie il carattere liquido di tale locuzione, ma tralascia la considerazione che l'epoca in cui vive e opera Ulpiano non è la medesima di Gaio e che, per tale ragione, come vedremo, anche il processo e i rimedi esperibili erano assai differenti.

¹⁵⁵ Cfr. HOCHSTEIN, *Obligationes*, cit., p. 19 ss.; R. ZIMMERMANN, *Effusum vel deiectionum* in *Festschrift H. Lange*, Stoccarda-Berlino-Köln, 1992, p. 301 ss. (311).

¹⁵⁶ Cfr. H. DONELLUS, *Commentarii de iure civili IX*⁶, Norimberga, 1826, p. 237 e da ultimo FÖLDI, *Appunti*, cit., p. 431 ss., e ivi bibliografia, il quale ritiene che nel diritto classico la responsabilità che veniva punita era quella dei *publicani*, che vengono sostituiti dai *indices* nel diritto giustiniano.

¹⁵⁷ LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., p. 167 utilizza appositamente l'abbreviazione "m.E." per "meines Erachtens" in questo caso e tale espressione ricorre molte volte nell'opera, quando l'autore sa di effettuare ricostruzioni particolarmente ostiche.

¹⁵⁸ In questo caso lo stesso O. LENEL, *Palingsenesia iuris civilis II*, Lipsia, 1889, col. 438-439, fr. 271 accorpa il passo di D. 5.1.16, come seguito di D. 2.7.5.4 (Ulp., *ad edictum*, 5). L'estratto riportato sotto D. 2.7.5, infatti, prevede il caso di un'azione *in factum* concessa nei confronti di chi non si era presentato in giudizio, poiché sottratto da un altro soggetto. Il rimedio era trasmissibile all'erede, ma non contro di esso e l'ipotesi di D. 5.1.16 fungerebbe, dunque, da analogia al caso precedente.

¹⁵⁹ Cfr. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., p. 167 ss.

Anticipando quanto si dirà in seguito non ritengo plausibile nemmeno l'affascinante ipotesi di Scevola di un'*actio in factum* caratterizzata da una sola *condemnatio* in *bonum et aequum*, ma più *intentiones* tra loro alternative¹⁶⁰ per due ragioni: la prima risiede proprio nell'opinione di Giuliano espressa in D. 5.1.16 e contestata da Ulpiano, ossia il giurista adrianeo aveva in mente un risarcimento che derivasse da un giudizio escludente il criterio di imputabilità personale, in quanto non *poenalis*, come quello di cui tratta il giurista severiano.

La seconda motivazione risiede, invece, nella *condemnatio* alla *vera aestimatio litis* menzionata in D. 5.1.15.1 che, seppur come asserisce Scevola¹⁶¹ si potrebbe intendere come criterio "speciale" da applicare nei casi in cui le circostanze lo avessero consentito, non si comprenderebbe perché il giurista nel descrivere una situazione generale avesse fatto riferimento solo al criterio particolare.

Riterrei plausibile, invece, un'evoluzione della teoria di Rudorff¹⁶², il quale sosteneva l'esistenza di due distinte formule, dal momento che, a mio giudizio, lo studioso aveva compreso la diversa natura delle azioni descritte da Gaio e Ulpiano.

Non credo, però, che il *praetor* avesse creato due distinte azioni con lo stesso nome, ma bisogna vagliare, invece, la possibilità di diverse azioni *in factum*, con diversi nomi, mai stratificate in una formula edittale unica, ma di volta in volta concesse dal magistrato.

Probabilmente alcune di queste azioni di responsabilità "civile" erano state inserite all'interno dell'*edictum*, dal momento una di esse addirittura, come vedremo, fu poi proposta all'interno della *lex municipii Flavi Irnitani*, ma non sotto la nomenclatura di *litem suam facere*, che si instaurava come categoria generale.

Se, infatti, ci atteniamo alla descrizione di D. 44.7.5, è lo stesso Gaio a dirci che esistevano figure che nascevano *proprio quodam iure*, quindi senza necessità di un riconoscimento; nella mente del giurista, infatti, tra queste fattispecie non vi era una netta separazione tra *quasi ex contractu teneri* e *quasi ex maleficio teneri*, come effettueranno i compilatori giustinianeî con le categorie dei *quasi contractus* e *quasi delicta*.

Analizzando, infatti, tutte le *variae causarum figurae* descritte in D. 44.7.5:

- *actio negotiorum gestorum*;
- *tutelae iudicio qui tenentur*;
- *heres qui legatum debet*;
- *solutio indebiti*;

¹⁶⁰ Cfr. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 524 ss.

¹⁶¹ Cfr. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 534.

¹⁶² Cfr. A.F. RUDORFF, *De iurisdictione edictum. Edicti perpetui qua reliqua sunt*, Lipsia, 1869, p. 91 ss.

- *iudex qui litem suam fecerit*;
- *effusum vel deiectum*
- *positum aut suspensum*;
- *actiones adversus nautas, caupones aut stabularios*;

si può notare come, se pur è vero che le prime quattro, come chiarisce il maestro antoniniano, siano più simili ai *contractus* che ai *maleficia*, mentre le seconde abbiano più tratti in comune con la seconda categoria, siano tutte figure che nascano, per l'appunto, *proprio iure* e, dunque, non sembrerebbe peregrino ipotizzare che per tutte le sovra menzionate ipotesi, in origine, si sarebbe potuta sostanziare una tutela soltanto attraverso *actiones in factum*, sulla base del *bonum et aequum*¹⁶³.

Indizio che farebbe propendere per tale soluzione si deduce anche dal confronto con:

Gai. 4.10:

Quaedam praeterea sunt actiones quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant.

La dicitura *sua vi ac potestate* sembra la medesima di *proprio iure*, fonte della nascita delle obbligazioni *ex variis causarum figuris*, anche se nelle *institutiones* il giurista non aveva ancora elaborato la categoria giuridica appropriata.

3.2.4. *Aequum religioni iudicantis visum fuerit. La natura della pena per il giudice che sbagliava qualcosa.*

A conferma di quanto anticipato nel paragrafo precedente, è necessario analizzare il carattere della sanzione che il giurista antoniniano riteneva dovesse subire il *iudex* e al fine di

¹⁶³ Ad esempio per quanto concerne la *negotiorum gestio* si può vedere come in D. 3.5.3 (Ulp., *Ad edictum*, 10) emerge la natura di originaria *actio in factum*, dal momento che vi sono riportate le parole del pretore, anche se Gai. 4.62 la colloca come *iudicium bonae fidei*. Nulla vieta che l'origine di tali figure, tuttavia, quali *actiones in factum* e che solo successivamente siano venute a sussistere quali *actiones in ius*, come sostenne per primo M. WLASSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Jena, 1879, p. 153 ss. Per i lavori più recenti cfr. L. FRANCHINI, *Osservazioni in merito alla recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei' in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca*. II, Padova, 2011, p. 113 ss., nonché la monografia seguente L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di merito e di metodo*, Napoli, 2015. Di opinione diametralmente opposta è, tuttavia, R. FIORI, *'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della «recezione» dei iudicia bonae fidei* in *BIDR* 101-102, 1998-1999, p. 165 ss.

chiarire tale problematica non possiamo che prendere le mosse dalla locuzione *religio*¹⁶⁴ *iudicantis*.

Diversi sono i giuristi che utilizzano tale espressione o la simile *religio iudicis*, ma non si rinvencono spiegazioni di tale perifrasi¹⁶⁵.

Si può, però, desumere che la locuzione indichi il dovere del *iudex* sulla base dell'*officium* di cui è investito¹⁶⁶ e oltre ai testi dei *prudentes* ciò sembrerebbe confermato anche dalla lettura di Cicerone nel *De oratore*¹⁶⁷, nella *Pro Caecina*¹⁶⁸ e nella *Pro Roscio Comoedo*¹⁶⁹, da Valerio Massimo¹⁷⁰ o nelle successive costituzioni degli imperatori Alessandro Severo¹⁷¹ e Giustino¹⁷².

L'*officium* richiesto in tal caso si sostanzia nella “serietà, l’accuratezza, il “dovere di scrupolosità, di coscienza””¹⁷³, ma l’uso del termine *religio*, a mio parere, include un elemento ulteriore rispetto al mero dovere morale.

¹⁶⁴ Cfr. ARNESE, *Maleficium*, cit., p. 103 ss., il quale analizza il termine *religio* sia dal punto di vista religioso, che laico.

¹⁶⁵ D. 7.6.2 (Pomp., *ad Sabinum*, 5): *Si ab herede ex testamento fundi usus fructus petitus sit, qui arbores deiecit aut aedificum demolitus esset aut servitutes imponendo aut vicinorum praedia liberando, ad iudicis religionem pertinet, ut inspicat, qualis ante iudicium acceptum fundus fuerit, ut usufructuario hoc quod interest ab eo servetur.*; D. 22.5.13 (Pap., *de adulteriis*, 1): *Quaesitum scio, an in publicis iudiciis calumniae damnati testimonium iudicio publico perhibere possunt. sed neque lege Remmia prohibentur et Iulia lex de vi et repetandarum et peculatus eos homines testimonium dicere non vetuerent. Verumtamen quod legibus omissum est, non omittetur religione iudicantium ad quorum officium pertinet eius quoque testimonii fidem, quod integrae frontis homo dixerit, perpendere.*; D. 42.1.33 (Call., *cognitionum*, 5): *Divus Hadrianus, aditus per libellum a Iulio Tarentino et indicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum testibus pecunia corruptis, religionem iudicis circumventam esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: ‘Exemplum libelli dati mihi a Iulio Tarentino mitti tibi iussi: tu, si tibi probaverit conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica et, si qua a iudice tam malo exemplo circumscripto indicata sunt, in integrum restitue.’; P.S. 5.5a.10: *Falsis instrumentis religione iudicis circumducta, si iam dicta sententia prius de crimine admissio constiterit, eius causae instauratione iure deposcitur.**

¹⁶⁶ Cfr. ARNESE, *Maleficium*, cit., p. 107.

¹⁶⁷ Cicerone, *De oratore*, 1.8.31: *...Aut tam potens tamque magnificum, quam populi motus, iudicium religiones, senatus gravitatem unius oratione converti?*

¹⁶⁸ Cicerone, *Pro Caecina*, 4: *...Nam si negassent vim hominibus armatis esse factam, facile honestissimis testibus in re perspicua tenerentur; sin confessi essent et id quod nullo tempore iure fieri potest, tum ab se iure factum esse defenderent, sperarunt, id quod assecuti sunt, se iniecturos vobis causam deliberandi et iudicandi iustam moram ac religionem.*

¹⁶⁹ Cicerone, *Pro Roscio Comoedo*, 45: *...Eius testis ad iudicem fidem infirmabit cuius propter fidem et religionem iudicis testis comparavit?*

¹⁷⁰ Valerio Massimo, *Factorum et dictorum memorabilium*, 8.2.2: *...De qua re C. Aquilius vir magnae auctoritatis et scientia iuris civilis excellens iudex adductus adhibiti in consilium principi bus civitatis prudentia et religione sua mulierem repulit.*

¹⁷¹ C. 5.63.1 *Imp. Alexander A. Lysimacho et Diotimo. Si absentibus necessariis personis vel his, qui sua sponte vos defendere volebant, non competenti bus adlegationibus, qui vobis tutore aut curatores dati erant, liberati esse a munere visi sunt, ne eis circumvenisse iudicis religionem prosit, praeses provinciae audiet vos et, si iniustum decretum extorsisse eos apparuerit, exinde ad eos periculum administrationis pertinere pronuntiabit, ex quo dati sunt. PP. XII k. Mai. Maximo II et Aeliano cons.*

¹⁷² C. 4.30.13 *Imp. Iustinus A. Theodoto pu. Generaliter sancimus, ut, si quid scriptis cautum fuerit pro cuiuscumque pecuniis ex antecedente causa descentibus eamque causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit causae probationes stipulatorem exigere, cum suis acquiescere deceat, nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argustruere, quod in alium quemquam modum et non in eum quem cautio perhibet negotium subsecutum sit. nimis enim indignum esse iudicamus, ut, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere.*

¹⁷³ Così ARNESE, *Maleficium*, cit., p. 104, il quale richiama R. QUADRATO, *Favor rei ed aequitas. La regola di D. 50.17.125 in Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall’età romana alle concezioni moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo II*, Napoli, 1997, p. 171 ss. (216 ss.) da cui si cita (= in IDEM, *Gaius dixit: la voce di un giurista di frontiera*, Bari, 2010, p. 179 ss. (224 ss.)).

Pur nell'ambiguità del termine¹⁷⁴, il termine *religio* conserva in ogni caso un valore sacrale di rispetto verso gli Dei o, comunque, di trascendenza¹⁷⁵ e in questa direzione a mio avviso bisogna volgere il nostro sguardo.

La *religio iudicis* è accompagnata dalla *auctoritas*, della quale vi sono numerosi riferimenti nelle *sententiae* dei *prudentes*¹⁷⁶ e alla luce di ciò tale autorevolezza non può che essere pervasa da un valore sacrale, perché ai fini dello svolgimento del compito di *iudex* vi doveva essere un atto costitutivo, ossia un giuramento¹⁷⁷, che giustificasse l'utilizzo del termine *religio*.

A conferma di ciò numerosissimi sono i casi nei quali alcuni giurisperiti fanno riferimento alla *religio iusiurandi*¹⁷⁸, a conferma che la sacralità dell'*officium iudicis* fosse certificata dal suo *iusiurandum*.

Tale religiosità si rinviene anche nel giuramento di abbandono della causa, dal momento che il *iudex* poteva *iurare sibi non liquere*¹⁷⁹, problematica della quale tratteremo compiutamente in seguito, ma ora ci basti valutare che il compito del giudizio era sacrale dal momento che costituiva un proprio impegno davanti ad una divinità come testimone.

Questa premessa è utile ai fini della comprensione del significato di *aequum* e, dunque, del valore della pena, così come si evince in Gaio.

Sul punto la dottrina appare divisa tra quelli che ritengono si tratti della sanzione prevista dalle *actiones in bonum et aequum conceptae*¹⁸⁰ e chi, invece, a vario titolo ritiene che la pena si sostanziasse esclusivamente nella clausola *quanti ea res est*¹⁸¹.

¹⁷⁴ Cfr. A.K. MICHELS, *The versatility of religio in The mediterranean world. Papers presented in honour of Gilbert Bagnani*, San Pietroburgo, 1976, p. 36 ss.; G. LIEBERG, *Considerazioni sull'etimologia e sul significato di religio* in *Rivista di filologia e istruzione classica* 102, 1974, p. 34 ss.

¹⁷⁵ Cfr. A. ARNESE, *La ragionevole durata del processo: religio iusiurandi e utilità comune* in *SDHI* 82, 2016, p. 1 ss. (7).

¹⁷⁶ E' menzionata l'*auctoritas iudicis* in D. 1.18.19 (Call., *cognitionibus*, 1); D. 12.2.1 (Gai., *ad edictum provinciale*, 5); D. 47.7.8 (Mod., *de poenis*, 8); P.S. 5.26.4, mentre si fa riferimento all'*auctoritas indicantis* in P.S. 2.14.5.

¹⁷⁷ Gellio, *Noctes Atticae* 20.1.8: ... *an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura divina atque humana iusiurandum suum pecunia vendentis...* Cfr. sul tema del giuramento giudiziale J. PARICIO, *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, Madrid, 1987. Più di recente cfr. S. ROSSARO, *Genealogia del giuramento in Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I*, 2013, p. 431 ss. Vi sono anche testimonianze di Cicerone sul giuramento del giudice come è ravvisabile in *De officiis* 3.10.43-44, che pone il giuramento non solo sul piano religioso, ma anche morale e sociale. Cfr. CENTOLA, *Contra constitutiones indicare*, cit., p. 22 ss.

¹⁷⁸ In particolare Gaio in D. 12.2.1 (Gai. *ad edictum provinciale*, 5) ritiene la *religio iusiurandi* e la *auctoritas iudicis* elementi essenziali per la risoluzione dei conflitti. Cfr. ARNESE, *La ragionevole durata*, cit., p. 9 ss.

¹⁷⁹ La fonte dalla quale ne veniamo a conoscenza è Gellio, *Noctes Atticae* 14.2.25: *iuravi mihi non liquere atque ita indicatu illo solutus sum*.

¹⁸⁰ Cfr. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., p. 167; F. PRINGSHEIM, «*Bonum et aequum*» in *ZSS* 52, 1932, p. 105 ss. da cui si cita (= in *Gesammelte Abhandlungen I*, Heidelberg, 1961, p. 190 ss.); per certi versi A. GUARINO, «*Actiones in aequum conceptae*» in *Labeo* 8, 1962, p. 7 ss. da cui si cita (= in IDEM, *Pagine di diritto romano* 7, Napoli, 1995, p. 24 ss.); D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova, 1999, p. 75, n. 324; TALAMANCA, *Pubblicazioni*, cit., p. 615; R. FIORI, *Le formule dell'actio iniuriarum* in *Acta juridica e politica* 65, 2004, p. 147 ss.; SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 530; in termini possibilistici MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 17, n. 10; in termini possibilistici VENTURINI, *La responsabilità*, cit., p. 471 ss.

Vi è, invero, chi ha sostenuto la compatibilità tra l'*aequitas* dei giudizi e la *vera aestimatio litis*¹⁸² dal momento che per il pretore, nel periodo in cui era investito di poteri creativi, i valori di equità e giustizia erano soltanto funzionali all'integrazione del *ius civile* e, dunque, non corrispondenti all'ἐπιείχεια¹⁸³.

Se ciò è vero, occorre, tuttavia, valutare un elemento fondamentale, ovvero la fortissima componente aristotelica, con particolare riferimento all'*Etica Nicomachea*, che si evince dal brano di Gaio del libro terzo delle *Res cottidianae*:

Aristotele, *Ἠθικὰ Νικομάχεια*, 5.12.1136b.32-1137a.1:

ἔτι εἰ μὲν ἀγνοῶν ἔκρινεν, οὐκ ἐν τῷ λαμβανοντι. ἔτι ἐπεὶ πολλαχῶς τὸ ποιεῖν λέγεται, καὶ ἔστιν ὡς τὰ ἄψυχα κτείνει καὶ ἡ χεὶρ καὶ ὁ οἰκέτης ἐπιτάξαντος, οὐκ ἀδικεῖ μὲν, ποιεῖ δὲ τὰ ἄδικα. 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 γιγνώσκων ἔκρινεν ἀδίκως, πλεονεκτεῖ καὶ αὐτὸς ἢ χάριτος ἢ τιμωρίας. ὥσπερ οὖν κἂν εἴ τις μερίσαιτο τοῦ ἀδικήματος, καὶ ὁ διὰ ταῦτα κρίνας ἀδίκως πλέον ἔχει καὶ γὰρ ἐπ' ἐκείνῳ τὸν ἀγρὸν κρίνας οὐκ ἀγρὸν ἀλλ' ἀργύριον ἔλαβεν.

Come si può notare e come da tempo è stato notato¹⁸⁴, tale passo è primaria fonte di ispirazione per Gaio, che non è insolito riservare particolare attenzione alla cultura greca¹⁸⁵ ed è, pertanto, latore di numerosi chiarimenti.

Per prima cosa fornisce un ulteriore indizio verso ciò che abbiamo sostenuto a proposito dell'*imprudencia*, dal momento che Aristotele si riferisce nel principio del passo ad un giudice che ἀγνοῶν ἔκρινεν e, inoltre, introduce un elemento che apparrebbe comune al mondo greco e latino, ossia la non punibilità per ignoranza secondo le regole di diritto, come avevamo già chiarito in precedenza. Per il filosofo greco, tuttavia, l'ingiustizia è commessa in egual misura da colui che giudica ingiustamente per ignoranza e chi lo fa consapevolmente.

¹⁸¹ La teoria si basa sul passo di Ulpiano D. 5.1.15.1 (Ulp., *Ad edictum*, 5) cfr. D'ORS, «*Litem suam facere*», cit., p. 390 ss.; CREMADES-PARICIO, *La responsabilidad*, cit., p. 207; PARICIO, *Estudio*, cit., p. 111 ss.; GIUSTO, *Litem suam facere*, cit., p. 410 ss., nonché FUENTESECA, *El enigmático significado*, cit., p.43, che riprende la tesi di Giusto.

¹⁸² Cfr. per primo GUARINO, «*Acciones in aequum conceptae*», cit., p. 14, che è stato seguito da quasi tutta la dottrina che ritiene doversi procedere con un'*actio in bonum et aequum*.

¹⁸³ Cfr. A. GUARINO, s.v. *Equità. Diritto romano*. in *Novissimo Digesto italiano VI*, Torino, 1960, p. 621 ss.

¹⁸⁴ Per primo J. CUJAS, *Opera omnia I*, Napoli, 1758, col. 246. Ulteriore bibliografia in LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., p. 244, n. 102 e 103; PETITO, *Il index*, cit., p. 469 ss.; MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 83 ss., n. 29, 134 e 136; ARNESE, *Maleficium*, cit., p. 108 ss.

¹⁸⁵ Cfr. ARNESE, *Maleficium*, cit., p. 110 ss. per una rapida sequenza di passi ove Gaio riprende autori greci.

Inoltre l'inciso εἰ δὲ γινώσκων ἔκρινεν ἀδίκως, πλεονεκτεῖ καὶ αὐτὸς ἢ χάριτος ἢ τιμωρίας nell'indicare la ricezione di una gratitudine di una parte e la "vendetta" dell'altra, ricalca quel concetto di *litem suam facere* da noi ipotizzato, dal momento che il danno subito dalla parte ingiustamente penalizzata si sarebbe tramutata in una *litem* consequenziale ad un'*actio in factum*.

L'ultima parte del passo è di difficile traduzione¹⁸⁶ e pare far riferimento ai vantaggi collaterali che otterrebbe il giudice, ossia del denaro in cambio dell'ingiusto beneficio nei confronti di una delle due parti. Questo è un classico caso di corruzione, che, conviene ricordarlo, è posto alla stessa stregua di colui che sbaglia a giudicare *per imprudentiam*.

Nel diritto romano e nel caso specifico di D. 50.13.6 e 44.7.5.4 non vi è quest'identità di punibilità, né si vuole sostenerla, ma è presente la convinzione da parte del *prudens* che in ogni caso bisognasse perseguire gli errori del giudice, uniformando l'*aequitas*, o meglio l'ἐπιείχεια alla *iustitia* e ciò potrebbe giustificarsi in virtù di un venir meno di quella *religio* derivante dal giuramento di cui abbiamo trattato in precedenza.

Poco dopo l'Etica Nicomachea, infatti, tratta il tema dell'equità¹⁸⁷, ove viene chiarito che l'equo è per certi versi uguale al giusto, ma quando entrambi raggiungono la vetta dell'eccellenza, l'equo è migliore del giusto¹⁸⁸.

Tuttavia vi è un momento in cui si osserva una distinzione:

Aristotele, *Ἠθικὰ Νικομάχεια*, 5.14.1137b.6 ss.:

ἢ μὲν οὖν ἀπορία σχεδὸν συμβαίνει διὰ ταῦτα περὶ τὸ ἐπιεικές [...]. ποιεῖ δὲ τὴν ἀπορίαν ὅτι τὸ ἐπιεικές δίκαιον μὲν ἐστίν, οὐ τὸ κατὰ νόμον δέ, ἀλλ'ἐπ'ἀνόρθωμα νομίμου δικαίου. αἴτιον δ'ὅτι ὁ μὲν νόμος καθόλου πᾶς, περὶ ἐνίων δὲ οὐχ οἷόν τε ὀρθῶς εἰπεῖν καθόλου. ἐν οἷς οὖν ἀνάγκη μὲν εἰπεῖν καθόλου, μὴ οἷόν τε δὲ ὀρθῶς, τὸ ὡς ἐπὶ τὸ πλεόν λαμβάνει ὁ νόμος, οὐκ ἀγνοῶν τὸ ἀμαρτανόμενον. καὶ ἔστιν οὐδὲν ἧττον ὀρθός, τὸ ὡς ἐπὶ τὸ πλεόν λαμβάνει ὁ νόμος, οὐκ ἀγνοῶν τὸ ἀμαρτανόμενον. καὶ ἔστιν οὐδὲν ἧττον ὀρθῶς· τὸ γὰρ ἀμάρτημα οὐκ ἐν τῷ νόμῳ οὐδ'ἐν τῷ νομοθέτῃ ἀλλ'ἐν τῇ φύσει τοῦ πράγματος ἐστίν· εὐθὺς γὰρ τοιαύτη ἢ τῶν πρακτῶν ὕλη ἐστίν. ὅταν οὖν λέγῃ μὲν ὁ νόμος καθόλου, συμβῆ δ'ἐπὶ τούτου παρὰ τὸ καθόλου, τότε ὀρθῶς ἔχει, ἢ παραλείπει ὁ

¹⁸⁶ "La frase è difficile da capire", così C. NATALI (trad., introd. e note), *Aristotele. Etica Nicomachea*, Bari, 1999, p. 499, n. 531.

¹⁸⁷ Tutto il cap. 14 del libro quinto è dedicato all'argomento.

¹⁸⁸ Cfr. Aristotele, *Ἠθικὰ Νικομάχεια*, 5.14.1137a.32-1137b.1.

νομοθέτης καὶ ἡμαρτεν ἀπλῶς εἰπὼν, ἐπανορθοῦν τὸ ἐλλειφθέν, ὃ κὰν ὁ νομοθέτης αὐτὸς [ἄν] εἶπεν ἐκεῖ παρών, καὶ εἰ ἦδει, ἐνομοθέτης αὐτὸς [ἄν].

L'aporía proviene, dunque, dal fatto che l'equo è giusto, ma non secondo la legge ed è dunque una correzione della giustizia dal punto di vista dell'ordinamento¹⁸⁹.

Secondo il filosofo la legge è universale, ma non può essere sempre attuabile al caso concreto; per questo motivo l'equo va a correggere il giusto legale.

E' la teorizzazione di quelli che saranno i giudizi arbitrari¹⁹⁰ e l'ἐπιείχεια era, dunque, il metodo di applicazione della legge non scritta, che integrava ciò che aveva prescritto il legislatore, attraverso un'interpretazione estensiva della norma¹⁹¹ e ciò è visibile dalla lettura dell'ultima parte del passo sopra esposto.

Tutto ciò trova corrispondenza in quelle *actiones in factum accomodatas legi Aquiliae*, delle quali farebbero parte anche le *actiones* contro il *iudex qui litem suam fecerit*.

Elemento finale di corrispondenza tra i due testi si ritrova a proposito del *bonum et aequum*, dal momento che anche il filosofo li cita, ma distinguendoli, poiché a suo avviso l'equo non può essere degno di lode, al contrario del buono¹⁹².

Il criterio legale della *vera aestimatio litis*, orbene, per i motivi sopra esposti, non sembrerebbe coerente con l'impostazione di Gaio, dal momento che siamo in presenza di un giudizio che ha come fondamento un valore analogo all'ἐπιείχεια greca, più vicina a quella che Labeone definisce l'*aequitas naturalis*¹⁹³.

Nell'impostazione gaiana sarebbe il nuovo giudice, investito del compito, il soggetto preposto a valutare, con un certo grado di autonomia, il *quantum* della pena per il *iudex qui peccasse aliquid*, prescindendo o, per meglio dire, superando i vincoli imposti dallo stretto *ius*.

Si può, allora, profilare un ulteriore significato di *religio iudicantis* e, infatti, se analizziamo il passo:

¹⁸⁹ Secondo NATALI, *Etica Nicomachea*, cit., p. 500, n. 542, tale considerazione si connette con il problema posto da Platone in Πολιτικός, 294a e in Νόμοι, 875c sull'imprecisione delle norme legali, risolto dallo stesso col ricorso alla "scienza regia", che per lui equivale alla "scienza politica", mentre per Aristotele la soluzione è la flessibilità della norma. Tuttavia Michele di Efeso, *In Ethicam nicomacheam commentarium*, 65.16 e la parafrasi dell'Anonimo 249.12-14 sostengono che l'equo qui stia ad indicare la correzione del giusto legale.

¹⁹⁰ Cfr. M.T. ROMANO, *La rilevanza invalidante del dolo sul consenso romano (can. 1098 C.I.C.): dottrina e giurisprudenza*, Roma, 2000, p. 128.

¹⁹¹ Cfr. V. FROSINI, s.v. *Equità (nozione)* in *Enciclopedia del diritto* 15, 1966, p. 69 ss. (71); Cfr. A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi in SDHI 79*, 2003, p. 3 ss. (12).

¹⁹² Cfr. Aristotele, *Ἠθικὰ Νικομάχεια*, 5.14.1137b.1 ss.

¹⁹³ D. 47.4.1 (Ulp., *ad edictum*, 39): *Haec autem actio, ut Labeo scripsit, naturalem potius in se quam civilem habet, si quidem actio civilis deficit...* Cfr. SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., p. 10 ss.

D. 1.1.1.pr.-1 (Ulp., *institutiones*, 1):

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis non sacerdotes appellet...

sicuramente notiamo che oltre alla definizione celsina del *ius*, sulla quale si è molto dibattuto¹⁹⁴, il riferimento ai *sacerdotes* non può lasciarci indifferenti.

I giuristi nei tempi antichi erano, infatti, i *pontifices*, attraverso i quali l'*aequitas* si inverteva nella *iustitia* e i *indices*, attraverso la loro *religio*, mettevano in pratica tale concezione.

Non possiamo, infatti, non tenere conto della derivazione di pontefice, secondo l'opinione di Quinto Mucio Scevola:

Varrone, *De lingua latina*, 5.15.83:

*Sacerdotes univ[er]si a sacris dicti. Pontifices, ut [a] Sc[ae]vola Quintus pontifex maximus dicebat, a posse et facere, ut po[n]tifices.*¹⁹⁵

Sembra palese che tale etimologia non sia esatta, tanto che Varrone non concorda¹⁹⁶, ma la definizione di *pontifex*, come colui che “sa fare”, è molto simile a quella di *peritus* e dunque nel campo del *ius*, non può che essere un *iuris peritus*. Tale scorrettezza etimologica è utile, dunque, a Quinto Mucio per rivendicare il proprio ruolo, parimenti alla discendenza di *ius* da *iustitia* per Ulpiano, come abbiamo visto in D. 1.1.1.

Ulteriore indizio si rinviene, come indicato da Broggin¹⁹⁷, nel verso 580 dei *Menaechmi* di Plauto¹⁹⁸, al quale Paricio ha collegato il verso 652 dell'*Heautontimorumenos*¹⁹⁹, ove vi è il

¹⁹⁴ Si rinvia per un approfondimento sul punto, nonché per ampliamento bibliografico a P. CERAMI, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*. I. L'interpretazione degli atti autoritativi, in *AUPA* 38, 1985, p. 5 ss.; A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., p. 10 ss.; F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in *SDHI*, 62, 1996, pp. 1 ss.; IDEM, 'Ars boni et aequi' e 'ius naturale' in *SDHI* 75, 2009, p. 15 ss.; IDEM, *La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente* in *TSDP* 3, 2010, http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=125#_ftn1.

¹⁹⁵ Per approfondimenti sul punto cfr. J.L. FERRARY – A. SCHIAVONE – E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, 2018, in particolare p. 397 ss.

¹⁹⁶ Varrone, *De lingua latina*, 5.15.83: *Ego a ponte arbitror: nam ab his Sublicius est factus primum ut restitutus s[ae]pe, cum ideo sacra et uis et cis Tiberim non mediocri ritu fiant.*

¹⁹⁷ Cfr. G. BROGGINI, *Index arbitrorum. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, p. 124.

¹⁹⁸ *Qui nec leges necque aequom bonum usquam colunt...*: Plauto, *Maenechmi*, 580.

¹⁹⁹ *Quid cum illis agas, qui neque ius neque bonum atque aequom?*: Terenzio, *Heautontimorumenos*, 652. Cfr. PARICIO, *Estudio*, cit., p. 32.

riferimento a due sistemi distinti e separati: le *leges* e il *bonum et aequum* e ciò è visibile anche nel *Brutus* di Cicerone, nel quale essi sono presentati, addirittura, in senso antitetico²⁰⁰.

Questo schema allora delineerebbe una dualità, come sempre Paricio ha messo in luce, tra le antiche *legis actiones*, ossia le azioni che derivano da una *lex* e il *bonum et aequum*²⁰¹, al quale non apparterebbero solo le *actiones* omonime (che verosimilmente nascevano tutte *in factum*), ma anche tutte quelle azioni che non basavano la loro effettività su un *lex*, come i *iudicia bonae fidei*²⁰².

Anche per tali giudizi, infatti, vi era ampia discrezionalità del *iudex* e alcune di queste, come chiarito in precedenza a proposito della *negotiorum gestio*, nascevano verosimilmente *in factum*²⁰³. E' opportuno chiarire, però, che mentre per i *iudicia ex fide bona* la discrezionalità del giudice si esercitava già nella valutazione della pretesa dell'attore, dal momento che l'*oportere* del convenuto era fondato sulla *bona fides*²⁰⁴, per quanto riguarda, invece, le *actiones in bonum et aequum* la discrezionalità del *iudex* si limitava alla condanna.

Il *bonum et aequum*, dunque, era un sistema che si basava su criteri diversi dalla 'procedura' delle azioni legali, che, come abbiamo visto, Gaio dichiara *legis actionem exprimuntur*, ma racchiudeva obbligazioni che si formavano *sua vi ac potestate*²⁰⁵.

Condividendo e facendo nostre le categorie e le conclusioni elaborate da Palma²⁰⁶, è il *bonum et aequum* l'ambito di osservanza nel quale giuristi e giudici nel 'luogo delle regole', ossia il processo, formavano quelle *regulae iuris*, intese nell'accezione di norme-regole dei casi concreti, che avevano l'ambizione di essere applicate nella *disputatio fori*²⁰⁷.

L'*aequum* descritto da Gaio, dunque, a proposito della condanna del *iudex qui litem suam fecerit* obbligava il secondo *iudex* (il giudice del giudice) a conformare la propria *religio* a criteri diversi da quelli legali, come quelli descritti ad esempio dalla *lex Aquilia*, ma comunque il suo

²⁰⁰ *ita enim multa tum contra scriptum pro aequo et bono dixit...* Cicerone, *Brutus*, 142.

²⁰¹ Cfr. PARICIO, *Estudio*, cit., p. 32 ss. e IDEM, *Genesi e natura dei «bonae fidei iudicia» in Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Atti del convegno in onore di A. Biscardi. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001 in Rivista di diritto online 1, 2001, p. 207 ss. <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/attipontignanoparicio.pdf>.*

²⁰² Per quanto concerne i *iudicia ex fide bona*, che facevano parte del *ius civile*, sappiamo da Cicerone che non si fondavano su alcuna legge (Cicerone, *De officiis*, 3.15.61: *...et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona.*). Cfr. PARICIO, *Estudio*, cit., p. 35.

²⁰³ A tale proposito si inserisce Cicerone, *De officiis*, 3.17.70: *Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur 'ex fide bona', fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

²⁰⁴ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 317 ss.

²⁰⁵ Cfr. Gai. 4.10.

²⁰⁶ Cfr. PALMA, *Il luogo*, cit., p. 75 ss.

²⁰⁷ Cfr. A. PALMA, *Legge e giudice, norma e regola* in *BIDR* 109, 2015, p. 19 ss. (20).

potere veniva a fondarsi su una *regula*, che tuttavia era “volta a formulare solo il principio empirico utilizzabile nel singolo caso”²⁰⁸.

3.3. Prime conclusioni sulla base delle testimonianze di Gaio.

Si possono, finalmente, tracciare delle linee guida per quanto concerne il caso di un *index qui litem suam fecerit*, a partire da quanto sostenuto dal maestro antoniniano.

E’ doveroso, però, ribadire che pur essendo le fonti del *prudens* antoniniano, in ordine cronologico, la prime fonti dirette dalla quali possiamo venire a conoscenza del tema della nostra indagine²⁰⁹, due testimonianze di Ulpiano²¹⁰ ci informano che del tema si era già occupato Salvio Giuliano.

Si delinea, quindi, un ragionamento giuridico che ha preso le mosse, almeno, dal periodo di Adriano, anche se non si ritrovano attestazioni dello stesso nell’*Edictum perpetuum*.

Si deve cominciare a tracciare le fila dei punti in comune di questa categoria di responsabilità, che, come vedremo, comprendeva più azioni differenti: inizialmente va chiarito che sembra potersi riferire soltanto al *index* nei processi privati, non tanto perché il giudicante nei processi penali fosse chiamato con diversa nomina²¹¹, ma perché verrebbe meno lo stesso significato di *litem suam facere*.

Se, infatti, il lemma racchiude il significato di creare una contesa con risvolti processuali, c’è bisogno di un soggetto che eserciti un’*actio* per l’errore del giudice all’interno di un rapporto privato-risarcitorio; dalle fonti classiche, infatti, si evince che ciò che pesa è il danno patrimoniale subito da una delle due parti²¹² che provoca una pretesa, ossia un *debitum* nei confronti del *index* che ha commesso l’errore e ciò non potrebbe sussistere per i *publica iudicia*.

L’impostazione è di una responsabilità per un fatto che ha cagionato un danno e tale comportamento è valutabile in una *lis*, questa volta da un punto di vista tecnico-giuridico di presupposto “valore della causa” e di conseguenza “controversia giudiziale”.

²⁰⁸ PALMA, *Il luogo*, cit., p. 92.

²⁰⁹ Gai. 4.52, v. *supra*.

²¹⁰ D. 5.1.16 (Ulp., *ad edictum*, 5); *Fragm. Argent. Iib versum* (Ulp., *disputationum*, 5).

²¹¹ Il termine *index* per indicare l’organo giudicante nei *publica iudicia* è utilizzato in D. 48.2.16 (Ulp., *de officio consulis*, 2): *Si plures existant, qui eum in publicis iudiciis accusare volunt, index eligere debet eum qui accuset, causa scilicet cognita aestimatis accusatorum personis vel de dignitate, vel ex eo quod interest, vel aetate vel moribus vel alia iusta causa*. LENEL, *Palingenesia*, cit., col. 953, fr. 2062, n. 4 ritiene l’inciso *eum ... iudiciis* frutto di interpolazione, tuttavia F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all’accusa nei publica iudicia*, Cagliari, 1996, p. 109, n. 177 ha mostrato come *index* fosse utilizzato nella stessa accezione in Gellio, *Noctes Atticae* 2.4.5.

²¹² Non solo l’attore, come abbiamo visto in Gai. 4.52.

È opportuno ribadire, però, che vi era un elemento discretivo tra tale responsabilità e quella prevista in XII Tab. 9.3²¹³, non sostanziabile nell'elemento psicologico dell'agente, bensì nell'elemento materiale dell'apprensione della *pecunia*, come sintomo di corruzione.

È necessario ora, dunque, chiarire quali siano le conclusioni alle quali si vuole pervenire tramite questa ricerca: l'assenza di una formula stabilita per la responsabilità giudiziale, appellata *litem suam facere*, che vedeva di volta in volta e caso per caso il riconoscimento o meno nella fase *in iure* da parte del pretore di diverse azioni *in factum*.

Quella del *litem suam facere* sarebbe una categoria nella quale ricomprendere questi tipi di azione, ma tale terminologia travalica i confini del processo formulare, anche se il punto di origine si rinviene sotto la vigenza di tale procedura, perlomeno per quanto concerne il piano teorico.

La maggior parte della dottrina romanistica, come abbiamo visto, sulla spinta leneliana, sostiene, tuttavia, l'esistenza di un'*actio* (o più *actiones*) *adversus iudicem qui litem suam fecerit* all'interno dell'*Edictum* e ha elaborato le diverse teorie²¹⁴ di ricostruzione di tale formula.

Dalle fonti che a noi sono pervenute, però, è opportuno ribadirlo, non vi è traccia di riferimenti a tale *actio*, anzi sembrerebbe emergere il contrario viste le contrastanti nature dei rimedi che i *prudentes* collocano sotto la denominazione *iudex qui litem suam facit*²¹⁵.

Per quello che abbiamo visto in Gaio, egli rinviene, sulla scia di Aristotele, dei punti in comune tra la responsabilità per corruzione e quella per *litem suam facere*, che estende addirittura all'ignoranza del *iudex*, elemento che normalmente fungerebbe da giustificazione,

²¹³ Veniamo a conoscenza di questa norma da Gellio, *Noctes Atticae* 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 servitum 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 insiurandum suum pecuniam vendentis aut furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam violentiam non dignam esse capitis poenae existumes.* La collocazione nella *Tabula IX* di tale prescrizione è una convenzione che nasce dalla tesi di R. SCHÖLL, *Legis duodecim tabularum reliquiae*, Lipsia, 1866, p. 152 e seguita poi da S. RICCOBONO (a cura di), *FIRA I*, Firenze, p. 64. Tale derivazione, però, è stata contestata da O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII tavole I*, Cagliari, 1992, p. 333 ss., il quale ricostruisce tale fattispecie come norma contenuta nella *Tabula II*.

²¹⁴ Le tesi si sono divise tra chi considerava una sola *actio* e chi più *actiones*. Tra i primi vi è RUDORFF, *De iurisdictione edictum*, cit., p. 91 ss., che suggerì l'esistenza di due distinte formule: la prima a titolo di dolo e la seconda *per imprudenciam*, al quale fece seguito DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., p. 34 ss., il quale distingueva tre tipi di *actiones* a seconda dell'elemento soggettivo: la prima per responsabilità oggettiva, recante una condanna nel valore della *lis*, la seconda *in ius* o *in factum*, secondo le circostanze con condanna in *bonum et aequum* e la terza nei casi di dolo o *fraus legi*. Di avviso opposto fu LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., p. 168, il quale considerava unitario l'illecito con condanna nel *quantum aequum videbitur* che avrebbe potuto estendersi sino alla *litis aestimatio* nel caso di condotta dolosa. In parte conforme al Lenel fu D'ORS, *Litem suam facere*, cit., p. 387 ss., il quale riteneva fossero due i caratteri fondamentali: l'inadempimento astensivo del *iudex* e il carattere meramente risarcitorio della condanna. Da ultimo SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 524 ss. ha ipotizzato sempre l'unicità del rimedio, ma caratterizzato da un'*actio in factum*, con una sola *condemnatio*, ma diverse *intentiones* tra loro alternative.

²¹⁵ In particolar modo vedremo la differente impostazione di Ulpiano, già più volte citata, in D. 5.15.1.

ma che comunque produce un danno e per tale motivo, in virtù non della *lex*, ma dell'*aequitas*, deve essere punito secondo quanto sembrerà opportuno ad un altro giudice nell'esercizio del proprio compito.

Lo stesso giurista non fa rientrare, però, tale imputabilità nell'alveo della *culpa*, dal momento che né dal tenore del passo né da quanto mostrato sinora sembra evincersi ciò.

Tutto ciò che a noi è concesso in questa sezione è di tentare una ricostruzione dell'effettività nella prassi procedurale di tale rimedio, ossia cercare di chiarire se fosse agevole per il *praetor*, nella fase in *iure*, concedere un'*actio in factum* nelle modalità descritte da Gaio.

Si deve, pertanto, prendere in considerazione l'unica ipotesi che Gaio fornisce attinente alla prassi procedurale, ossia quella contenuta in Gai. 4.52: il caso nel quale contrariamente alla *formula* il giudice avesse condannato ad una somma maggiore o minore di quella posta dalla *condemnatio certae pecuniae*, ovvero avesse punito il soccombente per una somma superiore al limite di una *taxatio*.

I processi a Roma, infatti, avvenivano oralmente nel Foro e non vi erano verbali processuali, soprattutto per quanto concerne le *legis actiones* e il processo formulare, né vi era appello per queste due tipologie di procedure.

Dubbio è addirittura se la *formula*, ai fini della validità, necessitasse della forma scritta²¹⁶ e, dunque, l'unico mezzo di prova certo per dimostrare la fondatezza della pretesa erano corruttilibili testimoni.

Superando pure l'obiezione di un'ipotetica *formula* orale, in ogni caso non può essere tralasciato il problema dell'assenza di un obbligo della sentenza in forma scritta e delle motivazioni della stessa²¹⁷. In questo contesto il *iudex* ben avrebbe potuto asserire di aver adottato una sentenza conforme alla *formula* per come gli era stata riferita dalle parti, a maggior ragione se in buona fede, ma soltanto per *imprudencia*, cioè ignoranza della vera formula, fosse caduto in errore.

²¹⁶ Cfr. anche per la bibliografia precedente sul punto V. ARANGIO-RUIZ, *Sulla scrittura della formula nel processo romano* in *IURA* 1, 1950, p. 15 ss. "Se oggi io dovessi abbracciare un'opinione [...]: la scarsa simpatia dei romani per le forme scritte e la mancanza di ogni notizia circa un caso eccezionale di così grande portata mi porterebbero ad accettare la dottrina di Schlossman, integrata con i rilievi di Erman." *ivi*, p. 20.

²¹⁷ Cfr. PALMA, *Il luogo*, cit., p. 49 ss. e D.A. CENTOLA, *Riflessioni sulla problematica della motivazione della sentenza nel processo romano* in *SDHI* 78, 2012, p. 407 ss. e *ivi* bibliografia precedente sul tema, p. 410, n. 14. Diversamente cfr. M. MARRONE, *Contributi allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano* in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Basilea-Ginevra-Monaco, 1999, p. 53 ss. (60 ss.) il quale ritiene invece desumibile una motivazione della sentenza sulla base dell'esegesi di D. 5.2.17.pr. (Pau, *quaestiones*, 2), ma tale ricostruzione è stata criticata da B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza: idee vecchie e nuove in Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese* I, Padova, 2012, p. 303 ss. (304 ss.), la quale sostiene essere una "forzatura [...] attribuire valore semiotico a parole che, al contrario, ne hanno uno ermeneutico".

Tale assenza di motivazione sarebbe dimostrata anche dal rinvenimento della *Tabula Contrebiensis*²¹⁸:

*Senatus Contrebie[n]sis quei tum aderunt indices sunt. sei par[ret ag]rum quem Salluienses
[ab Sosinest]ane[is] emerunt rivi faciendi aquaive ducendae causa qua de re agitur Sosinestanos
[iure suo Sa]lluiensibus vendidisse inviteis Allavonensibus; tum sei ita [p]arret eei indices indicent
5 iure suo vendidi[sse.]*

*Eidem quei supra scriptei [sunt] indices sunt. Sei Sosinestana ceivitas [ess]et [t]um qua Salluiensis
novissime publice depa[laru]nt qua de re agitur, sei [i]ntra eos palos Salluiensis rivom per agrum
publicum Sosinestanorum iure suo facere liceret [ant] sei per agrum preivatam Sosinestanorum
qua rivom fieri oporteret rivom iure suo Sal[luiensibus fac]ere liceret dum quanti is a[ger] aestumat[us]
10 esset, qua rivos duceretur, Salluienses pe[quinia]m solverent, tum, sei ita [p]arret, eei indices indicen[t]
Salluiensibus rivom iure suo facere licere; [sei] non parret indicent iure suo facere non licere.
Sei indicarent Salluiensibus rivom facere licere, tum quos magistratus Contrebiensis quinque
ex senatu suo dederit eorum arbitratu pro agro preivato q[ua] rivos ducetur Salluienses
publice pequiniam solvont. Iudicium addeixit C. Valerius C.f. Flaccus imperator.*

¹⁵ *Sentent[iam] deixerunt: quod iudicium nostrum est qua de re agitur secundus Salluienses iudicamus.*

Qu[om] ea res

*iu[dic]ata[st mag]is[tr]atus Contrebienses heisce fuerunt: Lubbus Urdinocum Letondonis f. praetor; Lesso
Siriscum
[Lubbi f. ma]gistratus; Babbus Bolgondiscum Ablonis f. magistratus; Segilus Annicum Lubbi
magistratus;*

*[...c. 11...] ulovicum Uxe[.]i f. magistratus; Ablo Tindilicum Lubbi f. magistratus. Causam
Sallui[ensium]
[defendit...] assius Eibar f. Salluiensis. Causam Allavonensium defendit Turibas Teitabas f.*

²⁰ *[Allavonensis. Ac]tum [C]ontrebiae Balaiscae eidibus Maiets, L. Cornelio Cn. Octavio consulibu[s.]*

Al di là delle questioni di merito del testo, che non interessano in questa sede²¹⁹, ciò che a noi interessa è l. 15 *quod iudicium nostrum est qua de re agitur secundum Salluienses iudicamus*; come

²¹⁸ Si tratta di un'iscrizione in bronzo dell'87 d.C., scoperta nel 1979 a Botorrita e contiene un documento processuale che chiarisce alcune questioni sulla *formula* e il suo uso nelle provincie. Cfr. BIRKS, *A New Argument*, cit., p. 375 ss., del quale si riporta la versione della *Tabula*, ivi, p. 376.

sostenuto da Birks²²⁰, qualora questo documento fosse la prova di ciò che normalmente avveniva nei tribunali, non c'era possibilità per il soccombente insoddisfatto dal procedimento di poter citare in giudizio il giudice.

Si ravvisa, infatti, l'impossibilità per l'attore nel nuovo giudizio (che a seconda dei casi poteva essere tanto il convenuto quanto l'attore del processo originario) di dimostrare la fondatezza della propria posizione, dal momento che non vi era un'esplicazione giuridica delle ragioni a sostegno della decisione del *iudex*.

Oltre a quanto sinora mostrato, ulteriori conferme, inoltre, sull'inefficacia del rimedio descritto si attestano nella giurisprudenza dell'età severiana. Come vedremo più approfonditamente nel prosieguo, infatti, la nascita dell'istituto dell'appello all'interno delle *cognitiones extra ordinem* si deve proprio all'*imperitia* del *iudex*²²¹.

I continui errori, infatti, minavano la giustizia e, come mostrato anche da Lamberti²²², ulteriore prova dell'ineffettività del rimedio gaiano si evince da:

²¹⁹ Si rinvia per approfondimenti in tal senso a J.S. RICHARDSON, *The Tabula Contrebiensis: Roman Law in Spain in the Early First Century B.C.* in *JRS* 73, 1983, p. 33 ss.; P.B.H. BIRKS - A. RODGER - J.S. RICHARDSON, *Further aspects of the Tabula Contrebiensis* in *JRS* 74, 1984, p. 45 ss.

²²⁰ "There is no doubt at all that if this record is good evidence of what was typically knowable about the court's reasoning, there was no scope at all for a dissatisfied litigant to sue his judge for errors of fact or law." BIRKS, *A New Argument*, cit., p. 377. L'autore nel prosieguo della trattazione, poi, risponde alle possibili obiezioni, ossia che un documento aragonense non fosse necessariamente emblematico della prassi processuale romana e che la l. 15 dello stesso contenesse solo un sunto e non l'intera *sententia*. Cfr. BIRKS, *A New Argument*, cit., p. 378 ss. Per quanto concerne la prima obiezione, l'autore, oltre a segnalare la similitudine stilistica del documento spagnolo con la struttura descritta da Gaio per il processo formulare in Gai. 4.34-35, riporta un testo di Cicerone, *De finibus*, 2.12.36-37, concentrandosi sul passaggio *in quo frustra iudices solent, cum sententiam pronuntiat, addere: si quid mei iudicii est*, che accomuna a l. 15 di *Tabula Contrebiensis* nella dicitura *Quod iudicium nostrum est*; entrambi si riferirebbero, dunque, al limite imposto dal pretore nella *formula*. Per la seconda ipotetica obiezione, invece, lo studioso trova maggiori problematiche, dal momento che il dato testuale della *Tabula* contrasterebbe con la mancanza del vocabolo *videtur* richiesto per la *sententia*, secondo la testimonianza di Cicerone, *Academia*, 2.47.146 e che non vi è alcuna *condemnatio* nel caso di specie. Lo studioso, comunque, conclude che qualora non vi fosse motivo di esplicitare le proprie motivazioni, il giudice avrebbe potuto benissimo non motivare la propria decisione, sulla base, ad esempio dell'esperienza di Gellio in *Noctes Atticae* 14.2, che come vedremo più compiutamente in seguito, testimonia la possibilità per il giudice di decidere soltanto in base a pregiudizi, prescindendo da motivazioni giuridiche ed evidenze probatorie. Nello sposare la tesi di Birks, mi sentirei di proporre minuscole puntualizzazioni che si indirizzano verso la conferma di quanto da quest'ultimo sostenuto. Stante l'assoluta coincidenza tra l. 15 della *Tabula* e *De finibus*, 2.12.36, il *iudicium nostrum*, i limiti del *petitum* non tanto sarebbero definiti dalla *formula* del pretore, ma dalla volontà delle parti, come abbiamo già avuto modo di vedere in D. 5.1.74 (Iul., *digesta*, 5). È a loro che l'attore deve dare risposte e verificare la giustezza dell'una o dell'altra posizione e ciò si evincerebbe anche dalla *Tabula Contrebiensis*, perché qualora fosse una vera e propria *sententia* ovvero una sorta di verbale processuale, comunque ricalcherebbe quelli che sono gli elementi importanti del giudizio, tra i quali è assente qualsivoglia motivazione giuridica della decisione. L'assenza di quell'elemento formale, quale la parola *videtur* e la mancanza di una *condemnatio* non sarebbero perciò ostativi alla formalità del documento, perché nel primo caso la diversificazione tra teoria e prassi, che già a Roma trovava luogo, a maggior ragione si verificava nelle provincie, soprattutto per quanto concerne le regole stilistiche e formali; mentre per quanto concerne l'assenza della *condemnatio* si può ipotizzare che il verbale non necessitasse di tale informazione, ma che servisse soltanto a rendere pubblica la decisione ai fini della "certezza" del diritto conteso.

²²¹ *Imperitia* come figura affine all'*imprudencia*. Come si vedrà in D. 49.1.1.pr. (Ulp., *de appellationibus*, 1).

²²² Cfr. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., p. 251, n. 148.

D. 21.2.51.pr. (Ulp., *ad edictum*, 80):

*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.*²²³

Nel rispondere al quesito se per l'errore o l'*imprudentia* del *iudex* dovesse rispondere il venditore che si era assunto un ruolo di garanzia, *de facto* si evidenzia un problema astratto che nella prassi si sarebbe potuto verificare, ossia prevedere a chi spettasse il risarcimento in tal caso.

Essendo il passo di Ulpiano successivo a quello di Gaio si evincerebbe, dunque, un'ineffettività del principio di diritto e del rimedio suggerito da quest'ultimo, dal momento che ci troviamo a distanza di circa cent'anni in un sistema dove ancora ci si interrogava sul soggetto al quale spettasse il risarcimento dell'errore materiale o in generale dell'ingiusta sentenza ad opera del *iudex*.

Tale impostazione è riportata da Paolo:

D. 24.3.17.2 (Pau., *ad Sabinum*, 7):

Si in iudicio dotis iudex ignorantia iuris lapsus condemnaverit maritum in solidum, Neratius Sabinus doli exceptione eum uti oportere aiunt eaque tutum fore.

Nella specie si tratta di un'*actio rei uxoriae*, nella quale il *iudex* aveva irrogato una sanzione per *ignorantia iuris* e aveva condannato il marito *in solidum*, dunque oltre i limiti del patrimonio²²⁴; tale errore si sarebbe potuto superare attraverso un'*exceptio doli*. Nei testi dei

²²³ Analogo contenuto si rinviene anche dai *responsa* di Papiniano a noi pervenuti tramite i *Vaticana Fragmenta*: *Vat. Fragm.* 10 (Pap., *responsa*, 3): *Iniquam sententiam evictae rei periculum venditoris non spectare placuit neque stipulationem auctoritatis committere.*; *Vat. Fragm.* 8 (Pap., *responsa*, 3): *Evictione citra dolum emptoris et iudicis iniuriam secuta duplum ex empti iudicio secundum legem contractus praestabitur.* Per approfondimenti sul punto cfr. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano* in *AUPA* 24, 1955, p. 5 ss. (182); G. PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano* in *Conferenze romanistiche*, Milano, 1960, p. 225 ss. (236) da cui si cita (= in *Scritti giuridici scelti* II. *Diritto romano*, Napoli, 1985, p. 3 ss. (16)); da ultimi SALOMONE, *L'iniuria iudicis*, cit., p. 825 ss e MILAZZO, *Iniuria iudicis*, cit., p. 81 ss.

²²⁴ Cfr. per un approfondimento S. DI SALVO, *«Ignorantia» del «iudex», «actio iudicati» e «beneficium competentiae» in Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino III*, Napoli, 1984, p.1421 ss., secondo il quale, però, tale ipotesi si contemplerebbe soltanto nel caso in cui non è stata imposta la *taxatio* da parte del *magistratus*. Tuttavia, anche secondo LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., p. 251, n. 146, *l'ignorantia* qui descritta ricorda molto *l'imprudentia* descritta da Gaio nelle *res cottidianae*. Per tale ragione ritengo che la *sententia* qui descritta da Paolo si riferisca alle medesime ipotesi di Gai. 4.52 e non essendoci una specificazione sull'imposizione o meno della *taxatio* da parte del *magistratus* è plausibile ritenere che sia una regola generale in contrasto con l'impostazione di Gaio.

giuristi severiani, dunque, non vi è alcun riferimento al *litem suam facere* nel caso di errori giudiziali non viziati da dolo.

Come abbiamo in precedenza osservato, invece, un altro testo di Ulpiano²²⁵ ci mostra come la sacralità del *iudicium* fosse un compito che non permetteva correzioni una volta portato a compimento e, dunque, suggerisce un'inviolabilità dell'*officium*; si spiegherebbe anche perché nel passo di D. 24.3.17.2 non era possibile per il marito chiedere la correzione della *sententia*, ma procedere soltanto con l'*exceptio doli* nei confronti della moglie che chiedeva, in virtù di una sentenza viziata per *ignorantia iudicis*, più di quanto il marito disponeva²²⁶.

Tutto quanto sopra esposto, delinea che in tale contesto storico un'eccessiva sindacabilità sull'operato del *iudex* sarebbe un elemento in contrasto con quanto emerge da quasi tutte le fonti classiche a nostra disposizione, diversamente da quanto asserisce Gaio sia nelle *institutiones*, che nelle *res cottidianae*.

Questo è un altro dei motivi che spingerebbe a considerare, in opposizione a quanto sostenuto da numerosi studiosi²²⁷, il passo delle *res cottidianae* oggetto della nostra indagine non solo di datazione classica, ma anche appartenente a Gaio.

Si potrebbe ipotizzare, in conclusione, che tale responsabilità fosse nata nel II secolo d.C. perché in presenza di una richiesta sociale diffusa da molto tempo che sentisse l'esigenza di un rimedio che arginasse in maniera efficace l'autonomia dei *iudices*.

Già nel II secolo a.C., infatti, sembrerebbe emergere tale sentimento popolare e ciò si può evincere da una testimonianza di Cicerone a proposito di un'orazione di Lucio Licinio Crasso:

Cicerone, *Brutus*, 164:

Et ego: mihi quidem a pueritia quasi magistra fuit, inquam, illa in legem Caepionis oratio; in qua et auctoritas ornatur senatus, quo pro ordine illa dicuntur, et invidia concitatur in iudicum e in accusatorem factionem, contra quorum potentiam populariter tum dicendum fuit.

²²⁵ D. 42.1.55 (Ulp., *Ad Sabinum*, 51): ...*male seu bene officio functus est...*

²²⁶ Se l'eccezione, trattandosi di *beneficium competentiae*, fosse a diminuzione o addirittura ad esclusione della condanna cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *L'eccezione in diminuzione della condanna*, 1930, p. 5 ss. da cui si cita (= in IDEM, *Scritti di diritto romano II*, Napoli, 1974, p. 265 ss.); M. MARRONE, *Note di diritto romano sul c.d. beneficium competentiae* in *AUPA* 36, 1976, p. 43 ss. da cui si cita (= in *Studi in onore di A. Arena III*, Padova, 1981, p. 1339 ss.); DI SALVO, «*Ignorantia iuris*», cit., p. 1425 ss.; da ultimo un accenno alla problematica in M. MARRONE, *Eccezione di dolo generale ed eventi sopravvenuti alla litis contestatio* in *AUPA* 50, 2005, p. 181 ss. (202, n. 31 e 32 per la bibliografia completa sull'argomento).

²²⁷ Cfr. da ultima FUENTESECA, *El enigmático significado*, cit., p. 50 ss.

La *factio* dei giudici qui è accomunata a quella degli *accusatores*, ossia i *delatores*, e contro entrambi si scaglia un sentimento populista in ragione della portata della loro *potentia*. La ragione, per quanto concerne i *iudices* almeno, è che non vi fossero limiti a quel potere, a meno di gravi ed evidenti violazioni come i casi di corruzione.

Si potrebbe ipotizzare che la società sentisse da tempo l'ingiustizia di molte decisioni emanate sovente da soggetti che non erano tecnici del diritto di lunga formazione e tale può essere la ragione per la quale si è elaborato all'interno della scienza giuridica una responsabilità che ha, per sua natura, contorni indefiniti e fonda le proprie radici nel *bonum et aequum*, più che nella legge.

Resta da comprendere perché Gaio avesse accomunato una figura così eterogenea come il *iudex qui litem suam fecerit* con le altre figure *quasi ex maleficio teneri*, che avevano un riconoscimento pretorio.

Tutto ciò sarà più chiaro con la successiva analisi delle fonti.

4. *L'oscurità delle fonti papiracee ed epigrafiche nella delineazione dell'actio adversus iudicem qui neque diffidit neque sententiam dixit. L'assorbimento successivo nel litem suam facere.*

Occorre, orbene, proseguire la nostra indagine ponendo attenzione a due ulteriori testimonianze: una papiracea e una epigrafica. La locuzione *litem suam facere*, però, si rinviene solo nella prima delle due, anche questa volta come titolo di responsabilità per il giudice ed è attribuita al giurista Pomponio.

La *sententia* non ci è pervenuta attraverso fonte diretta di tale giurista, ma tramite un riferimento all'opinione del giurisperito, forse ad opera di Ulpiano nel dodicesimo libro del

suo commentario *ad edictum*, nell'ambito della trattazione del *quod falso tutore*²²⁸ o, forse, più probabilmente, tale *sententia* faceva parte di una miscellanea di opinioni di diversi giuristi²²⁹.

Il testo, contenuto nel *rectum* del papiro di Antinopoli 22, per la quantità delle abbreviazioni presenti e per la difficoltà nella comprensione data dall'esiguità dei vocaboli contenuti²³⁰, ha suscitato molteplici dibattiti, che si sono ampliati con il ritrovamento di frammenti della *lex municipii Flavii Irnitani* (c.d. *lex Irnitana*), nel 1981 ad El Saucejo, vicino Siviglia, attraverso sei tavolette di bronzo. Dalla lettura del *kaput* 91 della suddetta legge si denota come il contenuto della responsabilità del giudice sia simile, se non corrispondente a quello descritto nel *recto* del ritrovamento papiraceo.

4.1. *Il rectum del Papiro di Antinopoli 22.*

La nostra attenzione preliminare deve tendere alla fonte papiracea sopra menzionata:

Pap. Ant. 22 col. II *rectum*²³¹:

¹⁰ .. () *pup(ill.) si .e.. o[. . .] obsta-*
bit exc(eptio), aut restitutoriu(m)
iud(iciu)m dabitur. Q(uod) si sciens eu(m)
pupillum esse lit(igaverit)²³² s(ine) tutore a(uctore) repel<l>et(ur) iure
pr(aeto)rio. § Item Pomp(oni)us scribit, si fal-

²²⁸ L'opinione è data per certa da De Zulueta nell'edizione critica del papiro di Antinopoli a cura di C.H. ROBERTS, *The Antinoopolis Papyri* I, Londra, 1950, p. 48, sulla base del sesto titolo del ventisettesimo libro dei *Digesta* giustinianeï, titolato proprio: *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*. In tale sezione vi sono diverse *sententiae* di Ulpiano tratte proprio dal dodicesimo libro dell'*ad edictum* (D. 27.6.1; D. 27.6.3; D. 27.6.5; D. 27.6.7; D. 27.6.9), parti delle quali a loro volta riportano riferimenti ai libri 30 e 31 del commentario di Pomponio (D. 27.6.1.3-5; D. 27.6.7.3; D. 27.6.9.pr.). Anche LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit. (§ 43), p. 119 ss., riporta l'editto in questione sotto il libro 12 del commentario ulpiano, ma occorre precisare che in D. 27.6.11 è presente un'altra *sententia* tratta dall'*ad edictum* ulpiano sul *quod falso tutore*, ma che ha come riferimento nella rubrica il libro 35 e non il 12 del medesimo commentario. Non si può, pertanto, escludere totalmente una derivazione del testo dal libro 35 dell'*ad edictum* ulpiano.

²²⁹ Tale opinione è condivisa da SEIDL, *Juristische Papyruskunde*, cit., p. 343, che lo definisce un *florilegium*. La tesi sembrerebbe avallata dall'opinione di DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., p. 15, secondo il quale il passo di Pomponio non è genuino, ma una versione sunteggiata dalle scuole.

²³⁰ Cfr. ROBERTS, *The Antinoopolis Papyri* I, cit., p. 49 e T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Una revision de pap. Ant. 22 in Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d'Ors* I, Pamplona, 1987, p. 557 ss. (560).

²³¹ Le integrazioni sono quelle proposte dal ROBERTS, *The Antinoopolis Papyri* I, cit., p. 50, come suggerite da De Zulueta. L'unica integrazione che volutamente è stata tralasciata è quella relativa alla riga 15 *m(...)*, dal momento che, come vedremo, ha creato e continua a creare numerosi dibattiti tra gli studiosi.

²³² Lo stesso ROBERTS, *The Antinoopolis Papyri* I, cit., p. 50, è molto dubbioso sul termine *litigaverit*, dal momento che la lettura del papiro alla riga 13 presenta un segno *e* sopra la linea, come un'aggiunta, ma il segno sottostante non è abbastanza chiaro. L'autore presenta anche la possibilità che la parola sia *egerit*, ma ritiene più probabile *litigaverit*. Opposta è l'opinione di GIMÉNEZ-CANDELA, *Una revision*, cit., p. 562 ss., la quale preferisce il termine *egerit*, giustificando la *e* sopra la riga come un probabile errore del copista.

¹⁵ *so t(utore) a(uctore) m(...) fuerit diffis<s>us
dies, ed(ictum) q(ui)d(em) cessare, et indi-
cem, q(ui)a neq(ue) diffidit neq(ue)
s(ententi)am dixit, litem suam fe-
[cisse videri²³³].*

Tale testo appartiene ad una serie di papiri, perlopiù scritti in lingua greca, trovati nel 1913/14 a El-Shaikh Ebada, dov'era un tempo sita Antinopoli. Il numero 22, redatto nel quarto secolo, faceva parte di un codice pergamenaceo a due colonne, delle quali sono leggibili soltanto nove righe di una colonna del *versum* e altrettante di una del *rectum*. Su quest'ultime righe, com'è evidente, si approfondisce la nostra indagine, dal momento che, accogliendo le integrazioni proposte, vi è un riferimento al giudice nei termini: *iudicem [...]* *litem suam fecisse videri*.

Occorre precisare che in questa sede si è voluto riportare solo le aggiunte sulle quali vi è una buona concordanza di opinioni degli studiosi sul tema.

Con riferimento alle prime righe le opinioni che si sono susseguite sono state le più disparate; la lacunosità del testo, infatti, ha fatto scaturire diverse congetture.

Già l'Arangio-Ruiz²³⁴, riteneva plausibile un *non* avanti ad *obstabit* alla linea 10, dal momento che il testo avrebbe descritto il caso in cui la parte attrice si sarebbe trovata in errore circa l'età del *pupillus* e quindi avrebbe potuto ottenere una *restitutio in integrum* o, comunque, in caso di reiterazione dell'azione non gli si sarebbe dovuta opporre l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*²³⁵. Lo studioso, però, nutriva dubbi su *repelletur iure praetorio*, dal momento che l'ablativo utilizzato dovrebbe essere di privazione e sarebbe risultato più chiaro con un *a* prima dell'ablativo in questione.

Il Seidl²³⁶, invece, aveva ipotizzato una diversa ricostruzione della linea suddetta nei termini: “ <ei, qui rem litem deducit cum falso tutore> pup(illi), si [d]e[nu]o [ag(it)] obsta-bit...” e tali

²³³ L'integrazione di *videri* è di V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione* di C.H. ROBERTS (trad. e note), *The Antinoopolis Papyri I*, Londra, 1950 in *Iura* 2, 1951, p. 344 ss. (345). Lo studioso riteneva l'integrazione “pressoché inevitabile” ed è, oggi, unanimemente accolta.

²³⁴ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Recensione*, cit., p. 345.

²³⁵ Tale ipotesi è condivisa anche da E. METZGER, *A New Outline of the Roman Civil Trial*, Oxford, 1997, p. 132.

²³⁶ Cfr. SEIDL, *Juristische Papyruskunde*, cit., p. 344, secondo il quale, come chiarito in precedenza, ci troviamo in presenza di frammenti di diversi giuristi. Ad avviso dello studioso l'*exceptio* avrebbe dovuto premiare il *pupillus*, dal momento che la sua tutela era più debole di quella dell'attore.

aggiunte furono poi riprese da De Martino²³⁷, il quale, però, ravvisava, come Arangio-Ruiz l'assenza di un *non* prima di *obstabit*.

La Giménez-Candela²³⁸ ha poi proposto una nuova ricostruzione, essendo sicura che la linea 10²³⁹ inizi con *rit*: “[*si se defende-*]rit *pupi(illus) sine*²⁴⁰ [*s*]uo [*tutor*]e, *obsta-bit...*”. Accettando tali aggiunte si avrebbero due situazioni distinte, ossia nel caso in cui il *pupillus* sarebbe stato condannato, si sarebbe potuto giovare di una particolare *exceptio* (che l'autrice suggerisce essere peculiare dell'editto in questione²⁴¹) contro l'*actio indicati*, mentre nell'ipotesi di soccombenza dell'attore, quest'ultimo avrebbe potuto ripetere l'azione, chiedendo la *restitutio in integrum*.

Sebbene, come abbiamo visto, vi sono diverse ipotesi ricostruttive delle ll. 10-14 e anche tentativi di sintesi tra loro²⁴², ritengo che le carenze di testo non possano farci pervenire ad ipotesi conclusive e soddisfacenti. Fortunatamente, però, la nostra indagine sul *index qui litem suam facit* può prescindere, non senza difficoltà, da tale parte e sostanzziarsi sulla seconda sezione del testo, avendo come unico riferimento i vocaboli leggibili e, dunque, sicura della prima parte, nonostante i dubbi sul termine *repelletur*²⁴³.

Il riferimento, infatti, al *ius praetorium* e all'*actor sciens* che aveva condotto in giudizio un *pupillus sine tutore auctore* sono elementi che sembrerebbero poter fugare ogni dubbio sull'estraneità della portata dell'edicto *quod falso tutore*.

Procedendo nell'analisi non possiamo, però, restituire il senso alle ll. 14-19, se non si scioglie preventivamente il nodo derivante dall'abbreviazione di quella *m(...)* alla linea 15.

Roberts nella già citata edizione critica del Papiro di Antinopoli, sotto suggerimento di De Zulueta propone la soluzione *male*, anche se è lo stesso curatore a porsi il dubbio, poiché non aveva trovato altri testi nel quale *m* potesse essere abbreviato con *male*, ma soltanto con *malo* o *mali*, quando vi era esplicitato, però, un riferimento al dolo²⁴⁴.

²³⁷ Cfr. DE MARTINO, 'Litem suam facere', cit., p. 16.

²³⁸ Cfr. GIMÉNEZ-CANDELA, *Una revision*, p. 562.

²³⁹ Secondo la numerazione del ROBERTS, *The Antinoopolis Papyri I*, cit., p. 50.

²⁴⁰ Sulla *n* come *sine* la stessa autrice ha dei dubbi, cfr. GIMÉNEZ-CANDELA, *Una revision*, cit., p. 560.

²⁴¹ Cfr. GIMÉNEZ-CANDELA, *Una revision*, cit., p. 568.

²⁴² Cfr. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 223 ss., secondo l'osservazione di D. MANTOVANI, *La 'diei diffissio' nella 'Lex Irnitana'*. Contributo all'interpretazione e alla critica testuale del cap. LXXXXXI in *Studi in onore di Mario Talamasca V*, Napoli, 2001, p. 213 ss. (254 ss., n. 113) che la preclusione si poteva produrre nel processo romano *ope exceptionis* o *ipso iure*.

²⁴³ Il vocabolo in realtà si presentava come *repilit* o forse addirittura *pepilit*. Cfr. ROBERTS, *The Antinoopolis Papyri I*, p. 50.

²⁴⁴ "I can find no instance in the legal writers for *m* = male, although *m* for malo or mali when coupled with dolo (doli) is found." ROBERTS, *The Antinoopolis Papyri I*, cit., p. 51.

Dalla ricostruzione di *m* per *male*, si sono susseguite diverse congetture degli studiosi: Arangio-Ruiz²⁴⁵ ha supposto che l'avverbio si riferisse non già al difetto di costituzione del convenuto, ma ad una malattia che avrebbe potuto affliggere una delle parti, causa che era contenuta nella *Lex* delle XII Tavole come ipotesi di *diei diffissio*²⁴⁶.

D'Ors²⁴⁷ e MacCormack²⁴⁸, invece, hanno interpretato *male* nel senso che la *diffissio* fosse nulla per l'intervento di un *falsus tutor* e, dal momento che non era stata nemmeno emanata la *sententia*, il *iudex* avrebbe risposto per *litem suam facere*.

De Martino²⁴⁹, invece, dubitava del testo, in quanto non comprendeva la proposizione introdotta dal *quia* all'interno della frase, ossia se il giudice rispondesse per *male diffindere* ovvero per non aver pronunciato la sentenza.

E' stata formulata poi, ad opera della Giménez-Candela, una nuova e diversa ricostruzione di *m(...)* come *minus*, che acquisirebbe il significato di negazione: *minus fuerit diffissus dies*.

Si sarebbe prevista, dunque, una condotta inadempiente del giudice nell'effettuare il rinvio della sentenza entro i termini e, contemporaneamente, dal momento che non era avvenuto il giudizio, il giudice avrebbe risposto per *litem suam facere*; per corroborare la propria tesi, la studiosa riporta, poi, una serie di testi di Ulpiano ove *si minus* assume il significato di "se non"²⁵⁰.

La soluzione di *m = minus* ha avuto la quasi totalità dei sostenitori che si sono occupati del tema dopo la formulazione di tale teoria²⁵¹, ad eccezione di Metzger, il quale ha suggerito *m = minime*²⁵², che tuttavia conserva il medesimo significato dell'opinione della Giménez-Candela.

Tale scioglimento, anche tra i sostenitori ha avuto qualche perplessità e osservazioni dubbiose²⁵³ e, per diversi motivi, non sembrerebbe apparire del tutto convincente.

Mi sembra doveroso osservare che, secondo quest'impostazione, sarebbe assolutamente ininfluente la specificazione *falso tutore auctore*, come causa della non avvenuta *diffissio*, dal

²⁴⁵ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Recensione*, cit., p. 346.

²⁴⁶ Come vedremo in *XII Tab.* 2.2.

²⁴⁷ Cfr. D'ORS, *Litem suam facere*, cit., p. 374.

²⁴⁸ Cfr. MAC CORMACK, *The Liability*, cit., p. 18 ss.

²⁴⁹ Cfr. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., p. 16 ss.

²⁵⁰ Cfr. GIMÉNEZ-CANDELA, *Una revision*, cit., p. 572, n. 74; IDEM, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 145, n. 188.

²⁵¹ Cfr. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., p. 230 ss.; BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., p. 165; SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 235 ss.; GIUSTO, *Per una storia*, cit., p. 460 ss.; MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 33 ss.; VENTURINI, *La responsabilità*, p. 465.; Non prende posizione invece FUENTESECA, *El enigmático significado*, cit., p. 29 ss.

²⁵² Cfr. METZGER, *Remedy*, cit., p. 189, n. 35.

²⁵³ Cfr. METZGER, *A New Outline*, cit., p. 136 ss., che valuta insolito questo utilizzo di *si minus* in assenza di una precedenza frase condizionale positiva e MANTOVANI, *La 'diei diffissio'*, cit., p. 256, n. 115, il quale pur definendo "intelligente" la soluzione proposta condivide però il dubbio di Metzger, aggiungendo che *minus* è una negazione meno preteritoria di *non* che, invece, sarebbe opportuno in tale costruzione.

momento che in qualsiasi procedimento in cui il *iudex* non emetteva la sentenza e non applicava lo spostamento del *dies* incorreva nella responsabilità di aver procurato la *mors litis*, a meno che, come si è sostenuto²⁵⁴, il *iudex* avrebbe dovuto effettuare la *diffissio* già nel momento in cui venivano a costituirsi le parti e, dunque, permettere la regolare costituzione del *reus*, ossia il vero *tutor* del pupillo.

Secondo Mattioli²⁵⁵, infatti, tra la prescrizione edittale *quod falso tutore* e il *litem suam facere* per il *iudex* sarebbe prevalso sicuramente il secondo sul primo, dal momento che l'eventuale sentenza emanata dal giudice sarebbe stata viziata per l'irregolare costituzione del *reus* e, dunque, la mancata *diffissio* veniva equiparata al non emettere sentenza, procurando la *mors litis* e, di conseguenza, il venire meno della pretesa dell'attore.

Quest'ipotesi, oltre a ricavare dalla fonte molto più di quello che letteralmente contiene, mi sembra che non sia suffragata da alcun'altra testimonianza che possa confermare l'obbligo di *diffissio* per il *iudex* in questa casistica.

Vero è che per quanto poco conosciamo dell'argomento non ci si può esimere da congetture per cercare di restituire senso al tutto, ma ritengo che, al più, l'eventuale costituzione regolare o meno delle parti sarebbe dovuto esser compito del *praetor* nella fase *in iure* e una volta avvenuta la *litis contestatio*, non apparrebbe necessario, come sostiene la studiosa²⁵⁶, per il *iudex* dover verificare nuovamente la costituzione delle parti, in assenza, almeno, di un'eccezione di una delle due nei confronti dell'altra.

Proporrei, pertanto, una diversa soluzione, ossia lo scioglimento di quella *m(...)* in *minori*, dal momento che in questo modo l'abbreviazione TAM si sostanzierebbe, dunque, in *tutore auctore minori* e troverebbe quindi compiutezza in una sigla specifica che giustificerebbe le tre lettere poste in progressione una di seguito all'altra.

La formula *tutor auctor minori* trova conferme in Paolo²⁵⁷, anche se con riferimento ai minori di venticinque anni e nello stesso Ulpiano che si riferisce proprio al *tutor auctor* del minore di dodici o quattordici anni, ossia il *pupillus*²⁵⁸. Vi sono, tuttavia, anche altre *sententiae*

²⁵⁴ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit. p. 36 ss.

²⁵⁵ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, p. 37 ss.

²⁵⁶ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, p. 36, n. 46.

²⁵⁷ D. 4.4.34.1 (Pau., *sententiae*, 1): *Minores si in iudicem compromiserunt et tutore auctore stipulati sunt, integri restitutionem adversus talem obligationem iure desiderant.*

²⁵⁸ D. 27.6.11.pr. (Ulp., *ad edictum*, 35): *Falsus tutor, qui in contrabendo auctor minori duodecim vel quattuordecim annis fuerit, tenebitur in factum actione propter dolum malum.* Cfr. per approfondimenti sul passo A. SPINA, *I volti della fides e la tutela impuberum. Dal tutor suspectus al falsus tutor*, Roma, 2018, p. 191 e ivi n. 62.

ove si rinviene la medesima perifrasi senza il vocabolo *auctor*, relative sempre al tutore degli impuberi: sempre in Ulpiano²⁵⁹ e in Cervidio Scevola, che si riferisce ad un *tutor quasi minori*²⁶⁰.

Se si restituisse questo significato all'abbreviazione TAM, la frase acquisirebbe tal senso compiuto: “Allo stesso modo scrive Pomponio che non deve applicarsi, chiaramente, tale editto se si effettuerà la *diffissio* del giorno per una causa ascrivibile al falso tutore che ha prestato garanzia al minore (di dodici o quattordici anni) e che il giudice, dal momento che né ha effettuato la *diffissio*, né ha emanato sentenza, avrà fatto sua la lite...”.

Si evincerebbe una contrapposizione tra le due proposizioni (*si [...] fuerit diffissus dies/ quia neque diffidit neque sententiam dixit*), ma non bisogna valutare il periodo come compiuto, dal momento che vi è una sezione di testo mancante alla fine del foglio e verosimilmente la frase sarebbe continuata con la spiegazione del perché non si può parlare di *diffissio* in questo caso. La proposizione introdotta da *quia* non sarebbe, dunque, nient'altro che il titolo di responsabilità del *iudex*.

Semplificando tale posizione: nel caso in cui il *iudex* avesse effettuato una *diffissio* per una causa non ascrivibile né al *iudex*, né al *reus*, vi dovrebbe essere un'illegittimità della stessa *diffissio*, la quale si sarebbe considerata come non posta, sulla base del principio previsto in Tab. 2.2 e nel caso si tratti di un *falsus tutor, de facto* non potrebbe essere considerato *reus*²⁶¹. Si specificherà, però, nel prosieguo della trattazione, come le XII Tavole non fossero l'unica o principale fonte di produzione con riferimento alle *diffisiones*, almeno nel periodo storico in cui opera Pomponio.

Ciò che a noi, in definitiva interessa, è che il *iudex qui neque diffidit neque sententiam dixit*, secondo Pomponio, sarebbe incorso in questo caso nella responsabilità per *litem suam facere*.

Tutto ci apparirà auspicabilmente più chiaro dopo aver analizzato il *kaput* 91 della *lex Irnitana*.

4.2. Il *kaput* 91 della *lex Irnitana*: un fondamentale ritrovamento per la nostra indagine.

²⁵⁹ D. 4.4.7.8 (Ulp., *ad edictum*, 11): *...et districte probandum est in rebus, quae fortuitis casibus subiectae sunt, non esse minori adversus emptorem succurrendum, nisi aut sordes aut evidens gratia tutorum sive curatorum doceatur.* e D. 26.7.25 (Ulp., *ad edictum*, 13): *Si minoris actum fuerit cum tutoribus adsistentibus curatoribus et pupillus ob hoc egerit cum curatoribus et ei sint condemnati in id quod sua intereat minoris tutores culpa eorum condemnatos non esse: an restitutio adversus tutores cesset? et Papinianus responso rum libro secundo ait nibilo minus posse restitui et idcirco curatores, si nondum iudicatum fecerunt, posse provocantes per exceptionem doli consequi, ut eis mandentur adversus tutores actiones. quid tamen si iam fecerunt iudicatum curatores? proderit hoc tutoribus, quoniam nihil minori abest, qui de praeda magis quam de damno sollicitus est, nisi forte mandare actiones paratus sit curatoribus.*

²⁶⁰ D. 26.5.26 (Scev., *responsa*, 2): *Seiae egressae annos duodecim decreto praetoris ex inquisizione datus est tutor quasi minori: quaero an excusare se deberet...*

²⁶¹ Il senso del periodo sarebbe lo stesso di D'ORS, '*Litem suam facere*', cit., p. 374 e di MAC CORMACK, *The Liability*, cit., p. 18 ss, che avevano sciolto *m in male*.

Come già in precedenza accennato il recente ritrovamento, nel 1981, della *lex Irnitana* è stato foriero di nuovo interesse per l'argomento del *iudex qui litem suam fecerit*.

Il perché sarà chiaro dalla lettura del suddetto *kaput* 91²⁶²:

Tabula XA:

R(ubrica). *Quo iure intertium denuntietur, dies diffindatur diffi-
<s>susve sit, res iudicetur, lis iudici{i} damni sit, res in iudi-
cio esse destinat.*

⁴⁵ *Quacumque de re privata iudices arbitri in eo municipio da-
ti subditi addictivae h(ac) l(ege) erunt, is iudicibus arbitris<ve> et is,
quos inter ii iudices arbitrive dati subditi addictivae
h(ac) l(ege) erunt, de ea re intertium adversario iudici arbitro-
ve in biduo proximo denuntiandi, diem diffindi, dies*

⁵⁰ *diffis[sos] iurandi, antequam indicent, indicandi litem ae-
stumandi, per quos dies et ubi ex h(ac) l(ege) licebit oportebit, et si
neque dies diffi<s>sus 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 XII*

Tabula XB:

*senatusve consultis [[ad it kaput]] ad it kaput legis pertine-
ntibus conpr<e>hensum est, iudicatum non sit, uti res in iudi-
cio non sit, siremps lex {r} i(us) [c](ausa)que esto adque{m} uti esset si eam rem
in urbe Roma praetor p(opuli) R(omani) inter cives Romanos iudicari iussisset*

⁵ *et de [e](a) r(e) ex <quacumque> lege rogatione{m} quocumque plebis scito iudicia pri-
vata in urbe Roma fient, agi, fieri, denuntiari, diem diffin{den}
di, diem diffis<s>sum esse, iudicari, litem iudici damni esse, rem in
iudicio non esse oporteret, praeter quam quod per alios dies
et alio loco h(ac) l(ege) denuntiari, rem iudicari, diem diffindi opor-
¹⁰ *tibit. Itaque iis omnibus, de ea re et in eos dies in quos ex h(ac) l(ege) lice-**

²⁶² Le linee sono presentate con l'ordine e gli stacchi delle *tabulae*, seguendo quanto riportato in MANTOVANI, *La 'diei diffissio'*, cit., p. 216 ss.

bit, denuntiandi intra it municipium et mille passus ab eo municipio, aut ubi pacti erunt, diem diffi<n>dendi, indicandi in foro eius municipi aut ubi pacti erunt, dum intra fines eius municipi, utique ex [[b]]isdem causis dies diffinda{n}tur, diffi<s>sus sit,

¹⁵ utique, si neque diffi[s]sum e lege neque indicatum sit per quos dies quoque loco ex h(ac) lege indicari licebit oportebit, iudici arbitro<ve> lis damni sit, utique, si intra it tempus qu[o]d supra compr<e>hensum est indicatum non sit, res in iudicio non sit, <siremps lex> ius <causaque> esto

<atque> uti si <praetor p(opuli) R(omani) inter> cives Romanos <iudicari> inussisse<t> ibique d(e) e(a) r(e) iudicium fieri oporteret ex {lege rogatione plebisve scitis} quacumque lege rogatione quocumque

²⁰ plebis scito iudicia <privata> in urbe Roma fieri oportebit, praeter quam quod per alios dies et alio loco ex hac lege denuntiari, remque indicari, diemque diffindit oportebit. Quaeque [i]ta acta erunt ea iusta rataque sunt.

Come ha osservato Mantovani²⁶³ tale capitolo è paradigmatico per comprendere lo stile legislativo del I secolo d.C. Tale *lex* era stata, infatti, emanata nel 91 dall'imperatore Domiziano per l'amministrazione della giustizia nel municipio di Irni.

Si può notare come vi siano molte ripetizioni ed uno stile quasi martellante nella riproporre i medesimi concetti; i periodi, poi, sono molto lunghi (il primo inizia nella *Tabula XA* alla l. 45 e si conclude alla *Tabula XB* alla l. 10, mentre il secondo è compreso tra le ll. 10 e 24 dell'*Tabula XB*).

Per la complessità del testo, copiose sono state le pubblicazioni scientifiche specifiche su tale *lex*²⁶⁴ alle quali si rinvia per gli approfondimenti che non interessano ai fini della nostra indagine.

²⁶³ Cfr. MANTOVANI, *La 'diei diffissio'*, cit., p. 218.

²⁶⁴ Per la copia anastatica ed edizione ragionata dell'epigrafe cfr. F. FERNÁNDEZ – M. DEL AMO Y DE LA HERA, *La 'Lex Irnitana' y su contexto arqueológico*, Siviglia, 1990. Per l'edizione critica cfr. J. GONZÁLEZ, *The 'Lex Irnitana': A New Copy of the Flavian Municipal Law* in *JRS* 76, 1986, p. 147 ss., con traduzione in inglese p. 182 ss. (per il ch. 91: p. 197 ss.). Su tale versione si sono basati A. CHASTAGNOL – P. LE ROUX – J. LEGLAY, *'Lex Irnitana'* in *AE*, 1986, p. 88 ss. e F. LAMBERTI, *'Tabulae Irnitanae'. Municipalità e 'ius romanorum'*, Napoli, 1993, p. 362 ss., con versione in francese e in italiano. Cfr. poi le pubblicazioni di A. D'ORS, *'La nueva copia Irnitana de la Lex Flavia Municipalis'* in *AHDE* 52, 1983, p. 5 ss.; IDEM, *La ley Flavia Municipal (traducción española)* in *AHDE* 54, 1984, p. 535 ss.; IDEM, *La 'lex Flavia' municipal. Texto y comentario*, Roma, 1986; J.L. MOURGUES, *The so-called letter of Domitian at the end of the lex Irnitana* in *JRS* 77, 1987, p. 78 ss.; H. GALSTERER, *'La loi municipale des Romains: chimère ou réalité?'* in *RHDFE* 65-2, 1987, p. 181 ss.; A. D'ORS – X. D'ORS, *Lex Irnitana. Texto bilingüe in Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano I*, Santiago de Compostela, 1988, p. 1 ss.; G. LURASCHI, *Sulla 'Lex*

Ciò che a noi interessa è proprio la corrispondenza di quel titolo di responsabilità *neque diffindere neque sententiam dicere*, per il quale si prevede normativamente *lis iudici arbitrove damni sit*, che ricorda il senso del *litem suam facere*.

Al fine di comprendere al meglio i meccanismi, le ragioni e le applicazioni di tale inciso, sarà opportuno procedere con due brevi *excursus*: il primo sull'amministrazione della giustizia nel *municipium irnitano* e lo *status civitatis* dei relativi cittadini, al fine di inquadrare al meglio il procedimento al quale erano sottoposti ai tempi dell'emanazione di tale *lex* e il secondo sull'*intertium dare*, nominato nella *Rubrica* e nel testo del *kaput* come precedente logico di tale peculiare responsabilità del *index*.

4.2.1. *L'amministrazione della giustizia a Irni: lo status civitatis degli irnitani e le conseguenze sui giudizi in tale municipio.*

A proposito di tale sezione della *lex*, De Martino aveva già commentato: "... la piena equiparazione ai giudizi che si svolgono a Roma *inter cives* è sospetta, perfino se si ammette che questo ignoto *municipium Irnitarum* avesse la cittadinanza romana"²⁶⁵.

Il problema della cittadinanza, infatti, non è un elemento da tenere in scarsa considerazione dal momento che la *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a.C. introdusse una distinzione tra *iudicia legitima* e *iudicia imperio continentia*²⁶⁶, di cui come è noto, gli elementi discretivi erano tre:

- il luogo ove si svolgeva il processo;
- la cittadinanza delle parti;
- la cittadinanza del *index*.

Irnitana" in *SDHI* 55, 1989, p. 349 ss.; W. SIMSHÄUSER, *La jurisdiction municipale à la lumière de la lex Irnitana* in *RHD* 67, 1989, p. 629 ss.; J.G. WOLF, *Iurisdictio Irnitana* in *SDHI* 66, 2000, p. 29 ss.; R. MENTXACA, *El senado municipal en la Bética hispana a la luz de la Lex Irnitana*, Vitoria-Gasteiz, 1993; F. LAMBERTI, *La maggiore età della 'lex Irnitana'. Un bilancio di diciotto anni di studi* in *Minima Epigraphica et Papirologica* 3, 2000, p. 249 ss.; MANTOVANI, *La 'diei diffissio'*, cit.; Á. GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, *Lex Irnitana cap. 91: lis iudici damni sit* in *SDHI* 72, 2006, p. 465 ss.

²⁶⁵ DE MARTINO, *'Litem suam facere'*, cit., p. 20.

²⁶⁶ Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 304 ss. Più di recente cfr. I. FARGNOLI, *'Si eam rem in urbe Roma ... indicari iussisset'. Sulla 'legittimità' dei giudizi nella lex Irnitana* in *Iura* 50, 2012, p. 246 ss.; IDEM, *Il magistrato in prima linea. I 'iudicia imperio continentia'* in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese III*, 2015, Padova, p. 141 ss.

Perché si potesse qualificare un *iudicium* come *legitimum* il processo doveva avvenire a Roma, ovvero entro un miglio dall'*Urbs* ed entrambi i litiganti e il *iudex unus* dovevano essere cittadini romani²⁶⁷.

Gli *iudicia imperio continentia* erano, invece, i giudizi ad opera dei *recuperatores* o di un *iudex*, che però non rispondevano ad uno o più dei tre criteri appena menzionati; essi al contrario dei *iudicia legitima* si fondavano sull'*imperio* del magistrato e, per tale motivo avevano vigenza fino a quando vigeva la carica magistratuale che li aveva concessi²⁶⁸ e non erano soggetti al tempo di 18 mesi pena la *mors litis*, bensì all'anno di carica del magistrato giudicante, anche se, come vedremo, tale ultimo limite era facilmente aggirabile.

Gaio, però, precisa che le *actiones* che derivano da una *lex*, ovvero quelle che instaurano la propria effettività sul potere del *praetor*, non avevano rilevanza sulla natura di tali *iudicia*, che potevano sorgere come *actiones in ius aut in factum conceptae*, ma per essere qualificate come *iudicia legitima* dovevano integrare i tre requisiti sopra elencati²⁶⁹.

La ragione di questa differenziazione è ipotizzabile nella maggior certezza che i tre requisiti fornivano alla decisione del giudizio, dal momento che, essendo le parti due cittadini romani, si applicava ad essi il *ius civile* e non il *ius gentium*, essendo il luogo della decisione a Roma o nei pressi di essa vi poteva essere un controllo maggiore sui *iudices* ed essendo il giudice scelto tra i cittadini romani egli avrebbe verosimilmente conosciuto meglio il *ius civile*.

A tale maggior sicurezza e certezza del diritto, inteso come il diritto del *populus Romanus*, si sarebbero collegati gli effetti di tale *ius*, ossia lo *ius civile*.

Si deve, pertanto, indagare quale sia stato lo *status civitatis* degli Irnitani al momento dell'emanazione della legge.

²⁶⁷ Gai. 4.103-104: *Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur. Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarum inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque e lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori. Fr. Aug. 4.99: Legitima iudicia anno et sex mensibus ex lege Iulia finiuntur; denique nisi intra annum et sex menses fuerit legitimum iudicium pronuntiatum, expirat. Imperiale iudicium ... anno et sex mensibus et ... imperiale autem dicitur, quia imperio eius continetur, a quo accipitur, puta praetoris vel praesidis provinciae.*

²⁶⁸ Gai. 4.105: *Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarum tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. Ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit. Fr. Aug. 4.100: Ergo imperiale tamdiu viget iudicium, quamdiu praetor vel praeses ... si ille ab ... qui incepit desinet ... imperio continentia iudicia, quia imperio praetoris vel praesides continentur. Nam tamdiu iudex potestatem habet iudicandi, quamdiu ille in imperio est, hoc est in magistratu. Si vero cessaverit potestas, et iudex desinit.*

²⁶⁹ Gai. 4.109: *Ceterum potest ex lege quidem esse iudicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse. Nam si verbi gratia ex lege Aquilia vel Ollinia vel Furia in provinciis agatur, imperio continebitur iudicium; idemque iuris est et si Romae apud recuperatores agamus, vel apud unum iudicem interveniente peregrini persona; et ex diverso si ex ea causa, ex qua nobis edicto praetoris datur actio, Romae sub uno iudice inter omnes cives Romanos accipiat iudicium, legitimum est.*

Per rispondere a tale quesito è necessario visualizzare la c.d. *epistula Domitiana*, incisa appena dopo la *sanctio* nelle *tabulae Irnitanae*, che richiama il diritto dei *conubia comprehensa lege Latii*:

CONUBIA COMPREHENSQA QUAE DAM LE GE LATI SCIO ET
 POSTEA ALIQUA SIC U(I)T SOL LICITUDO VESTRA INDI-
 CAT PARUM CONSIDERATE COISSE QUIBUS IN PRAE-
 TERITUM VENIAM DO IN FUTURUM EXIGO ME
 MINERITIS LEGIS CUM IAM OMNES INDUTGEN-
 TIAE PARTES CONSUMATAE SINT
 LITTERAE DATAE IIII IDUS APRILES CERCEIS RECI-
 TATA V IDUS DOMITIANAS
 ANNO M ACILI GLABRIONIS ET M ULPI TRAIANI COS²⁷⁰.

Nonostante le diverse letture, soprattutto della parte iniziale²⁷¹ del testo, l'esame della fotografia come riportato da Fernandez²⁷² sembrerebbe confermare la parola *LATI*.

Si evincerebbe, pertanto, una sorta di *lex*, probabilmente di età Flavia, che concedeva lo *ius Latii* ai cittadini della Spagna²⁷³, ma che vi erano stati dei matrimoni contrari allo *ius* previsto per tale *status*.

Non è agevole comprendere la portata e la modalità di tali violazioni e non è questa la sede nella quale è necessario trattarne, ma si può evincere da tale *epistula* come gli abitanti di Irni dovessero seguire lo statuto previsto per i latini²⁷⁴ e che, tuttavia, spesso non lo rispettassero.

Problemi, in tal senso, sorgono proprio nella lettura del *kaput* 91 della *lex Irnitana*, dal momento che viene esplicitamente previsto che *si intra it tempus quod legis Iuliae [...] kapite XII [...] comprehensum est, iudicatum non sit, uti res in iudicio non sit, siremps lex ius causaque esto adque uti esset si eam rem in urbe Roma praetor populi Romani inter cives Romanos iudicari iussisset et de ea re ex*

²⁷⁰ Tale è la riproduzione che ne fa FERNANDEZ, *La lex Irnitana*, cit., p. 107, per come è stata riportata anche da G. MANCINI, *Cives Romani municipales Latini*, Milano, 1997, p. 40.

²⁷¹ Cfr. GONZÁLEZ, *The lex Irnitana*, cit., p. 199: *Conubia comprehensa quaedam lege late scio...* oppure MOURGUES, *The so-called letter*, cit., p. 79 e LAMBERTI, *Tabulae*, cit., p. 372: *Conubia comprehensa quaedam lege lat*a* scio....*

²⁷² Cfr. FERNANDEZ, *La lex Irnitana*, cit., p. 106. Di uguale avviso è MANCINI, *Cives Romani*, cit., p. 40, n. 71.

²⁷³ Cfr. MANCINI, *Cives Romani*, p. 41 ss.

²⁷⁴ Cfr. per un approfondimento sul punto J. GONZÁLEZ, *El ius latii y la lex Irnitana* in *Athenaeum* 75, 1987, p. 317 ss.

quacumque lege rogatione quocumque plebis scito iudicia privata in urbe Roma fient, ossia si seguivano le norme che valevano per i *iudicia legitima*.

Il *kaput* 86 della medesima *lex*, però, che prevedeva le modalità della scelta e della redazione della lista dei giudici, non menziona il requisito necessario della cittadinanza romana e, infatti, le parole della legge hanno tutta la struttura di quella che appare una *factio*.

C'era dunque la volontà da parte del *princeps* di espandere le modalità e probabilmente gli effetti dei *iudicia legitima* oltre i confini di Roma, verosimilmente per creare un diritto comune in tutto l'impero per motivi di certezza nei giudizi, ma ciò avveniva senza un riconoscimento della cittadinanza, che restava latina.

Eppure l'amministrazione della giustizia era affidata ai *duoviri*²⁷⁵ che avevano il compito anche di recezione delle *leges municipales* limitatamente agli aspetti che riguardavano, come detto, il buon funzionamento della macchina processuale: erano loro, orbene, che dovevano vigilare sui *iudices*.

Nonostante, dunque, il dettato della norma, i processi, almeno con riferimento alle modalità e alla responsabilità erano più simili agli *iudicia imperio continentia* che ai *legitima*, in quanto si fondavano precipuamente sul controllo e sulla *bona fides* di questi magistrati.

I giudizi, dunque, cadevano dopo 18 mesi solo se non vi era la *coniventia* dei *duoviri* nuovi, che avrebbero potuto concedere una *restitutio in integrum* per la pretesa attoriale disattesa, ovvero, qualora il *iudex* non avesse effettuato la *diffissio* né emesso la sentenza nei termini, avrebbero potuto consentire all'attore un'azione contro di lui, senza che la *lex* prevedesse modalità né pena; tali elementi quindi venivano decisi dagli stessi magistrati caso per caso.

Siamo anche qui in presenza di un'azione modellata come se fosse *in factum*, dal momento che il giudizio sarà rimesso al *bonum et aequum*, secondo la valutazione del nuovo giudice.

I *duoviri* avrebbero, dunque, dovuto svolgere nel processo formulare le funzioni corrispettive del *praetor* nella fase *in iure*.

Se si analizza la portata di tale norma, però, in relazione alla lettura della *epistula* si nota come il controllo dei *duoviri* non fosse poi così stringente al punto che anche l'imperatore era venuto a conoscenza di irregolarità e, seppure minacci in quel momento che non sarebbero più state tollerate (anche se limitatamente ai *conubia*), in ogni caso concede la *venia* per il passato, dimostrando comunque apertura nei confronti della trasgressione.

²⁷⁵ Cfr. LAMBERTI, *Tabulae*, cit., p. 51 ss. Per un approfondimento sulla carriera di tale magistratura cfr. A. TORRENT, *Los Duoviri en la lex Irnitana*. III. *El cursus honorum. Desde la lex Irnitana al Bajo Imperio* in *IURA* 65, 2017, p. 199 ss.

Tale indulgenza era, infatti, necessaria poiché era irragionevole ipotizzare che in un'epoca così arcaica vi fossero meccanismi così evoluti da impedire che forme di diritto locale venissero perseguite nei *municipia* con un controllo così pungente da evitare qualsiasi trasgressione del diritto di Roma.

Se l'interesse, inoltre, era quello di uniformare i giudizi e, dunque, soprattutto i tempi dei processi²⁷⁶, il *princeps* non poteva di certo pretendere che *cives Latini* seguissero norme di *ius civile* disattese, come vedremo, persino dai *cives Romani*.

4.2.2. L'*intertium* come precedente logico della scelta tra *diffissio* e *sententiam dicere*.

L'*intertium dare* è argomento, addirittura, di tre *rubricae* di tre diversi *kaput*: 90, 91 e 92 della *lex Irnitana*²⁷⁷ e tale particolare attenzione in tale prescrizione ha suscitato la curiosità di diversi studiosi²⁷⁸.

Ciò che a noi interessa, tuttavia, è il rapporto tra l'*intertium* e la *diffissio*, al fine di comprendere al meglio l'atteggiamento del *iudex qui neque diffidit neque sententiam dixit*.

Va chiarito che il termine *intertium* può essere espresso anche con *comperendinatio* e, ciò è comprovato dalle fonti a nostra disposizione²⁷⁹ e Gellio, infatti, nel già più volte citato passo di *Noctes Atticae* 14.2 tra le figure processuali che un giudice deve conoscere nomina *diffissio* e *comperendinatio*²⁸⁰.

Sia *tertium dies*, che *perendinus dies* si riferiscono, infatti, ad un periodo temporale riferibile al giorno successivo al domani e, dunque, racchiudono il medesimo significato.

Sulla base del *kaput* 90 i *duoviri* erano tenuti a concedere l'*intertium* (dunque a Roma era compito del *praetor*) e pubblicare la notizia nel luogo ove amministravano la giustizia per la

²⁷⁶ Sui tempi dei processi prima e dopo l'emanazione della *lex Iulia* cfr. F. BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Torino, 2003, p. 45 ss.

²⁷⁷ *Kaput* 90: *de intertium dando*, *kaput* 91: *quo iure intertium denuntietur* [...], *kaput* 92: *quibus diebus res ne iudicentur et in quos intertium ne detur*.

²⁷⁸ Cfr. in particolare SIMSHÄUSER, *La jurisdiction*, cit., p. 629 ss.; GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 12 ss.; G. ZANON, "De intertium dando" in *SDHI* 58, 1992, p. 309 ss.; LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae*, cit., p. 85 ss.; R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio I. El edicto por desacato al decreto del magistrado municipal*, Santiago de Compostela, 1992, p. 70 ss.; METZGER, *A New Outline*, cit., p. 77 ss.; J.G. WOLF, «*Intertium*» und kein Ende in *BIDR* 100, 1997, p. 1 ss.; BERTOLDI, *La lex Iulia*, cit., p. 208 e ss.

²⁷⁹ Cicerone nell'orazione *Pro Murena* si chiede come mai i giuristi ancora non si siano messi d'accordo su quale termine dovesse essere utilizzato. Cicerone, *Pro Murena*, 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 'perendinus'...* Tuttavia tale assunto è messo in discussione da METZGER, *A New Outline*, cit., p. 77, n. 2, il quale ritiene che l'*intertium* venisse operato prima della *litis contestatio*, mentre la *comperendinatio* avveniva *post litem contestata*.

²⁸⁰ Gellio, *Noctes Atticae* 14.2.1: *...Atque in dierum quidem diffissionibus comperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia...*

gran parte della giornata in cui veniva concesso l'*intertium*²⁸¹, dopo che le parti e il *iudex* si fossero accordate per fissare l'inizio della fase *apud iudicem*.

L'obbligo di pubblicità serviva a rendere noto alle parti e ai cittadini il giorno dell'udienza, in modo che avrebbero saputo che nel secondo giorno successivo sarebbero potuti essere testimoni di quell'udienza²⁸². La stessa *lex Irnitana* rende noto, poi, che la mancata concessione dolosa dell'*intertium* o della pubblicazione dello stesso avrebbe comportato per i magistrati un'*actio popularis* di 1000 sesterzi per ogni giorno di ritardo²⁸³.

Dalla lettura dei *kapita* 91²⁸⁴ e 92²⁸⁵ si evince, invece, che il soggetto interessato allo svolgimento del processo, verosimilmente l'attore, aveva il diritto-dovere di notificare al giudice e controparte la concessione dell'*intertium* nei due giorni successivi al decreto.

L'*intertium* poteva essere concesso dal magistrato, dopo la fase *in iure*, in qualsiasi giorno ove si potevano svolgere le udienze, ma si chiamava così dal momento che scadeva al terzo giorno, ossia dopo due giorni dalla pubblicazione se non notificato a tutte le parti e al *iudex*.

L'*intertium sive comperendinatio*, però, non poteva essere concesso, né pubblicato nel giorno di una festa, soprattutto le *feriae* per la venerazione della *domus Augusta* e in tali giorni non potevano essere effettuate notifiche alla controparte e/o al giudice, né celebrato il processo o qualsiasi attività giurisdizionale a meno che le parti e l'organo giurisdicente non fossero concordi, ma in ogni caso era per loro precluso svolgere la procedura nei giorni che la *lex* riteneva necessario fossero festivi²⁸⁶.

Dal tenore della norma si desumerebbe che la fissazione dell'udienza per l'inizio della fase *apud iudicem* avveniva con un accordo a tre: le parti e il giudice, ma non erano stabiliti nella legge limiti temporali entro i quali concludere l'accordo privato sulla fissazione del dibattito²⁸⁷.

Possiamo, dunque, avanzare due ipotesi di come avvenisse la fissazione dell'*intertium*: la prima è che *actor*, *reus* e *iudex* si recassero dal magistrato due giorni prima della data concordata e a quel punto veniva concesso l'*intertium* e la seconda è che i tre comunicassero

²⁸¹ Cfr. DE MARTINO, '*Litem suam facere*', cit., p. 17 ss.; METZGER, *A New Outline*, cit., p. 52; BERTOLDI, *La lex Iulia*, cit., p. 209.

²⁸² *Lex Irnitana kaput 90: Quicumque in eo municipio Ilvir i(ure) d(icundo) p(raeterit), per quos dies ex b(ac) l(ege) ibi iudicia fier(i) licebit oportebit, in eos dies omnes intertium dato. I(d)que proscriptum in eo loco, in quo ius dicet, maiore parte cuiusque diei per omnes dies, per quos intertium dari debebi(t), habeto ita ut d(e) p(lano) r(ecte) l(egi) p(ossint).*

²⁸³ Cfr. *kaput 90* della *lex* l. 37 ss. e in questo senso SIMSHÄUSER, *La jurisdiction*, cit., p. 632; BERTOLDI, *La lex Iulia*, cit., p. 209.

²⁸⁴ *Lex Irnitana kaput 91: ...et is, quos inter ii iudices arbitrive dati subditi addicitive b(ac) l(ege) erunt, de ea re intertium adversario iudici arbitrove in biduo proximo denuntiandi....*

²⁸⁵ *Lex Irnitana kaput 92: ...Neve quis in eos dies adversario intertium iudici arbitrove in biduo proximo denuntiandi....*

²⁸⁶ Come, appunto, le *feriae* per onorare la *domus Augustea*. Cfr. *kapita 90* e soprattutto *92* della *lex Irnitana*.

²⁸⁷ Per un'opinione contraria cfr. BERTOLDI, *La lex Iulia*, cit., p. 208.

al *praetor* o ad altro *magistratus* la data concordata e quest'ultimo due giorni prima di quello prefissato, per la maggior parte della giornata avrebbe dovuto pubblicare l'*intertium*.

Propenderei per la seconda ipotesi, dal momento che all'*actor* era prescritto di notificare l'*intertium* all'avversario e al giudice o all'arbitro e se il *magistratus* avesse emesso in quel giorno l'atto non ci sarebbe stato bisogno di notifica.

Ciò sarebbe confermato dal dato della norma che prevedeva vi fossero termini di tempo entro i quali il magistrato avrebbe dovuto concedere e pubblicare l'*intertium*, perché, come detto in precedenza, per ogni giorno di doloso ritardo incorreva in una sanzione di 1000 sesterzi da versare al municipio.

Ciò sembrerebbe suggerire che, a meno di 'legittimi impedimenti' o di festività, il magistrato avrebbe dovuto emanare e, dunque, rendere pubblico il decreto che stabiliva la *comperendinatio* due giorni prima di quello di fissazione dell'udienza.

In quel momento l'attore avrebbe dovuto recarsi dal *reus* e dal *iudex* e comunicargli l'avvenuta emanazione del provvedimento di concessione *in biduo proximo*, unico termine perentorio, a meno sempre di legittimi impedimenti o festività; la pubblicazione dell'*intertium* era, dunque, la notizia che dopo due giorni ci sarebbe stata quella determinata causa²⁸⁸.

Come prima conclusione, quindi, si può desumere che il *iudex* qualora non avesse ricevuto la notifica, verosimilmente, avrebbe potuto astenersi dal presentarsi il giorno dell'udienza, senza incorrere nell'eventuale e ipotetica responsabilità di *neque diffidere, neque sententiam dicere*, come sarà analizzato più compiutamente in seguito.

Basti ora chiarire che l'*intertium* e soprattutto la sua pubblicazione, nonché la notificazione al *iudex* erano i precedenti logici dell'alternativa per il giudice tra *sententiam dicere* e *diem diffidere*; conviene ora rivolgere la nostra attenzione sulla seconda di tali opzioni.

4.3. Iudex qui neque diffidit, neque sententiam dixit: *uno sguardo alla diei diffissio*.

Sulla *diei diffissio* vi sono diversi interrogativi sui quali occorre spendere qualche riflessione. Innanzitutto la fonte più antica dalla quale si viene a conoscenza di tale figura processuale è la legge delle XII Tavole, che con:

²⁸⁸ Quanto sostenuto potrebbe essere confermato da due tavolette pompeiane di Murecine, verosimilmente del I secolo d.C. nelle quali si legge: TPSulp. 32.1.1-7: *C(aius) Sulpicius Cinnamus in tertium sumpsit cum C(aio) Valerio Carto quibus de rebus inter se et eu[m] L(ucius) Cocceius Anth[us] iudex esse diceretur*. TPSulp. 33.1.1-7: *C(aius) Sulpicius Cinnamus in tertium sumpsit cum Q(uintus) Laberio Philippo quibus de rebus inter se et eum Q(uintus) Laberius Cerdo maior iudex esse diceretur [d(e) e(is) r(ebus)] ex die perendino indicare*. Cfr. BERTOLDI, *La lex Iulia*, cit., p. 210 e ivi n. 24 per testo e bibliografia contraria.

Tab. 2.2:

...MORBUS SONTICUS... QUID HORUM FUT [VITIUM] IUDICI ARBITROVE REOVE, EO DIES DIFFISSUS ESTO.²⁸⁹

Nonostante le ipotesi che ritengono doversi allargare lo spettro delle fattispecie²⁹⁰ la sospensione qui prescritta, come già evidenziato da Mantovani²⁹¹, non è la medesima del *kaput* 91 della *lex Irnitana*.

La norma decemvirale, infatti, si riferisce ad una *diffissio* automatica che si verifica all'insorgere della malattia impediente, senza la necessità di un giuramento da parte del giudice, come prescrive lo statuto municipale di Irni.

Ciò è confermato da un estratto di Paolo²⁹², il quale precisa *etiam invitis litigatoribus ac iudice*, ossia l'assoluta irrilevanza della volontà delle parti e del giudice.

Sarebbe impossibile, d'altro canto, per il giudice recarsi in udienza e giurare per la *diffissio* qualora fosse colpito da un grave impedimento di salute.

²⁸⁹ La norma è l'unica delle Dodici Tavole della quale conosciamo l'esatta collocazione grazie ad un estratto della glossa festina: Festo, *De verborum significatione*, s.v. *Reus* (LINDSAY, 336, p. 4 ss.): *Reus nunc dicitur, qui causam dicit: et item qui quid spondit ac debet. At Gallus Aelius lib. II significationum verborum, quae ad ius pertinent, ait: 'Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit, sive cu meo actum est. Reus stipulando est idem qui stipulator dicitur, quippe suo nomine ab altero quibus pepulatus est, non is qui alteri adstipulatus est. Reus promittendo est, qui suo nomine alteri quid promisit, qui pro altero quid promisit'. At Capito Ateius in eadem quidem opinione est, sed exemplo adiuvat interpretationem, Numa in secunda tabula secunda lege, in qua scriptum est: 'quid horum fuit unum iudici arbitrove reove eo dies diffensus esto'. Nunc uterque actorum requi[a] in iudicio me vocatur; itemque accusator de vi accitur more vetere, et consuetudine antiqua. Cfr. su tutti per approfondimenti sul passo DILIBERTO, *Materiali*, cit., p. 14 ss. e MANTOVANI, *La 'diei diffissio'*, cit., p. 249, n. 97. La causa di *morbis sonticus* si rinviene nella sua formulazione grazie ad un estratto di Ulpiano contenuto in D. 2.11.2.3 (Ulp., *ad edictum*, 74):... *quemadmodum potuit se sistere qui adversa valetudine impeditus est? et ideo etiam lex duodecim tabularum, si index vel alteretur ex litigatoribus morbo sontico impediatur, iubet diem iudicii esse diffissum*. e, anche se non vi è il riferimento alla norma decemvirale, analogo contenuto si rinviene in Giuliano D. 42.1.60 (Iul., *digesta*, 5): *Quaesitum est, cum alter ex litigatoribus febricitans discessisset et index absente eo pronuntiasset, an iure videretur pronuntiasse. respondit: morbus sonticus etiam invitis litigatoribus ac iudice diem differt. Sonticus autem exstimandum est, qui cuiusque rei agenda impedimento est*. Per la nozione di *morbis sonticus* i romani utilizzavano la definizione del giurista repubblicano Gaio Cassio Longino, che è per noi conoscibile grazie a D. 21.1.65.1 (Venul., *actiones*, 5) e D. 50.16.113 (Iav., *ex Cassio*, 14). Cfr. MARTINI, *Le definizioni*, cit., p. 158. La versione del testo proposta è quella di RICCOBONO, *FIRA I*, cit., p. 31, che inserisce anche *status dies cum hoste* tra le cause di *diffissio*, poiché in Cicerone, *De officiis*, 1.37 tali lemmi sono attribuiti alle dodici tavole.*

²⁹⁰ Oltre a quanto sostenuto nella nota precedente a proposito di *status dies cum hoste*, si deve notare che nel passo di Festo riportato precedentemente, l'inciso *si quid horum fuit unum* dovrebbe essere preceduto da un elenco di ipotesi. A sostegno di tale ipotesi c'è un riferimento al quinto libro del *De re militari* del grammatico di età repubblicana Lucio Cincio, riportato da Gellio, *Noctes Atticae* 16.4.4, ossia le eccezioni al giuramento che i *militis* prestavano dopo l'arruolamento: *funus familiare, feriae denicales, morbus sonticus, auspicium, vis hostes, status conductus dies cum hoste*. Per un approfondimento cfr. MANTOVANI, *La 'diei diffissio'*, cit., p. 249, n. 98 e per la comparazione tra i due elenchi F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, Napoli, 1993, p. 93 ss.

²⁹¹ Cfr. MANTOVANI, *La 'diei diffissio'*, cit., p. 250 ss.

²⁹² D. 42.1.60 (Iul., *digesta*, 5). Per approfondimenti sugli impedimenti dei giudici si rinvia per tutti a C. LANZA, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di «diritto classico»* in *BIDR* 90, 1987, p. 467 ss.

Tale *diffissio* era dunque un'ipotesi legale, da non confondersi con quelle giudiziali, alle quali si riferirebbe di eventuale responsabilità per il *iudex* per *neque diffindere neque sententiam dicere*.

Per comprendere come avvenisse il meccanismo di *diffissio* giudiziale dobbiamo affidarci ancora una volta a *Noctes Atticae* 14.2²⁹³.

In particolare conviene partire da due estratti del testo:

Gellio, *Noctes Atticae* 14.2.1:

...*Atque in dierum quidem diffissionibus conperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperitorum commoniti et adminiculati sumus.*

Gellio, *Noctes Atticae* 14.2.10-11:

Sed enim ego homines cum considerabam, alterum fidei, alterum probri plenum spurcissimaeque vitae ac defamatissimae, nequaquam adduci potui ad absolvendum. Iussi igitur diem diffindi...

In primo luogo il primo dei due estratti confermerebbe l'ipotesi della differenza tra ipotesi di *diffissio* legale prevista dalle dodici tavole e *diffissio* giudiziale, dal momento che non viene citata una fonte come la *lex duodecim tabularum* molto importante per tale autore²⁹⁴.

Sintomatico è che, dunque, fosse la *lex Iulia iudiciorum privatorum* ad aver introdotto l'ipotesi di *diffissio* giudiziale.

Lo studio di Gellio non si limita, però, per sua stessa ammissione alla *lex Iulia*, ma si allarga anche ai commentari di Masurio Sabino e di *quorundam aliorum iurisperitorum*.

²⁹³ Per un approfondimento cfr. P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* I, Torino, 1960, p. 34; P. DE FRANCISCI, *La prova giudiziale (A proposito di Gellio N.A. 14,2)* in *Helikon* 1, 1961, p. 594 ss.; D. NÖRR, *Ethik von Jurisprudenz in Sachen Schatzfund* in *BIDR* 75, 1972, p. 1 ss. (36, n. 34); V. GIUFFRÈ, «*Necessitas probandi*». *Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli, 1984, pp. 135 ss. (156, n. 27); J. PARICIO, *Turare sibi non liquere* in *Atti III seminario romanistico gardesano, 22-25 Ottobre 1985*, Milano, 1988, p. 413 ss.; LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., p. 257; DILIBERTO, *Materiali*, cit., p. 129 ss.; D. NÖRR, *L'esperienza giuridica di Gellio ('Noctes Atticae' XIV 2)* in *Filellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'Impero. Convegno internazionale, Roma 27-28 aprile 1995*, Roma, 1996, p. 33 ss.; J. ZABLOCKI, *Appunti sull'«officium iudicis» nelle 'Noctes Atticae'* in *Au-Delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz II*, Varsavia, 2000, p. 1115 ss.; PULIATTI, *Alla ricerca*, cit., p. 57 ss.; S. BARBATI, *Studi sui 'iudices' nel diritto romano tardo antico*, Milano, 2012, p. 376 ss., n. 7; R. FIORI, *La gerarchia come criterio di verità: 'boni' e 'mali' nel processo romano arcaico* in *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli, 2013, p. 169 ss.; PALMA, *Il luogo*, cit., p. 45 ss.

²⁹⁴ Si cfr. in particolare Gellio, *Noctes Atticae* 20.1 ove si narra del dialogo tra il filosofo Favorino, maestro e amico di Gellio e il giurista Sesto Cecilio (probabilmente Africano) sull'importanza delle dodici tavole. Per un'approfonditissima disamina sul testo si rinvia a DILIBERTO, *Materiali*, cit., p. 158 ss.

Come, però, già sostenuto da Diliberto²⁹⁵ il fatto che venga menzionato soltanto il commentario di Masurio Sabino, con relativa certezza i *libri tres iuris civilis*²⁹⁶, è sintomo che l'autore ritenesse quest'ultima l'unica opera valida di attenzione sull'argomento.

Probabilmente, sulla base della lettura della *lex Irnitana*, che molto riprende dalla *lex Iulia*, la legge definiva in generale la *diffissio* giudiziale, lasciando largo spazio all'interpretazione, mentre i commentari giuridici prevedevano casi concreti nei quali poter effettuare tale sospensione e servivano, dunque, proprio come interpretazione della generalità della norma.

Ciò che di certo sappiamo grazie alla *lex Irnitana* è che vi doveva essere un *iusiurandum* ad opera del soggetto giudicante²⁹⁷, probabilmente per testimoniare che gli era necessario un maggior tempo per diramare la questione, in quanto la situazione probatoria propositagli non gli consentiva una chiara visuale sulla controversia giuridica.

Il secondo dei due estratti sopra presentati conferma tale impostazione, dal momento che la vicenda presentata a Gellio in qualità di *index* era la seguente: l'attore, persona di una morale specchiatissima, aveva intentato un'*actio certae creditae pecuniae*, asserendo di aver corrisposto una somma determinata ad un soggetto che non riconosceva tale pagamento. Il convenuto, individuo infimo e di pessima reputazione, tramite i suoi avvocati richiedeva sul piano probatorio elementi di tale corresponsione, che però l'attore non era riuscito a dimostrare con nessun mezzo.

Su un piano di mero diritto non sembrerebbero esserci dubbi su chi avesse ragione, poiché la realtà processuale che emergeva dal dibattito avrebbe dato ragione al convenuto, eppure, per le intrinseche qualità morali dei due soggetti Gellio non ritiene giusto risolvere la controversia in siffatto modo e decide di effettuare la *diffissio*²⁹⁸.

Riprenderemo la questione nel merito in seguito, ma qui ci basti ragionare sull'unica ipotesi concreta e attuata di *diffissio* giudiziale che conosciamo, così come prevista tramite interpretazione della *lex Iulia* e alla quale, pertanto, sembrerebbe riferirsi la *lex Irnitana*: indecisione del *index*.

In quest'ipotesi, sicuramente, era possibile effettuare la *diffissio*, ma le fonti non ci permettono di comprendere se ci fosse e a quanto ammontasse un eventuale limite temporale massimo, fino al quale la *lis* poteva essere protratta prima della scelta tra *iurare sibi non liquere* e

²⁹⁵ Cfr. DILIBERTO, *Materiali*, cit., p. 154.

²⁹⁶ Cfr. DILIBERTO, *Materiali*, cit., p. 155 ss. per le citazioni in Gellio di tale opera, nonché per l'importanza di Masurio Sabino nell'opera gelliana.

²⁹⁷ Cfr. *lex Irnitana*, *kaput* 91, ll. 49-50. Per un approfondimento cfr. MANTOVANI, *La 'diei diffissio'*, cit., p. 259 ss.

²⁹⁸ Cfr. per una disamina particolareggiata della situazione PALMA, *Il luogo*, cit., p. 101 ss.

*sententiam dicere*²⁹⁹: unico punto certo è che la sospensione, con riferimento ai *iudicia legitima*, interrompeva il decorrere del tempo finale di diciotto mesi ed evitava, dunque, il verificarsi della *mors litis*.

Il *iudex* che, quindi, non si fosse presentato in udienza nel giorno stabilito dall'*intertium* per scegliere tra *iurare diem diffidere aut sententiam dicere* sarebbe incorso nella responsabilità del *iudex qui neque diffidit neque sententiam dixit*.

La *lex Irnitana* descrive tale imputabilità con il costrutto *lis damni esse*³⁰⁰ e tale costruzione indica genericamente le conseguenze del *neque diffidere neque sententiam dicere* per il *iudex*.

Quanto detto precedentemente viene qui, dunque, ad essere comprovato, ossia tale responsabilità del *iudex*, che aveva fondamenti legali, veniva a configurarsi nel *neque diffidere neque sententiam dicere*, che Pomponio avrebbe fatto rientrare come fattispecie del *litem suam facere*, di più tarda elaborazione³⁰¹.

In conclusione, pur nell'incertezza dovuta alla carenza di fonti sulla *diffissio* in generale e in particolare quella giudiziale, la legge prescriveva una responsabilità per il giudice che non si fosse presentato in udienza o per effettuare uno spostamento del giorno dell'udienza o per emettere la sentenza, causando in questo modo la *mors litis* per la *dilatio* processuale creando quindi un danno in chi voleva veder riconosciuto un proprio diritto in sede processuale.

4.4. *Conclusioni sul litem suam facere nella testimonianza papiracea, alla luce dell'actio adversus iudicem qui neque diffidit neque sententiam dixit.*

Conviene ora tracciare una sintesi di quanto emerge dalle fonti epigrafiche e papirologiche che ci permettono di conoscere la responsabilità del *iudex qui neque diffidit neque sententiam dixit*.

Quanto emerge, però, da una prima lettura della *lex Irnitana* rappresenterebbe una pena per il *iudex qui neque diffidit neque sententiam dixit* indefinita dalla *lex* medesima e quindi lasciata al giudizio equitativo del nuovo *iudex*.

Ciò sembrerebbe strano, dal momento che la stessa *lex* al *caput* 90 prevedeva la pena per il magistrato che non avesse concesso l'*intertium* in 1000 sesterzi per ogni giorno di ritardo³⁰²,

²⁹⁹ Cfr. PALMA, *Il luogo*, cit., p. 107 ss.

³⁰⁰ Come già segnalato da MANTOVANI, *La 'diei diffissio'*, cit., p. 257, n. 119, il costrutto *damni esse alicui* si rinvia precedentemente già in Plauto, *Trinummus*, 314 e successivamente in Ovidio, *Heroides*, 7.160.

³⁰¹ Di opinione concorde sembrerebbe essere MANTOVANI, *la 'diei diffissio'*, p. 257, n. 219

³⁰² *Lex Irnitana*, *caput* 90, ll. 37-ss.: *Qui debuerit dare intertium neque dederit, quive et proscriptum ex hac lege non habuerit sciens d(olo) m(alo), is in singulos dies, quibus debuerit proscriptumve non habuerit, municipibus municipii Flavii Irnitani HS (sestertia) ∞ (mille) d(amas) e(sto), eiusque pecuniae deque ea pecunia municipi eius municipii qui volet, cuique per h(anc) l(egem) licebit, actio petito persecutio esto.*

ma ciò non può destare sospetti, in quanto il *iudicium* è rimesso, come ribadito al *bonum et aequum* e all'*auctoritas dei duoviri*.

Venendo all'origine dell'azione, dunque, già Burdese³⁰³ riteneva che l'*actio adversus iudicem qui neque diffidit neque sententiam dixit* dovesse considerarsi, alla stregua di quanto sostenuto da Gaio nelle *res cottidianae* a proposito del *litem suam facere*, un'illecito di natura pretoria e, dunque, sanzionabile con un'*actio in factum concepta*.

Mantovani³⁰⁴, invece, rileva che tale soluzione stride con quanto emerge dal tenore della *lex Irnitana*. Se, infatti, l'obiettivo era la regolazione dei processi nei *municipia* alla stregua dei *iudicia legitima*, parimenti si sarebbero dovuti prevedere i medesimi rimedi previsti dalla *lex Iulia*³⁰⁵.

Secondo tale posizione vi sarebbe stata, dunque, una base civilistica originaria di tale azione, derivante dalla stessa *lex Iulia*, sulla quale probabilmente il pretore su tale base avrebbe poi costruito la *formula* che avrebbe permesso all'attore di esperire l'azione.

L'intervento del *praetor* sarebbe avvenuto, dunque, in un momento successivo rispetto all'emanazione della *lex*, ma sarebbe stato comunque necessario per la configurazione dell'azione; tale potrebbe essere stata la motivazione che ha spinto Pomponio a far rientrare l'*actio adversus iudicem qui neque diffidit neque sententiam dixit* all'interno della più ampia categoria di *litem suam facere*.

Tuttavia occorre spendere qualche riflessione sull'*actio adversus iudicem qui neque diffidit neque sententiam dixit* e primariamente indagare intorno all'elemento soggettivo di tale azione, a partire dalle finalità economiche che spingevano l'attore ad avanzare tale pretesa; non esperire *diffissio* e non emettere sentenza, come già detto, comportava la *mors litis*, attraverso una *dilatio* del tempo del processo, che avrebbe prodotto la decadenza dell'azione per i *iudicia legitima* dopo 18 mesi. Si vanificava, dunque, di fatto la pretesa economica dell'*actor*.

Convieni, orbene, concentrarsi proprio, attraverso le fonti, sulle conseguenze della *dilatio* processuale:

D. 4.6.26.4 (Ulp., *Ad edictum*, 12):

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...

³⁰³ Cfr. BURDESE, *Sulla responsabilità del 'iudex privatus'*, cit., p. 166 ss.

³⁰⁴ Cfr. MANTOVANI, *La 'diei diffissio'*, cit., p. 257, n. 119.

³⁰⁵ MANTOVANI, *La 'diei diffissio'*, cit., p. 257, n. 119, aggiunge che "se l'istituto fosse stato esclusivamente pretorio, sarebbe stato già incluso nel rinvio all'editto del cap. LXXXV".

la problematica è di non facile soluzione³⁰⁶, perché nelle parole del pretore vi è un riferimento al *magistratus*, ma nella spiegazione di Ulpiano ci si riferisce al giudice; tale divergenza ha dato luogo a diverse ipotesi di interpolazione³⁰⁷.

Tuttavia la soluzione interpolazionista, a mio giudizio, sarebbe limitativa, in quanto dovremmo assumere che Triboniano e i compilatori giustinianeî avessero forzato la differenza che intercorreva tra *iudex* e *magistratus* per indicare un'identità sinonimica che non trova altre attestazioni coeve.

A ben vedere, dunque, si potrebbe avanzare l'ipotesi che *per magistratus*³⁰⁸ indichi una causa non imputabile al soggetto giudicante, bensì al *iudex*.

Se riproponiamo la bipartizione introdotta nella *lex Iulia iudiciorum privatorum*, tra *iudicia legitima* e *imperio continentia*, si pensi ad un giudizio "scaduto" per colpa di *dilatio* giudiziale, la *restitutio* dovrebbe essere concessa a causa dell'evento occorso al *magistratus*, ossia la cessazione della carica per naturale scadenza del mandato, ma ad esso non imputabile (*sine dolo malo*).

Se ci affidassimo ad una lettura comparata della *lex Irmitana* e del testo di Ulpiano sovra citato dovremmo supporre, come già in precedenza aveva fatto Kelly³⁰⁹, che la *sententia* in questione si riferisse unicamente ai *iudicia imperio continentia* ai quali si sarebbe applicata una diversa disciplina rispetto ai *iudicia legitima* ai quali fa riferimento la *lex Irmitana*, ove si doveva ricorrere con l'*actio adversus iudicem qui neque diffidit neque sententiam dixit*.

³⁰⁶ Il corrispondente passo di *Basilicorum libri* 10.35.26.4-5 (SCHELTEMA, A, II, 615): Ἐὰν διὰ τοῦ ἀρχοντος ἀγωγή μου φθαρῆ μὴ κατὰ δόλον μου, ἀποκαθίσταμαι τυχὸν γὰρ ὑπερέθετο ἢ οὐ δέδωκεν εὐχέρειαν εἰς τὸ προσελευσθῆναι ἢ κατὰ χάριν οὐκ ἐδικαιοδότησεν· crea ulteriori problemi, in quanto descrive cause differenti del *non dicere ius* diverse da D. 4.6.26.4, come si evince anche dalla traduzione di HEIMBACH, I, 546 del passo corrispondente: *Si per magistratum actio mea perierit, sine dolo malo, restitutor: fortasse enim distulit, vel potestam se adeundi non fecit, vel per gratiam ius non dixit.*

³⁰⁷ Cfr. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* I, Tubinga, 1910, p. 77, che riteneva la spiegazione poco rilevante, al contrario della prima, mentre HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, cit., p. 277, ritengono che il termine *iudex* si usi qui in senso non tecnico, come un vocabolo di epoca tarda. Per un approfondimento in tal senso cfr. M. SIXTO, *La llamada in integrum restitutio ob absentia* in *Studi in onore di Antonino Metro* VI, 2010, p. 26 ss. (78 ss.).

³⁰⁸ Tuttavia il fatto che D. 4.6.26.4 (Ulp., *ad edictum*, 12): *sed et 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...* espliciti che *per magistratus* indicasse una causa di *non dicere ius* non si pone in contrasto con questa interpretazione, dal momento che anche nel caso di decadenza del processo per cessazione della carica magistratuale verrebbe a cadere anche il diritto all'azione.

³⁰⁹ Cfr. KELLY, *Roman litigation*, p. 121 e n. 3, il quale asserisce che la *sententia* si riferisca necessariamente ai *iudicia imperio continentia*. Per tale ragione la tesi non è condivisa da G. PUGLIESE, *Principi teorici e realtà pratica nei processi romani* in *TDR* 35, 1982, p. 291 ss. (302), il quale sostiene si possa riferire anche ai giudizi legittimi.

Suggestiva è, però, l'ipotesi di Bonifacio³¹⁰, secondo il quale la distinzione tra *iudicia imperio continentia* e *iudicia legitima* aveva solo un carattere storico, dal momento che secondo l'autore i secondi erano quelli regolati dalla sola *lex Iulia*, mentre prendevano la denominazione di *imperio continens* quelli che erano rimasti fuori da tale regolamentazione.

D'altra parte nell'editto non si fa riferimento all'una o all'altra categoria e ciò sembra far supporre che la regola di D. 4.6.26.4 fosse universale³¹¹.

La soluzione potrebbe essere che tale ipotesi di *restitutio* fosse stata introdotta prima della sussistenza della *lex Iulia* che aveva introdotto la separazione ed era stata riproposta di anno in anno negli editti successivi, senza un accorgimento.

Se assumessimo tale posizione si confermerebbe la giustezza della posizione di Bonifacio, che oggi trova, seppur con alcune parziali modifiche, conferme negli studi più recenti³¹².

Per corroborare quanto sinora esposto occorre, pertanto, indagare su ulteriori fonti che servono alla disamina dell'argomento della nostra indagine:

D. 4.3.18.4 (Pau., *ad edictum*, 11):

Dolo cuius effectum est, ut lis <temporibus legitimis> transactis pereat: Trebatius ait de dolo dandum iudicium, non ut arbitrius res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit id non esse factum, ne aliter observantibus lex circumscribatur.

Da tale *sententia* ricaviamo preziose informazioni, che ci inducono a inquadrare ancora meglio gli orizzonti della nostra ricerca.

Secondo una certa dottrina anche questa *regula* sarebbe riferita unicamente o principalmente ai *iudicia imperio continentia*³¹³, eppure tale ipotesi di Trebazio è paritetica a quanto esposto nella *lex Irnitana* a proposito della responsabilità del *iudex qui neque diffidit neque sententiam dixit* che ha l'ambizione di trattare di *iudicia legitima*.

³¹⁰ Cfr. F. BONIFACIO, «*Iudicium legitimum*» e «*iudicium imperio continens*» in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz* II, 1953, p. 207 ss.; IDEM, *L'estinzione del giudizio per mors litis* in *Archivio giuridico* 142, 1952, p. 34 ss. (48 ss.).

³¹¹ La critica di PUGLIESE, *Principi*, cit., p. 302 si fondava proprio sulla teoria di Kelly che D. 4.6.26.4 si riferisse unicamente ai *iudicia imperio continentia*.

³¹² Cfr. M. BALZARINI, *Considerazioni in tema di 'iudicia legitima'* in *Studi in onore di Edoardo Volterra* III, Milano, 1971, p. 449 ss.; R. MARTINI, *La legislazione giudiziaria di Augusto e la durata dei processi* in *Seminarios complutenses de derecho romano* 1, 1990, p. 93 ss.; M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato romano*, Napoli, 1990 p. 230 ss.; BERTOLDI, *La lex Iulia*, cit., p. 71 ss.; FARGNOLI, *Il magistrato*, cit., p. 155 ss.

³¹³ Cfr. KELLY, *Roman Litigation*, p. 130 ss.; LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., p. 259, n. 173; SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 228 ss., n. 35.

L'opinione di Trebazio riportata in D. 4.3.18.4³¹⁴ qualifica l'attività dolosa di chi provoca la *mors litis*, mentre il *kaput* 91 non fa riferimento ad alcun elemento psicologico, inserendosi come ipotesi qualificata per il *iudex*, di un atteggiamento che poteva avvenire per il *dolum cuius*.

Dalla coincidenza di contenuto tra la *sententia* del giurisperito e quanto si evince dalle caratteristiche dell'*actio adversus iudicem qui neque diffidit neque sententiam dixit*, entrambi rimedi rimessi all'*arbitrium iudicis* si può dedurre che quest'ultima non possa che essere un'azione di dolo.

Del resto nella *lex Imitana* avevamo osservato³¹⁵ che il giudice avrebbe dovuto ricevere la notifica dell'affissione dell'*intertium* da parte dell'attore e, quindi, qualora non l'avesse ricevuta ben avrebbe potuto, senza dolo, presentarsi il giorno dell'udienza, non preoccupandosi di incorrere nella responsabilità: il *neque diffidere, neque sententiam dicere* era lì inteso, dunque come fattispecie dolosa.

Dal tenore di quanto riportato, poi, in D. 4.3.18.4 si potrebbe dedurre d'altronde che l'*actio adversus iudicem qui neque diffidit neque sententiam dixit* fosse comparsa in un momento successivo a quello dell'emanazione della *lex Iulia*. La subordinata finale *ne aliter observantibus lex circumscribatur* esplica le ragioni della tesi di Trebazio, ossia rendere effettivo i tempi che scandiva la legge emanata da Augusto.

Ineffettività in effetti si rinviene già dalla clausola edittale tramandata e non eventualmente mutata in D. 4.6.26.4, che prevedendo il rimedio della *restitutio*, qualora l'azione fosse perita per causa non imputabile all'attore, non escludendo il dolo del giudice.

Non si comprenderebbe, altrimenti, di quali termini inseriti nella *lex* tratti Paolo, dal momento che gli unici limiti temporali riferibili al processo che conosciamo sono quelli appartenenti alla *lex Iulia*.

Probabilmente l'*actio adversus iudicem qui neque diffidit neque sententiam dixit*, inserita successivamente nelle *leges Flaviae municipales*, si sarebbe "civilizzata", ma trattandosi in origine di un rimedio *in factum*, forse su suggerimento dello stesso Trebazio, che fondava la propria *sententia* su un'ipotesi di *actio doli* pretoria.

Lasciando da parte le congetture, se si analizza, infatti, a proposito dell'*actio doli*:

³¹⁴ Problemi interpretativi non necessari allo sviluppo della trattazione hanno accompagnato la lettura del passo. Cfr. B. BIONDI, *Studi sulle «actiones arbitrarie» e l'«arbitrium iudicis»*, Palermo, 1913, p. 83 ss.; L. CHIAZZESE, *Ius iurandum in litem*, Milano, 1958, p.186; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana I*, Milano, 1973, p. 165 ss. Per un approfondimento sul contributo di Trebazio alla concezione del dolo e in particolare quello processuale cfr. M. D'ORTA, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, Napoli, 1990, p. 182 ss.

³¹⁵ Cfr. *Lex Imitana, kaput* 91, ll. 47-48.

D. 4.3.1.6 (Ulp., *ad edictum*, 12):

Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiamsi quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere: et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere, sibi imputaturo eo qui agere supersedit: nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit ut tempus exiret.

Come già mostrato da Stolfi³¹⁶, che definisce tale azione come “sussidiaria”, sancendo una preminenza della *restitutio* sull’*actio doli*. Tale posizione era ormai diffusa, dal momento che Ulpiano cita Pomponio che a sua volta cita Labeone, indicando un flusso continuo di opinioni dei giuristi che, molto probabilmente si era instaurato come *regula iuris* ormai consolidata.

Appare evidente, infatti, che la *restitutio* offrisse maggiori tutele per l’attore³¹⁷ rispetto al rimedio nei confronti di chi aveva procurato la *mors litis*; soprattutto sotto il profilo probatorio dimostrare, infatti, il dolo, in questo caso, era assai complesso. Più semplice per l’attore sarebbe stato chiedere la *restitutio* al *magistratus* dal momento che la causa di *mors litis* non era imputabile al richiedente.

Si deve, tralaltro, concludere, che come mostrato dal Kelly³¹⁸ vi sono tre testi non giuridici, che pur essendo di tre autori che hanno operato sotto la vigenza della *lex Iulia* e hanno abbracciato l’età Flavia, testimoniano di processi che sono durati ben oltre i limiti posti da quest’ultima.

Iniziamo con Marziale:

Marziale, *Epigrammaton libri* 7.65:

*Lis te bis decumae numerantem frigora brumae
conterit una tribus, Gargilianae, foris.*

*Ab miser et demens! Viginti litigat annis
quisquam cui vinci, Gargiliane, licet?*

³¹⁶ Cfr. E. STOLFI, *I casi e la regola: una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza. Convegno Aristec Roma 22-23 febbraio 2013*, Napoli, 2014, p. 1 ss. (66 ss.). Si cfr. in particolare p. 67, n. 170 per una disamina puntuale della bibliografia precedente sull’argomento e per l’analisi della fattispecie.

³¹⁷ Di opinione concorde sembrerebbe essere SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 228, n. 35.

³¹⁸ Cfr. KELLY, *Roman Litigation*, cit., p. 123., messo in luce da DE MARTINO, *‘Litem suam facere’*, cit., p. 20, n. 43.

qui oltre ai rilievi di natura tecnica sul riferimento ai tre tribunali³¹⁹, rileva soprattutto il tempo di vent'anni per un processo che il poeta descrive. È da escludere che si tratti di un'iperbole, dal momento che viene menzionato per ben due volte.

Anche Giovenale:

Giovenale, *Saturae* 16.36-50:

*...Convallem ruris aviti
improbus aut campum mihi si vicinus ademit
et sacrum effodit medio de limite saxum,
quod mea cum patulo coluit puls annua libo,
debitor aut sumptos pergit non reddere nummos
vana supervacui dicens chirographa ligni,
expectandus erit qui lites inchoet annus
totius populi. Sed tunc quoque mille ferenda
taedia, mille morae; totiens subsellia tantum
sternuntur, iam facundo ponente lacernas
Caedicio et Fusco iam micturiente parati
digredimur, lentaque fori pugnamus harena.
Ast illis quos arma tegunt et balteus ambit,
quod placitum est ipsis praestuat tempus agendi
nec res atteritur longo sufflamine litis.*

Attraverso le *Saturae* dimostra una profonda conoscenza del diritto e, in particolare l'intera satira 16³²⁰ offre spunti interessantissimi nel campo giuridico e processuale, anche se ci è pervenuta mutila.

Non si tratterà qui di tutti gli interrogativi che tale satira ci propone, ma i termini *mille ferenda taedia, mille morae*, la metafora *lentaque fori pugnamus harena* nonché il chiarissimo *res atteritur longo sufflamine litis* sono segnali dell'eccessiva lungaggine dei processi, che superano di gran lunga i termini che abbiamo esposto sopra.

Infine Svetonio:

³¹⁹ Cfr. KELLY, *Roman Litigation*, p. 123 ss.

³²⁰ Cfr. A. MARONGIU, *Giovenale e il diritto* in *Letterature comparate: problemi e metodo. Studi in onore di E. Paratore* II, Bologna, 1981, p. 681 ss. (in particolare sulla satira 16 cfr. p. 693 ss.)

Svetonio, *De vita duodecim Caesarum libri VIII* 8.DIVUS VESPASIANUS.10:

Litium series ubique maiorem in modum excreverant, manentibus intercapedine iuris dictionis, accedentibus novis ex condicione tumultuque temporum; sorte elegit per quos rapta bello restituerentur quique iudicia centumviralia, quibus peragendis vix suffectura litigatorum videbatur aetas, extra ordinem diiudicarent redigerentque ad brevissimum numerum.

sebbene qui in particolare tratti dei giudizi davanti ai centumviri, in ogni caso fa riferimento ad un'eccessiva lentezza dei procedimenti, che Vespasiano risolverà con delle procedure *extra ordinem*.

Vero è che le lentezze processuali potrebbero essere “giustificate” da *diffusiones* (causate dalle continue guerre, come nel caso del passo di Svetonio), ma nulla vieta che processi “scaduti” potessero essere ripresi con continue *restitutiones*, eludendo i limiti della *lex Iulia*. D'altronde, come abbiamo avuto modo di vedere, in D. 4.3.18.4, che era lo stesso Trebazio a porsi il problema dell'effettività della norma³²¹, probabilmente perché numerose erano le violazioni.

Si aggiunga che dalla Satira 16 di Giovenale, emerge a quei tempi, ossia in età Flavia una risoluzione dei conflitti *ut qui fortis erit, sit felicissimus idem*³²², con i giudici che privilegiavano chi fosse più forte (nel caso specifico il soldato rispetto al civile), anche con forti violazioni procedurali senza conseguenze.

Ne emerge, dunque, un sistema ove la giustizia sostanziale cedeva con grande facilità alla legge del più forte³²³ e, dunque, sistemi processuali non così sviluppati da riuscire a garantire i cittadini dagli abusi, *in primis*, degli organi giudicanti.

Quello che ora occorre è, però, raffrontare l'ipotesi sul punto di Pomponio, per come emerge da *Pap. Ant.* 22 col. II *rectum*.

Secondo la ricostruzione elaborata in precedenza qui non vi sarebbe alcun dolo da parte del giudice, ma una vera e propria *imprudencia*, poiché il giudice non era a conoscenza della situazione di *falsus tutor* e, dunque, della nullità della *diffusio* fatta in suo favore.

³²¹ D. 4.3.18.4 (Pau., *ad edictum*, 11): *ne aliter observantibus lex circumscribatur*.

³²² Giov., *Saturae*, 16.59.

³²³ Tale è la ragione per la quale KELLY, *Roman Litigation*, cit., p. 166 sostiene che le norme sul *litem suam facere* fossero rimaste pressoché lettera morta: “...our information about it” (*litem suam facere*) “at any period is extremely scanty, secular literature contains not a single instance of its being brought (in spite of the fact that one would have imagined that at least some actions against the judge *qui litem suam fecit* would have been *causes célèbres*)”. In tal senso anche DE KONINCK, *Index*, cit., p. 83, n. 16, il quale prende le mosse, distanziandosi, da HÜBNER, *Zur Haftung*, cit., p. 200, che considera tale responsabilità una “spada di Damocle” sempre incombente per i giudici.

Tale invalidità, che equivarrebbe ad una non apposizione e, dunque, alla *mors litis* è stata causata, come abbiamo visto, da un incolpevole atteggiamento del *iudex*.

Nonostante ci troviamo davanti ad un caso di scuola, che sarebbe, d'altronde, superabile facilmente con una *restitutio*, venendo meno l'elemento del dolo, questa azione sarebbe molto simile a quella prevista da Gaio come *litem suam facere*.

Pomponio avrebbe utilizzato, dunque, il titolo di responsabilità del *neque diffindere neque sententiam dicere* per descrivere un atteggiamento incolpevole che potrebbe essere perseguito soltanto col rimedio *in factum*.

Si può allora procedere ad una mera congettura, considerando le due fattispecie descritte di *iudex qui litem suam fecerit* in Gai. 4.52 e in *Pap. Ant.* 22 col. II *rectum*: sia l'ignoranza sui reali limiti posti dalla *taxatio* o *condemnatio*, perché mal riferite o la falsa qualifica di *tutor*, che avrebbe procurato una *diffissio* nulla, rientrerebbero nella c.d. responsabilità "oggettiva" per fatto altrui³²⁴, dal momento che non dipendono da un elemento imputabile al giudice.

Il *iudex qui litem suam fecerit* descritto da Gaio si riferiva, come già detto, alla totalità dei comportamenti giudiziali scorretti che avrebbero procurato danni economici, ma racchiudeva anche la possibilità di azioni per fatti non dipendenti direttamente dall'organo giudiziario, essendo, dunque, accomunabile a quelle ipotesi previste contro gli *habitatores*, i *domini aedium*, i *nautae*, i *caupones* e gli *stabularii* incolpevoli. Bisogna considerarli, dunque, secondo il giurista non come *maleficia*, ma *quasi ex maleficiis*.

5. *Il litem suam facere nella testimonianza di Aulo Gellio. Tra accezione letterale e tecnico-processuale.*

Problematiche su tutto quanto abbiamo, sinora, sostenuto si rinvencono ancora una volta dalla lettura di un passo dell'opera di Aulo Gellio, le *Noctes Atticae*, che apre diversi interrogativi ai quali, è bene premetterlo, non sarà agevole fornire soddisfacente soluzione.

Il riferimento al *litem suam facere* nell'opera di Gellio si rinviene solamente in un estratto del titolo 1 del libro 10 della sua opera, in un contesto che sembrerebbe completamente estraneo all'ambito giuridico:

Gellio, *Noctes Atticae* 10.1.1-5:

³²⁴ A similari conclusioni perviene FÖLDI, *Appunti*, cit., p. 421 ss.

Familiari mero cuiquam litteras me illi iam «tertio» scripsisse. Is ad me rescripsi petivitque ut rationem dicerem cur «tertium» ac non «tertio» scripsissem. Id etiam adscripsit, ut eadem quid super illo quoque mihi videretur facerem se certiore, «tertium» ne «consul» et «quartum» an «tertio» et «quarto» dicendum esset, quoniam Romae doctum virum dicere audisset «tertio» et «quarto consul», non «tertium quartumque»; idque in principio lib. II Coelium scripsisse et Quintum Claudium in libro undevicesimo C. Marium creatum «septimo» consulem dixisse.

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.

Si evidenzia come il soggetto dell'azione sia lo scrittore in prima persona, ma il contesto e il riferimento sono del tutto estranei all'ambito giuridico e processuale.

La contesa, ossia la *lis*, qui è puramente grammaticale, ossia se sia corretto il suffisso *-um* o *-o* per indicare la volta numerica nella quale si ricopriva la medesima carica politica.

L'autore sostiene la tesi di Varrone, ossia del suffisso in *-um*, poiché considera Varrone il più sapiente su questioni grammaticali e non vuole *litem suam facere* contro di lui.

Nonostante l'apparente diversità logica tra il *litem suam facere* giuridico e questo, gli studiosi che hanno affrontato il tema³²⁵ sono pressoché unanimi nel ritenere quel riferimento gelliano come un'accezione metaforica e traslata del rimedio giuridico; Gellio avrebbe, dunque, in questo caso utilizzato un tecnicismo giuridico-processuale in un campo non giuridico.

Parte della dottrina sostiene che il riferimento sia interpretabile come non voler esprimere la propria opinione, ossia metterci del proprio nella lite³²⁶ e altro filone, invece, dando valore al termine *absens*, sostiene che fosse inteso nel non esimersi dall'emettere il proprio giudizio sulla questione³²⁷.

Per l'ipotesi di un'accezione di *litem suam facere* come tecnica-giuridica propenderebbero diversi elementi: in primis l'esperienza di Gellio come *iudex privatus* descritta in *Noctes Atticae* 14.2, che abbiamo già analizzato e che analizzeremo nell'immediato prosieguo, nonché l'andamento del testo che ricorda molto quello di un processo³²⁸.

Come abbiamo già osservato la testimonianza di *Noctes Atticae* 14.2 è preziosissima non solo per tentare di scorgere quale fosse l'*officium* del giudicante o come si praticasse per egli il

³²⁵ Cfr. da ultimo VENTURINI, *La responsabilità*, cit., p. 463 ss.

³²⁶ Su tutti BIRKS, *A New Argument*, cit., p. 383.

³²⁷ Cfr. su tutti D'ORS, *'Litem suam facere'*, cit., p. 372.

³²⁸ Cfr. BIRKS, *A New Argument*, cit., p. 383.

non liquet, ma anche per diversi aspetti legati al mondo del diritto³²⁹, finanche la responsabilità del *index*.

Gellio, *Noctes Atticae* 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.»

Senza ripetere i termini di merito della questione, da un punto di vista squisitamente metodologico il letterato ammette che, stando così le cose, il convenuto avrebbe dovuto essere prosciolto e l'attore condannato per calunnia, dal momento che le dicerie sulla moralità dei contendenti non potevano essere assunte quale prova della giustezza delle posizioni³³⁰.

Le parole riportate in *Noctes Atticae* 14.2.22-23 sono, però, le conclusioni che avrebbe dato Favorino, al quale l'autore aveva chiesto consiglio e che giungono alla fine di una panoramica del filosofo sulle questioni controverse dell'*officium* del giudice³³¹, ma ciò che a noi più interessa è il dissenso di cui il filosofo si fa portatore proprio sul caso che un giudice utilizzi delle proprie valutazioni per pervenire ad una decisione³³².

E' bene da subito, dunque, chiarire come la teoria che nei testi gelliani il *iudex qui litem suam fecerit* significhi “ un giudice che mette del proprio” nella controversia³³³ sia difficilmente

³²⁹ Cfr. da ultimo D. DURSI, «*Viva vox*». *Qualche riflessione intorno a MARC. Ist. 1, 1, 8* in *BIDR* 111, 2017, p. 188 ss. (204 ss.) il quale analizza tra gli altri anche il passo di Gellio, *Noctes Atticae* 14.2.1 per la sua indagine sulla costruzione *viva vox* in ambito giuridico, giungendo alla conclusione che nel caso specifico indicasse l'apprendimento orale dai maestri.

³³⁰ Gellio, *Noctes Atticae* 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.*

³³¹ Tra le varie questioni particolare interesse suscita i dubbi posti da Favorino se il giudice dovesse attenersi alla realtà processuale o allargare la decisione anche a fattori esterni, se potessero o meno esperire quello che i moderni chiamerebbero il “tentativo di conciliazione” e, infine, se potesse ordinare l'interrogatorio non richiesto dalla parte, dunque anche d'ufficio. Su tutte le questioni si denotano opinioni divergenti e non una chiara posizione. Cfr. Gellio, *Noctes Atticae* 14.2.14-16.

³³² Gellio, *Noctes Atticae* 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 varietate dicuntur, proinde ut quoquo in loco ac tempore movetur, signa et indicia faciat motus atque sensus sui.»*. Tale conclusione, pertanto, qualora portata a compimento contrasterebbe con il dovere di giudice prospettato in D. 1.18.19.1 (Call., *de cognitionibus*, 1): *Sed et in cognoscendo neque excandescere adversus eos, quos malos putat, neque precibus calamitosorum inlacrimari oportet: id enim non est constantis et recti iudicis, cuius animi motum vultus detegit. et summatim ita ius reddi debet. ut auctoritatem dignitatis ingenio suo augeat.* Nel caso prospettato invece il giudice Gellio sarebbe andato proprio contro qualcuno del quale non ha una buona opinione.

³³³ Opinione sostenuta da ultimo da VENTURINI, *La responsabilità*, cit., p. 463 ss.

sostenibile dal momento che di tale atteggiamento non si sarebbe preoccupato quando era egli stesso un giudice.

Gellio è, infatti, pronto a seguire il consiglio di Favorino che, pur non essendo un giurista richiama la soluzione prospettata da M. Catone, nella sua orazione *Pro L. Turio contra Gn. Gellium*³³⁴, ma l'unico motivo che lo fa desistere dal suo proposito di giudicare la causa sui *mores* piuttosto che sulle *probationes*, in base a proprie convinzioni pregresse, piuttosto che sulla realtà che emergeva dal quadro processuale, sono la sua età e la sua *mediocritas*³³⁵, che verosimilmente avrebbero comportato nella sua ottica un giudizio sociale negativo qualora non si fosse attenuto ai rigidi schemi del formalismo processuale.

Il non soffermarsi, dunque, sul *litem suam facere*, anche soltanto come timore susseguente ad un'errata sentenza sembrerebbe propendere sul doversi escludere di un suo significato come "mettere del proprio all'interno della decisione".

Non ci resta, allora, che provare a vagliare l'altra ipotesi, ossia che il riferimento gelliano al *litem suam facere* potesse essere assunto come l'astenersi dall'emettere sentenza.

Tale opinione che ha diversi sostenitori³³⁶, a mio giudizio si traduce in un'astrazione che per alcuni aspetti non sembrerebbe soddisfacente; seppure sia vero che l'andamento della discussione possa presentare toni processuali, seppur decontestualizzati, l'attore dell'ipotetica questione non è Varrone, bensì l'amico di Gellio e un'astensione dell'autore dalla decisione farebbe soccombere la richiesta dell'amico, non del sapiente che il giudice utilizza all'incirca come mezzo probatorio.

Adversum eum, qui doctum esse dicebatur, litem meam facere absens nolui è chiaro si riferisca, invece, proprio a Varrone, al quale un'astensione di Gellio sulla questione grammaticale non sarebbe importato, verosimilmente, nulla.

³³⁴ Gellio riporta il testo del passo interessato in *Noctes Atticae* 14.2.26: «*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*». Favorino cita la *Pro Turio* di Catone il censore e fa cenno alla *sponsio* "ni vir melior esset", nelle parole simile alla "ni vir bonus esset" trattata da Cicerone, *De officiis* 3.77. Cfr. FIORI, *La gerarchia*, cit., p. 172. Mentre sulla seconda abbiamo qualche informazione in più, dal momento che Cicerone asserisce la necessità, ai fini dell'avveramento della promessa, di una *sententia* su valori assoluti che decretasse la giustizia morale dell'individuo, probabilmente la seconda si sarebbe basata sempre su valori morali, ma sulla base di criteri comparatistici tra due individui e non assoluti.

³³⁵ Gellio, *Noctes Atticae* 14.2.25: *Sed minus ego altiusque id esse existimavi quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer;...* Cfr. PARICIO, 'Iurare sibi non liquere', cit., p. 413 ss.

³³⁶ Cfr. oltre al già citato D'ORS, 'Litem suam facere', cit., p. 372, anche SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 173 e MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 50.

Ulteriore elemento che sarebbe opportuno tenere in considerazione è il pubblico al quale Gellio si rivolge, che sembrerebbe essere non ristretto³³⁷ e un'astrazione così elevata nel campo giuridico sarebbe stata intellegibile solo per coloro che sono addentri alle meccaniche processuali.

In assenza di ulteriori ipotesi che possano ricollegare il riferimento di *Noctes Atticae* 10.1.5 ad un rimedio processuale, propenderei per una traduzione più letterale del termine e, probabilmente, più in linea con le intenzioni dell'autore.

Gellio, a mio giudizio, vuole solo non contraddire l'opinione di un erudito che ritiene, a buon diritto, più sapiente di lui sulla specifica questione, dunque non vuole, anche se solo ipoteticamente, "litigare con lui".

Se assumessimo questa posizione se ne evidenzerebbe un significato corrispondente a quanto avevamo visto con Cicerone, *De oratore*, 2.75.305 e, dunque, si denoterebbe che ancora ai tempi di Gellio, un utilizzo della costruzione *litem suam facere* non esclusivamente giuridico e tecnico-processuale.

Si confermerebbe, dunque, un uso dapprima letterale e poi giuridico della costruzione, come si è sottolineato in questo capitolo, ma ciò che soprattutto emerge dalle conclusioni di *Noctes Atticae* 14.2 è che ai tempi di Gellio il *index* avesse un potere ben maggiore di quanto si rinviene dalle sole fonti giuridiche potendo, qualora dotato di sufficiente *auctoritas* e determinazione, basare la propria decisione anche prescindendo dalle evidenze probatorie³³⁸.

Il quadro che si delineerebbe in questo senso non è diverso da quanto sostenuto da Giovenale nella *Satura* 16, ossia di meccanismi processuali che nella prassi inseriscono i rapporti di forza ben sopra le regole processuali, che qualora fossero state disattese dal *index*, con buona probabilità almeno nel II secolo d.C., avrebbero lasciato il soggetto che astrattamente avrebbe avuto ragione senza possibilità di far valere il proprio diritto.

³³⁷ Cfr. O. DILIBERTO, *I destinatari delle «Noctes Atticae»* in *Labeo* 42, 1996, p. 277 ss. (284 ss.).

³³⁸ Cfr. a tal proposito B. VERONESE, *I rapporti tra il giudice e le parti in Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese III*, Padova, 2015, p. 679 ss. (688 ss.). Tale impostazione in altri termini viene messa in luce anche da Ulpiano in D. 5.1.79.1 (Ulp., *de officio proconsulis*, 5): *Iudicibus de iure dubitantibus praesides respondere solent: de facto consulentibus non debent praesides consilium impertire, verum iubere eos prout religio suggerit sententiam proferre, haec enim res nonnumquam infamat et materiam gratiae vel ambitionis tribuit*. Se avevano i giudici dubbi sul fatto dovevano decidere secondo coscienza e senza influenze esterne. Cfr. D. MANTOVANI, *Il «bonus praeses» secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del «de officio proconsulis» di Ulpiano* in *BIDR* 96-97, 1993-1994, p. 203 ss.

CAPITOLO II:
LA RESPONSABILITÀ DEL IUDEX PER *LITEM SUAM FACERE* NEL
PERIODO SEVERIANO E TARDO-ANTICO.

1. *La testimonianza di Ulpiano. Il litem suam facere in epoca severiana.*

Dopo aver assistito all'evoluzione storica del lessema *litem suam facere* con le prime attestazioni in campo giuridico dello stesso riferite al *iudex*, in tale sezione occorrerà, invece, concentrarci sull'evoluzione di significato che essa ebbe dal III secolo d.C. in avanti.

Già si è ribadito come la vaghezza della perifrasi in questione potesse vagliare significati assai distanti fra loro e l'accezione che ebbe a partire dall'epoca severiana fu, come vedremo, una vera e propria rivoluzione.

L'approccio metodologico di inserire le testimonianze severiane in una sezione separata dell'indagine rispetto a quella che analizza le fonti del II secolo è, a mio giudizio, necessario, dal momento che quanto risulta dalla lettura dei testi successivi contrasta con quanto si rileva dalle fonti precedenti.

L'idea di *iudex qui litem suam fecerit* come insieme generale di azioni per errori commissivi o omissivi del giudice e fondato sul *bonum et aequum* viene, in questo periodo storico, completamente ribaltata, come è visibile già da questa testimonianza di Ulpiano:

D. 5.1.15 (Ulp., *ad edictum*, 21³³⁹):

Filius familias iudex si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat.

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.

Come già accennato l'evoluzione del *iudex qui litem suam fecerit*, qui trattato *incidenter tantum* per spiegare quale fosse il comportamento incolpabile del giudice ai fini del risarcimento limitato al *peculium* denota un mutamento di prospettiva evidente.

³³⁹ Diversamente secondo LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, cit., p. 167, n.1, come già menzionato, tale testo doveva essere inserito nel libro 23 dell'opera ulpiana.

La prima riflessione è che la polisemia della perifrasi non aveva ricevuto una fissazione, deducendosi ciò dalla necessità di Ulpiano di un'esplicazione ulteriore³⁴⁰, mentre la seconda è, al contempo, la portata del significato radicalmente mutata.

1.1. I caratteri dell'azione contro il *filius familias iudex*.

Elemento principale da tenere in considerazione è l'assenza di qualsiasi riferimento ad un'azione nossale esercitabile come responsabilità derivante da *maleficium* dei figli, così come mostratoci da Gaio nelle Istituzioni³⁴¹.

Come è noto, qualora un *filius*, individuo *alieni iuris*, avesse compiuto un *maleficium*, il soggetto *sui iuris*, padre, avrebbe potuto evitare di pagare quanto dovuto a titolo di risarcimento con la dazione *ipsius corporis* del danneggiatore³⁴².

Se ci basiamo sulla lettura di Gai. 4.75, il *prudens*, descrivendo la fattispecie al presente, suggerirebbe che il regime della nossalità per le malefatte dei *fili* fosse attuale nella sua epoca e ricaveremmo conferme in tal senso dalla lettura di:

D. 9.4.32 (Call., *ad edictum monitorium*, 2):

*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.*³⁴³

Con tale passo si proverebbe, infatti, non solo una contemporaneità del regime della nossalità sino al periodo in cui vive opera Ulpiano, dal momento che Callistrato è un giurista coevo di quest'ultimo³⁴⁴.

³⁴⁰ Non sono mancate ipotesi di interpolazioni sulla seconda parte: cfr. L. MITTEIS-H. PETERS, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur* I, Weimar, 1929, c. 68.

³⁴¹ Gai. 4.75, v. *supra*.

³⁴² Per un approfondimento sul tema cfr. su tutti B. BIONDI, *Le 'actiones noxales' nel diritto romano classico*, Cortona, 1925, p. 170 ss.; F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947, p. 201;

³⁴³ Sul testo vi sono stati dubbi di interpolazione. Si cfr. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 408 ss., n. 26, per bibliografia ivi riportata.

³⁴⁴ Per un approfondimento su tale questione cfr. T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1982, p. 123, n. 184; BIONDI, *Actiones Noxales*, cit., p. 257; M. BRUTTI, *Il "radimonium" nelle azioni nossali* in *RISG* 77, 1970, p. 261 ss. (287, n. 35), nonché SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 409 ss., il quale mostra anche la cesura tra vecchia disciplina e nuova testimoniata da J. 4.8.7: *Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. Nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi haec penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis, quam filius periclitetur, quam in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.* Secondo lo studioso: "l'enfasi posta sull'estrema asperitas del trattamento riservato ai soggetti i quali dovevano subire l'abbandono nossale, con particolare riferimento alla delicata

Vi sono, però, anche testimonianze contrarie:

D. 5.1.57 (Ulp., *ad Sabinum*, 41):

Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio: sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem dumtaxat 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.

Non sono mancati, anche qui, sospetti di interpolazione³⁴⁵, ma la *sententia* di Ulpiano è conforme con quanto esposto in D. 5.1.15 Ulpiano, dunque, sembrerebbe propendere per una responsabilità personale del *filius* in sede processuale, dal momento che anche per la trasmissibilità delle azioni, vi sarebbe una limitata portata della responsabilità per il risarcimento del danno, in quanto circoscritta al *peculium*.

Secondo Scevola³⁴⁶ ragione di tale discrasia potrebbe rinvenirsi nell'evoluzione che si evidenziava all'inizio del III secolo a.C. verso un regime di piena soggettività giuridica dei *fili* *familias*, caratterizzata dall'autonomia derivante dal *peculium* e dalla minore asperità della *potestas* paterna.

Tuttavia, come lo stesso studioso asserisce³⁴⁷, si potrebbe addirittura anticipare tale processo evolutivo al secondo secolo d.C., sulla base di:

D. 47.7.39 (Gai., *ad edictum provinciale*, 3):

Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest.

Si evince dal testo sopra proposto, infatti, che il giurista antoniniano prevedesse un'estraneità al regime della nossalità per i *fili* *familias*, come si evincerebbe da un altro estratto dell' *ad edictum provinciale*, D. 9.4.1, che si riferiva, per quanto concerne le azioni nossali, esclusivamente ai *servi*.

situazione in cui si sarebbero trovate le *filiae*, costituiscono elementi finalizzati ad accentuare volutamente la cesura [...], in funzione elogiativa dell'opera di umanizzazione [...] delle *Institutiones* di Giustiniano" (411). Dal termine *saepius*, tuttavia, emergerebbe comunque una regola del regime della nossalità non generale, anche se molto utilizzata secondo i *veteres legum commentatores*, identità dei quali continua a suscitare non pochi dubbi.

³⁴⁵ Cfr. BIONDI, *Actiones noxales*, cit., p. 49 e SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 412 ss., n. 28, per bibliografia successiva.

³⁴⁶ Cfr. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 415.

³⁴⁷ Cfr. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 416.

Tutto ciò potrebbe un sintomo chiaro della riserva di tale disciplina ormai limitata agli schiavi, ma ciò porrebbe un ulteriore interrogativo per quanto concerne la conciliabilità tra l'inclusione dei *fili* al regime della nozialità nelle *institutiones* e l'esclusione nell'*ad edictum provinciale*.

Se supponessimo un netto cambio di regime tra le due discipline intercorso durante la vita e le opere di Gaio, apparrebbe una soluzione forzata.

Potremmo tentare di rispondere a tale divergenza soltanto con una congettura che non trova, purtroppo, riscontri, ossia ritenere che il regime intermedio di imputabilità del *filius* “*cum eo tamquam cum patre*”, fosse di difficile inquadramento per la rigida sistematicità del testo delle *institutiones*, che aveva come fine l'immediata comprensibilità per gli studenti che si avvicinavano al diverso.

Diverso potrebbe essere stato l'approccio utilizzato nell'*ad edictum provinciale*, opera maggiormente tecnica e destinata ad un pubblico di esperti.

L'alternanza di imputabilità *pater-filius* prevista da D. 47.7.39 potrebbe essere stato frutto di uno sviluppo della prassi volta a riconoscere la soggettività giuridica ai *fili*, attraverso l'iniziale possibilità di scelta per l'attore se intentare l'azione contro il soggetto *sui iuris* o, invece, contro quello *in potestate*.

Ciò che non si esclude a livello meramente concettuale e ipotetico è che qualora l'azione fosse stata intentata contro il *pater*, quest'ultimo ben avrebbe potuto cedere il figlio a nozza³⁴⁸, ma al fine di tentare una conciliazione tra quanto sostenuto da Gaio nelle *institutiones* e quanto invece descritto nell'*ad edictum provinciale* si potrebbe ipotizzare una scarsa rilevanza pratica del rimedio noziale per i figli in potestà, quantomeno nel periodo antoniniano.

Ciò sarebbe conforme con quanto si evince in D. 9.4.32, ossia quanto sostenuto da Callistrato nell'*ad edictum monitorium*³⁴⁹, di epoca successiva, a testimonianza di una sopravvivenza di tale rimedio, anche nel periodo severiano.

³⁴⁸ Ciò potrebbe essere testimoniato anche da un passo di Pomponio: D. 9.4.33 (Pomp., *ad Sabinum*, 4): *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*. L'esplicazione della difesa da parte del libero *in potestate* lascerebbe presumere che al *pater*, ancora nel secondo secolo d.C., fosse concesso cedere il figlio in nozza. Si potrebbe, tuttavia, anche ipotizzare *e contrario*, che la *sententia* di Pomponio fosse meramente la trasposizione di quanto contenuto nel commentario di Masurio Sabino e dunque che la stessa potesse non essere attuale al tempo in cui viveva e operava Pomponio, ma in assenza di prove che possano testimoniare tale inattualità sarei propenso, sia per il tempo verbale utilizzato, sia per il tono del discorso che tale soluzione nel secondo secolo d.C. fosse ancora attuale.

³⁴⁹ Di tale editto si sa ben poco. Per quanto mi è stato possibile rinvenire si cfr. J.T. GRAVES, *s.v. Callistratus* in *Dictionary of greek and roman biography and mythology*, Londra, 1844, p. 579, il quale riporta a sul tema riporta quanto contenuto nella monografia di C.G. HAUBOLD, *De Edictis Monitorius ac Brevibus*, Lipsia, 1804, lo studioso sostiene che gli editti monitori non siano decreti particolari contenenti notificazioni o citazioni per le parti nel

La testimonianza di Ulpiano, in D. 5.1.15.pr. descrive, invece, ormai una piena imputabilità nei confronti del *filius familias iudex*, anche se limitata al *peculium* e da ciò si ricava un'evoluzione rispetto a quell'alternanza di imputabilità *pater-filius* che abbiamo analizzato e *de facto* certifica una desuetudine del rimedio della nossalità, anche se non una completa eliminazione³⁵⁰.

Ciò che parte della dottrina ha sostenuto, però, è che l'imputazione fosse in ogni caso esperibile solo contro il *pater* attraverso l'*actio de peculio*³⁵¹, ma a mio giudizio in tal modo non si analizzerebbe correttamente il rimedio descritto da Ulpiano.

Un aiuto in tal senso potrebbe essere fornito da un passo delle *institutiones* di Giustiniano:

J. 4.5.2:

*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 nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. Quod et filiofamilias iudice observandum est, qui litem suam fecerit.*³⁵²

Dal modo in cui è composta la frase, sembrerebbe che vi sia stata un'aggiunta da parte dei compilatori per uniformare la disciplina alle figure della nuova categoria dei *quasi delicta*³⁵³ e ben si potrebbe sostenere che quella di Salvio Giuliano fosse soltanto un'opinione limitata al *effusum vel deiectum* o al *positum et suspensum* corroborando tale posizione con l'osservazione del verbo utilizzato: *placuit*.

Conviene a tal proposito soffermarsi sul seguente estratto:

D. 5.1.16 (Ulp., *ad edictum*, 5):

corso della causa, ma clausole generali contenute nell'editto perpetuo che si riferiscono al diritto processuale, concedendo azioni o altri rimedi a certe condizioni. Avrebbero contenuto altresì avvisi e conseguenze di irregolarità o nullità per non aver seguito tali prescrizioni. Tali supposizioni si basano esclusivamente sui frammenti dell'opera di Callistrato, che Haubold distingue tra dall'*edictum breve*, oggetto di un commentario di Paolo.

³⁵⁰ Cfr. BIONDI, *Actiones noxales*, cit., p. 46, n. 5.

³⁵¹ Cfr. GIMENEZ CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 58; D'ORS, *'Litem suam facere'*, cit., p. 382; VENTURINI, *La responsabilità*, cit., p. 469.

³⁵² Sul passo sono state avanzate diverse ipotesi, ad esempio M. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto II*, Torino, 1900, p. 76 e BIONDI, *Actiones noxales*, cit., p. 46 hanno sostenuto che la *sententia* di Giuliano si riferisse in realtà all'azione nossale e tale rimedio sarebbe stato frutto di una sostituzione dei compilatori giustinianeici. P. DE FRANCISCI, *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano, 1912, p. 59, invece, ha sostenuto probabile un intervento dei giustinianeici, ma non a fine sostitutivo.

³⁵³ Opinione concorde si rinviene in SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 446, n. 51, il quale effettua un confronto con la parafrasi di Teofilo del passo in questione.

Iulianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multis notata est.

Contenuto analogo si rinviene anche in:

Fragm. Argent. IIb versum (Ulp., *disp.*, 3):

...divumque Pium rescripsisse et in heredes eorum itidem causa cognita, 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...

Quella di Salvio Giuliano è la fonte più arcaica che conosciamo a proposito di *iudex qui litem suam fecerit*, essendo quest'ultimo precedente a Gaio.

La testimonianza che ci è pervenuta, però, è riportata soltanto come fonte indiretta e, avendo chiarito che il *litem suam facere* si prestasse ad essere utilizzato nel II secolo d.C., come generale categoria nella quale far rientrare le azioni privatistiche esperibili contro il *iudex*, non sappiamo se il giurista in questione si fosse mai espresso in questi termini o avesse utilizzato altra terminologia per riferirsi alla categoria ovvero ad una o più specifiche azioni *in factum* per ipotesi di responsabilità del *iudex*. Non possiamo, cioè, dire con precisione se la locuzione *qui litem suam fecit* sia riferibile direttamente a Giuliano ovvero fosse una parafrasi ulpiana.

Ciò che a noi colpisce e interessa, tuttavia, è l'elemento di discordia tra l'opinione giuliana e quella di Ulpiano a proposito della trasmissibilità passiva dell'azione.

Ciò che si potrebbe sospettare, però, è che la discrasia³⁵⁴ di opinioni tra Ulpiano e Giuliano sul tema del *iudex qui litem suam fecerit* si estendesse anche alla natura dell'azione, cosa che, tuttavia, secondo Scevola sembrerebbe doversi escludere³⁵⁵.

Oltre la differenza tra la disciplina che prevede la trasmissibilità passiva dell'azione per l'erede del *iudex* e per quello del *magistratus*³⁵⁶ ciò che colpisce di *Fragm. Argent. IIb versum* è la

³⁵⁴ Sul contrasto tra i due giuristi cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 67 e ivi n. 100 per bibliografia precedente.

³⁵⁵ Cfr. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 467 ss., ivi vi è tutto il percorso e le elaborazioni effettuate dalla dottrina precedente. Tale tesi è stata sostenuta più recentemente anche da FERCIA, *Litem suam facere*, cit., p. 942 ss. e VENTURINI, *La responsabilità*, cit., p. 470.

³⁵⁶ Per quanto concerne la trasmissibilità passiva dell'azione nei confronti dell'erede del *magistratus*, il richiamo al *rescriptum* di Antonino Pio è contenuto anche in D. 27.8.6 (Ulp., *ad edictum*, 1), deve necessariamente basarsi sulla *dolo proximae culpa*, dunque la colpa grave (espressa anche come *culpa lata*, *lata negligentia*, *culpa dolo proxima* o *prope dolum*, nonché come *dolo comparatur*, cfr. VOCI, *Diligentia*, cit., p. 50, n. 41) per l'elenco dei passi ove compare ogni forma) come si evince da D. 27.8.4, frammento tratto dal medesimo terzo libro delle *disputationes* di Ulpiano come *Fragm. Argent. IIb versum*. Coerentemente con quanto esposto da Á. GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, *La acción subsidiaria del fragmento argenteratense de Ulpiano* in *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero II*, Madrid, 1992, p. 269 ss. (271 ss.) un esempio per il comportamento altamente colpevole del

testimonianza del *rescriptum* dell'imperatore Antonino Pio, che testimonia proprio come quella *sententia* di Giuliano non fosse *vera*, cioè non avesse avuto un seguito.

La trasmissibilità passiva dell'azione è un indizio che, però, sembra volerci dire più di quanto, *prima facie*, possa sembrare. Confrontiamo:

D. 27.6.9.1 (Ulp., *ad edictum*, 12):

*Has in factum actiones heredibus quidem competere ceterisque successoribus, in eos vero non reddi Labeo scribit nec in ipsum post annum, quoniam et factum puniunt et in dolo concipiuntur: et adversus eas personas quae alieno iuri subiectae sunt, noxales erunt.*³⁵⁷

Tralasciando il tema della nossalità³⁵⁸ dell'azione, che come abbiamo visto è stato frutto di un'evoluzione, ciò sul quale conviene soffermarsi è la motivazione che spinge a considerare tali rimedi trasmissibili attivamente, ma non passivamente: *factum puniunt et in dolo concipiuntur*.

La ragione, dunque, che giustifica tale situazione è la natura punitiva dell'azione e l'elemento soggettivo per il quale sono state concepite: il dolo dell'agente.

Venendo meno questi presupposti, dunque, verrebbe altresì meno la punitività dell'azione e, dunque, l'elemento di personalità³⁵⁹ e di conseguenza di intrasmissibilità passiva.

Se riprendiamo dunque i passi del terzo libro delle *res cottidianae* di Gaio, sabiniano come Salvio Giuliano, la prospettiva risulta simile, dal momento che sono completamente estranei a tale ipotesi l'indagine sulla subiettività dell'agente e la volontà punitiva.

magistratus, che avrebbe procurato una trasmissibilità dell'azione a lui rivolta persino nei confronti del suo erede, si basava sul mancato compimento del suo *officium*, non avendo egli richiesto al tutore la *cautio rem pupilli salvam fore* o negligenze similari che avrebbero comportato per il *pupillus* un ingiusto pregiudizio patrimoniale, non potendo egli proporre l'azione che si basava sulla cauzione. In definitiva l'errore doveva essere grave e basarsi su una colpa molto grave, tale da superare i confini della personalità delle parti e raggiungere gli eredi. La differenza, dunque, sulle due azioni oltre al soggetto passivo è proprio la responsabilità derivante dall'elemento soggettivo, che mentre nel caso del *iudex* è solo il dolo, nel caso del *magistratus* è sufficiente la *culpa proxima dolo*. Ciò che cambia, dunque, è la natura dell'azione: punitiva e strettamente personale la prima, risarcitoria e dunque trasmissibile la seconda.

³⁵⁷ Cfr. E. STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio I*, Napoli, 2001, p. 238.

³⁵⁸ Cfr. P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste* in *SDHI* 64, 1998, p. 1 ss. (42 ss.), secondo il quale il rimedio pretorio aveva tutte le caratteristiche dell'azione penale meno una: la solidarietà nell'espletamento della pena.

³⁵⁹ Tale parallelismo si evincerebbe anche da D. 39.1.22 (Marc., *digesta*, 15): *Cui opus novum nuntiatum est, ante remissam nuntiationem opere facto decessit; debet heres eius patientiam destuendi operis adversario praestare; nam et in restituendo huiusmodi opere eius, qui contra Edictum fecit, poena versatur, porro autem in poenam heres non succedit*. Sul passo cfr. G. BRANCA, *La prohibitio e la denuncia di nuova opera come forme di autotutela cautelare* in *SDHI* 7, 1941, p. 313 ss.; G. COSENTINI, *Appunti sull'operis novi nuntiatio* in *AUCT* 4, 1950, p. 19 ss.; A. MOZZILLO, *Contributi allo studio delle "stipulationes praetoriae"*, Napoli, 1960, p. 155 ss.; C.ST. TOMULESCU, *Problèmes de droit romain* in *IURA* 24, 1973, p. 69 ss. (89 ss.); J. PARICIO, *La denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico*, Barcellona, 1982, p. 203 ss.; F. FASOLINO, *Interessi della collettività e dei vicini nell'operis novi nuntiatio* in *Labeo* 45, 1999, p. 45 ss.; SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 478 ss., anche se non è concorde con tale impostazione.

Non si vogliono qui avanzare ipotesi di primogenitura intellettuale sulla fattispecie del *iudex qui litem suam fecerit*, ma soltanto mettere in luce la sostanziale differenza tra la prospettiva giuliano-gaiana e quella ulpiana.

Se della prima già si è detto a sufficienza nel capitolo precedente, la seconda prospettiva risulterà, come si potrà evincere dall'immediato prosieguo un'evoluzione sociologico-giuridica, dettata probabilmente, tra i vari fattori, anche dalla maturazione del pensiero sul *ius* e dalle differenti meccaniche "processual-civilistiche".

Ci basti ora segnare il punto di discontinuità tra l'azione prospettata da Giuliano e Gaio e quella di Ulpiano: la prima a fine ristoratorio, sebbene equitativamente come testimoniatoci da Gaio, la seconda con finalità punitive.

In definitiva quale fosse il pensiero di Giuliano sulla trasmissibilità passiva dell'azione promossa contro il *iudex qui litem suam fecerit* non è di facile soluzione, anche perché si dovrebbe indagare sull'attualità a quei tempi del regime della nossalità per l'errore commesso dal *filius familias iudex* e dunque il paragone con l'*effusum vel deiectum*.

Analizzeremo in seguito il tutto, ma ciò che a noi ora interessa è la completa estraneità del *pater* nell'azione prevista da Ulpiano, dati i caratteri di punitività e, dunque, personalità dell'azione, come chiaritoci dal riportato pensiero di Labeone, che escluderebbe, quindi, la possibilità di un'*actio de peculio* nei suoi confronti.

Il passo di Ulpiano, in questa prospettiva, quindi, riprendendo Scevola³⁶⁰ farebbe riferimento soltanto alla limitazione massima della *condemnatio* al *peculium* del *filius familias iudex* e intenderebbe mettere in guardia le parti dalla scelta del *iudex*, dal momento che qualora avessero scelto un soggetto *alieni iuris*, quest'ultimo avrebbe avuto una responsabilità limitata per una sua sentenza dolosamente errata.

1.2. *Iudex tunc litem suam facere intellegitur: la spiegazione incidentale di Ulpiano.*

Dopo aver analizzato la natura dell'azione contro il *filius familias iudex*, occorre ora indagare intorno alla spiegazione che Ulpiano compie del *iudex qui litem suam fecerit*.

Tale inciso ha dato luogo a sospetti di interpolazione³⁶¹, sia perché metteva in crisi il sistema *iudex qui litem suam fecerit* per come veniva a delinearsi sulla base dei testi del II secolo

³⁶⁰ Cfr. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 462 ss.

³⁶¹ Cfr. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., p. 249, n. 133 e p. 223 ss., n. 19. Secondo BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., p. 166, il passo in origine non si sarebbe riferito alla generica definizione del comportamento del *litem suam facere*, ma sulla scia del LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 216 ss. vi fosse un riferimento alle *leges Cicereia e Cornelia*.

d.C., sia perché il modo di trattare tale argomento in maniera incidentale “*index tunc... intellegitur*” ha posto più di qualche sospetto.

In accordo con la dottrina più recente³⁶², tuttavia, ciò sarebbe un presupposto che qualora non fosse dimostrato, sarebbe una comoda, ma apodittica soluzione.

Se si analizza la *sententia* di Ulpiano, però, in un quadro evolutivo e più vicino alla prassi giudiziale, rinveniamo come ciò che si è detto a favore della natura dell’azione contro il *filius familias index* trova una sua evidente spiegazione alla luce della differenza che abbiamo visto tra carattere punitivo e carattere risanatorio dell’azione.

Nella grande incertezza intorno all’argomento in questione tale estratto, però, dice molto di più di ciò che possa sembrare *prima facie*.

1.2.1. L’agere in fraudem legis.

Il problema dell’*agere in fraudem legis* si rinviene, soprattutto, nelle esplicazione del fenomeno descritta dai giuristi severiani Paolo e Ulpiano³⁶³:

D. 1.3.29 (Pau., *liber singularis ad legem Cinciam*)³⁶⁴:

Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.

D. 1.3.30 (Ulp., *ad edictum*, 4):

Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: ῥητὸν ἀπὸ διανοίας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.

Se analizziamo i due passi emerge in prima istanza una differenza tra un *agere contra legem*, identificato come ciò che la legge proibisce, da ciò che invece è l’*agere in fraudem legis*, che invece merita un discorso più complesso.

Per una visione critica, che mi sento di condividere, su quest’ipotesi cfr. CENTOLA, *Contra constitutiones indicare*, cit., p. 148 ss.

³⁶² Cfr. da ultimo C. VENTURINI, *El juez en Roma: funciones y responsabilidad* in *El juez en Roma: funciones y responsabilidad*, Madrid, 2010, p. 11 ss. (28) e FUENTESECA, *El enigmático significado*, cit., p. 40 ss.

³⁶³ Cfr. O. BEHRENDT, *Die Fraus Legis*, Göttingen, 1982, p. 9 ss.; L. FASCIONE, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983, p. 2.

³⁶⁴ Il passo D. 1.3.29 è l’unico tratto dal commentario sulla *lex Cincia*, cfr. F. CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960.

Se Paolo tende a darci una definizione leggermente delineata, assai criptico e sfumato appare Ulpiano, il quale per farci intendere la distanza tra agire contro la legge e in frode ad essa utilizza una similitudine con due parole greche: ῥητὸν, ciò che è espresso/scritto e διανοία, ciò che rimane nell'ambito del pensiero, dell'intenzione³⁶⁵.

Il passo di Paolo si concentra nello spiegarci il *sententiam legis circumvenire* con quella che potrebbe essere definita come attività interpretativa dei destinatari, perché l'attività di individuare il "contenuto della norma", si traduce inevitabilmente nell'ermeneutica³⁶⁶.

Come chiaritoci da Fascione, però, ciò che sembra mancare è la punibilità effettiva del comportamento in *fraudem legis*, elemento che produce l'impossibilità per noi contemporanei di comprendere quale fosse l'esperibilità pratica della teorizzazione sulla *fraus legi/s*³⁶⁷.

Procedendo con l'analisi del secondo passo di Ulpiano³⁶⁸, quest'ultimo afferma che vi è una differenza tra ciò che la norma vieta (*agere contra legem*) e ciò che la norma non vieta, ma non vuole che sia fatto: un ulteriore chiarimento rispetto alla descrizione di Paolo.

Il problema che si pone è quale sia il limite del non detto equivalente a proibito: bisogna, dunque, chiarire quali siano i limiti giuridici oltre i quali si debba parlare di *fraus legi*.

Riconducendo la questione a ciò che a noi interessa, ossia l'esplicazione del *litem suam facere* in D. 5.1.15.1, appare dirimente capire quale sia tale limite della *fraus*.

Se *fraus legi/s* è un concetto così ampio e indefinito, non può limitarsi soltanto al danno nei confronti della legge che deriva da azioni indirette tendenti a fini proibiti, ma deve anche ricomprendere l'atteggiamento morale di superiorità nei confronti del proprio compito di risolutore di controversie secondo giustizia; in tale, contesto, dunque il riferimento alla *lex* non può limitarsi alla legge formale, ma a qualsiasi norma giuridica³⁶⁹.

³⁶⁵ Secondo FASCIONE, *Fraus legi*, cit., p. 3, ῥητὸν indicherebbe i *verba legis*, mentre διανοία indicherebbe la *sententia legis*.

³⁶⁶ Cfr. FASCIONE, *Fraus legi*, cit., p. 193 ss.

³⁶⁷ Cfr. FASCIONE, *Fraus legi*, cit., p. 193, e in particolare n. 20, il quale evidenzia come non esistesse un dogma teorico della *fraus legi/s* nel diritto romano, ma che invece fossero presenti una serie di soluzioni pratiche nel quale quest'ultima potesse configurarsi. Si cfr. ad esempio D. 28.6.43.3 (Pau., *quaestionum*, 9); D. 37.14.16 (Ulp., *ad legem Iuliam et Papiam*, 10); D. 40.9.12.1 (Ulp., *de adulteriis*, 4); D. 40.9.14.5 (Ulp., *de adulteriis*, 4).

³⁶⁸ Non ci si soffermerà in questa sede sull'originalità di quell'*enim*, cfr. FASCIONE, *Fraus legi*, cit., p. 194, il quale lo considera interpolato, mentre G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911, p. 117, sposando la linea di I. PFAFF, *Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere*, Vienna, 1892, p. 133, n. 2, sostiene il contrario.

³⁶⁹ Tale impostazione si sposa con le conclusioni di FASCIONE, *Fraus legi*, cit., p. 249 ss. e che sembrerebbe evincersi anche dalla sua spiegazione del passo in esame a p. 153. In senso conforme cfr. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., p. 34 ss. Secondo BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., p. 176 ss., invece, la *fraus* in D. 5.1.15.1 si tratterebbe della violazione del limite legale posto dalla *lex Cornelia* a tutela della posizione patrimoniale delle tre figure di *adpromissores*, di cui in Gai. 3.124. Sembrano condividere il punto MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 23 ss. e FERCIA, *Litem suam facere*, cit., p. 921 e ivi n. 10 per bibliografia precedente, mentre LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., p. 224 ss. e GIUSTO, *Per una storia*, cit., p. 464, suppongono vi si riferisca ad un generico mancato rispetto di un

Il dolo, dunque, nella fattispecie in esame, è necessario per integrare la *fraus*, ma non è ad essa funzionale, cioè occorre che il giudice sia consapevole di utilizzare atteggiamenti antiggiuridici, ma non si ingegni precipuamente nell'infrangere la legge.

Il giudice avrebbe dovuto, dunque, voler raggiungere l'obiettivo illecito tramite l'ingiusta *sententia*, al fine di integrare l'ipotesi di responsabilità a suo carico.

Rimane l'interrogativo su chi dovesse valutare in concreto se il giudice avesse o meno superato i limiti e a questo interrogativo cercheremo di rispondere nel prosieguo della trattazione.

1.2.2. *Il dolo nel sententiam dicere. Il rapporto con l'evidenza probatoria.*

Ulpiano in D. 5.1.15.1 si preoccupa di esplicitare come si configurasse l'elemento psicologico di quella figura che secondo, a tutti gli effetti, sembrerebbe configurarsi quale *delictum*.

Un mutamento prospettico evidentissimo rispetto alle *variae causarum figurae* delle *res cottidianae*, che pone evidenti interrogativi e che sulle differenze rispetto alla prospettiva di Gaio evidenzia un'evoluzione teorico-pratica della responsabilità per *litem suam facere*.

Se nel caso dell'ipotesi del giurista antoniniano contenuta in D. 44.7.5.4 e D. 50.13.6 abbiamo, infatti, visto gli eventuali limiti dell'efficacia probatoria, in questo caso il maestro severiano chiarisce che, al fine della configurazione della fattispecie delittuosa, sia necessario un atteggiamento doloso e in cosa effettivamente esso possa consistere.

Ulpiano specifica che, affinché si tratti di *dolus malus*, è necessario che sia dimostrato in modo evidente (*evidens arguatur*) che il *iudex* abbia mostrato verso una parte *vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes*.

A me sembra che proprio su quell'*evidens arguatur*, che poco è stato considerato dagli studiosi, si possa stabilire la netta discontinuità ed evoluzione del pensiero giuridico: è chiaro che qui si pone attenzione alla prova³⁷⁰.

Dal punto di vista processuale, infatti, ciò che colpisce è l'attenzione di Ulpiano per l'evidenza del fatto che deve risultare da parte di colui che intende intentare un processo nei

precetto giuridico, infine GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 49 ss. suppone che la normativa elusa sia rintracciabile nella *lex Iulia iudiciorum privatorum*.

³⁷⁰ Per un approfondimento sul regime probatorio in diritto romano cfr. A. TRIGGIANO, *Prove decisorie e poteri dell'organo giudicante in Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese III*, Padova, 2015, p. 741 ss.

confronti del *iudex*. Dimostrare la *gratia, inimicitia aut sordes*, sulle quali sarà opportuna una specificazione, non era molto facile, come si evince da un altro passo dello stesso Ulpiano:

D. 30.50.1 (Ulp., *ad Sabinum*, 24):

Si hereditatis iudex contra heredem pronuntiaverit non agentem causam vel lusorie agentem, nihil hoc nocebit legatariis. quid ergo, si per iniuriam fuerit pronuntiatum non tamen provocavit? iniuria ei facta non nocebit legatariis, ut et Sabinus significat. si tamen secundum substitutum pronuntiet, an ille legatariis teneatur, videamus: et cum ius facit haec pronuntiatio quod attinet ad ipsius personam, numquid legatariis teneatur? nec enim tam improbe causari potest secundum se indicatum per gratiam. respondebit igitur et legatariis, ut creditoribus.

Il giurista severiano prende le mosse dall'inopponibilità ai legatari della sentenza di condanna dell'erede a causa dell'assenza di quest'ultimo dal processo o di difesa apparente³⁷¹; in questo contesto il *prudens* si pone due quesiti, il primo riguarda una sentenza *iniusta* non appellata³⁷² che liquida velocemente asserendo che l'*iniuria* fatta all'erede non nuoce ai legatari, avvalendosi dell'opinione concorde di Masurio Sabino.

Il secondo quesito, che a noi maggiormente interessa, pone l'ipotesi di un *substitutum*³⁷³, nel favore del quale viene emessa la *sententia* e se quest'ultimo fosse o meno tenuto a rispettare gli obblighi nei confronti dei legatari. Al di là della risposta affermativa, il giurista precisa che il *substitutum* non avrebbe potuto *tam improbe* affermare la *gratia* del giudice.

Oltre all'assunto che la *gratia iudicis* sembrerebbe in questo caso essere provata nei confronti del *substitutum*³⁷⁴, a me sembra che ci sia anche una difficoltà probatoria sottostante, ponendo il caso che al sostituto non interessasse minimamente una pronuncia in proprio favore.

³⁷¹ La costruzione *lusorie agentem* viene ad essere tradotta in tal modo nel passo in esame da A. METRO in *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae* V.1 (sotto la direzione di S. SCHIPANI, con la collaborazione di L. LANTELLA, volume a cura di A. PETRUCCI-A. SACCOCCIO), Milano, 2014, p. 221. Traduzione diversa viene fornita da SALOMONE, *L'iniuria iudicis*, cit., p. 861, in particolare n. 110, che traduce *lusorie agentem* come "agire collusivamente" e nel caso specifico si riferirebbe alla collusione tra erede testamentario e erede legittimo, testimoniando confronti con D. 49.1.5.1-2 (Marc., *de appellationibus*, 1) e D. 49.1.5.14 (Ulp., *ad edictum*, 14).

³⁷² Sul delicato tema dell'appello e del rapporto di quest'ultimo col *litem suam facere* ne tratteremo nel prosieguo della trattazione. Basti qui citare per i problemi che sorgono dalla lettura del brano MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 135 ss.

³⁷³ Cfr. sul punto PUGLIESE, *Note*, cit., p. 755 ss., n. 44.

³⁷⁴ Cfr. SALOMONE, *L'iniuria iudicis*, cit., p. 863.

L'avverbio *improbe*, infatti, contiene in se anche il significato di “audacemente”, che in questo caso indicherebbe un’oggettiva difficoltà probatoria necessaria a sostenere la propria posizione in giudizio.

Non è, infatti, un *unicum*, l’attenzione che Ulpiano pone alla prova, come si può evincere, ad esempio anche da D. 16.1.8.6 (Ulp., *ad edictum*, 29)³⁷⁵.

È però il caso, ora, di comprendere esattamente quali siano gli atteggiamenti che giustificano il dolo da parte del giudice, qualora provati: *gratia*, *inimicitia*, *sordes*.

Se più facile è comprendere in cosa consistono *gratia* e *inimicitia*, ossia il primo un sentimento di benevolenza e l’altro il suo contrario³⁷⁶, più complesso è tradurre e configurare il termine *sordes*, che ricorre diverse volte in ambito giuridico³⁷⁷, talvolta contrapposto a *gratia*³⁷⁸.

Il termine *sordes* può significare ogni genere di nefandezza, ma affinché si configuri una responsabilità “civile” e non criminale, esso non può spingersi fino alla *corruptio* avente ad oggetto *pecunia*³⁷⁹.

Si potrebbe, dunque, sostenere che il termine *sordes* indichi bassezze, sporcizie morali e si possa configurare finanche in vantaggi, ma non di natura economica. La differenza dunque con *inimicitia* si esplica nell’assunto che *sordes* non si limita ad un generico sentimento di ostilità, ma si estende anche a vere e proprie nefandezze compiute.

Nell’assunzione di queste tre fattispecie, dunque, si esplica il dolo, il quale deve essere provato (*evidens arguatur*) affinché si possa parlare di *litem suam facere* per il *index*.

³⁷⁵ D. 16.1.8.6 (Ulp., *ad edictum*, 29): *Sed si eum delegaverit qui debitor eius non fuit, fraus senatus consulto facta videbitur et ideo exceptio datur*. Ove affinché si dimostri la giustificazione della delegazione deve esserci la prova di un rapporto debito-credito, cfr. FASCIONE, *Fraus legi*, cit., p. 171 ss.

³⁷⁶ Tali intendimenti si trovano accomunati a proposito della valutazione dei testimoni processuali. Si cfr. D. 22.5.3.pr. (Call., *de cognitionibus*, 4) e D. 22.5.21.3 (Arc. *qui et Char.*, *liber singularis de testibus*).

³⁷⁷ Oltre al passo in esame cfr. D. 4.4.7.8 (Ulp., *ad edictum*, 11); D. 4.4.47 (Scaev., *responsa*, 1); D. 4.6.26.4 (Ulp., *ad edictum*, 12); D. 4.8.3.1 (Ulp., *ad edictum*, 13); D. 4.8.9.3 (Ulp., *ad edictum*, 13); D. 21.2.51.pr. (Ulp., *ad edictum*, 80); D. 26.7.7.2 (Ulp., *ad edictum*, 35); CTh. 9.40.17; CTh. 15.2.1; CTh. 15.8.2; CTh. 16.6.6.pr.; C. 2.55.3; C. 11.41.6.1; C. 11.43.1.pr.; *SC De sumptibus ludorum gladiatorum minuendis*.

³⁷⁸ Cfr. D. 4.4.7.8; D. 4.6.26.4; D. 4.8.3.1; D. 26.7.7.2; C. 2.55.3.

³⁷⁹ L’ambiguità del termine è ben evidente in D. 4.8.3.1 (Ulp., *ad edictum*, 13): *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 gratiam dantem vel sordibus corruptum vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere...* Qui *sordes corruptum* mi sembrerebbe opportuno tradurlo come una corruzione dell’animo a causa delle proprie bassezze, che potrebbero configurarsi in vantaggi, anche se non dal punto di vista patrimoniale. Cfr. per un approfondimento sul passo RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse*, cit., p. 72 ss.

La distanza con la fattispecie descritta da Gaio è abissale, dal momento che l'*imprudentia* in questo contesto mai potrebbe essere presa in considerazione ai fini dell'integrazione della responsabilità per *litem suam facere*.

Come già si è visto, inoltre, ciò è confermato in D. 21.2.51.pr., dal momento che il medesimo Ulpiano, negando la responsabilità di un *auctor* nella fattispecie di un venditore sconfitto in giudizio per *imprudentia iudicis*, ammette l'irrelevanza di tale condotta del soggetto giudicante ai fini della responsabilità.

In caso contrario il quesito se dovesse o meno rispondere l'*auctor* non si sarebbe proprio posto, perché nell'eventualità descritta da Gaio, avrebbe dovuto rispondere il *index*.

Il giurista severiano, infatti, chiarisce che non importa al venditore se il compratore avesse perso la lite a causa della *stultitia* o delle *sordes* del giudice, perché non rientra nella responsabilità del venditore.

Ultimo elemento comprovante la totale discrasia tra il *index qui litem suam fecerit* delle origini e la descrizione di Ulpiano si evince proprio dalla specificazione *in fraudem legis sententiam dixerit* in D. 5.1.15.1, che presuppone come la responsabilità descritta si instauri solamente per atteggiamenti commissivi nell'emettere la sentenza, non in mancanze omissive, come si era evinto da *Pap. Ant.* 22, col. II *rectum* nell'inciso *neque diffidit neque sententiam dixit*, che si sarebbero potute superare grazie ad una remissione in termini.

Analizzeremo, nel prosieguo dell'indagine, le ragioni di questo mutamento di prospettiva.

1.3. Vera aestimatio litis: *prospettiva conclusiva intorno al litem suam facere nel periodo severiano alla luce della fattispecie ulpiana*.

Occorre ora tratteggiare i contorni del *litem suam facere* descritto da Ulpiano.

Bisogna, innanzitutto chiarire se il giurista si stia riferendo ad una particolare procedura (processo formulare o *cognitio extra ordinem*).

A tale quesito, purtroppo, non può che risponderci con un'ipotesi, corroborata dalla stretta relazione, come abbiamo visto, tra D. 5.1.16 e D. 27.6.9.1.

Se l'analisi si deve porre, dunque, sul piano delle *actiones in factum*³⁸⁰, apparrebbe che l'analisi di Ulpiano abbia preso le mosse dalla struttura del processo formulare, ma ciò non vieta che la regola del *prudens* potesse essere utilizzata trasversalmente anche per i soprusi del giudice delle *cognitiones extra ordinem*, a maggior ragione, come vedremo, che tale tipo di

³⁸⁰ Come pur ammette SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 525.

procedura prevedeva l'istituto dell'appello per eventuali doglianze derivanti da errori comuni dei *indices*.

In un periodo di coreggenza tra le due procedure, come l'età severiana, nella quale la *cognitio* cominciava ad espandersi sempre di più, non si può propendere per la limitazione della disciplina all'ambito del processo formulare in assenza di alcun indizio.

Non c'è qui, infatti, nessuna specificazione di violazioni o obblighi processuali e il riferimento alla *fraudem legis* è elemento troppo generico per poter circoscrivere l'ambito di applicazione.

Se, dunque, la previsione di *litem suam facere* ulpiana si proponeva di essere una regola generale, bisogna individuare il soggetto che concedeva di volta in volta l'azione al danneggiato e con quale frequenza.

Si può ipotizzare, dunque, che se la *sententia iniusta* si fosse verificata al termine del processo formulare, l'azione sarebbe stata concessa dal pretore³⁸¹, mentre se il dolo *inducis* si fosse esplicito in una *cognitio extra ordinem*, ci si sarebbe potuti rivolgere direttamente all'imperatore.

Non è agevole comprendere come si compenetrassero i due tipi di processo in questa fase storica, ma l'ipotesi sovra formulata potrebbe essere confermata dall'osservazione di come il contenuto della *sententia* ulpiana avesse avuto qualche seguito nei secoli successivi.

Se osserviamo, infatti, una costituzione datata nel 290 o nel 293:

C. 2.55.3:

IMPP. 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 clausola, quae stipulationi subici solet, filiam tuam convenire non vetaberis. PP. III ID. LAN. IPSIS AA. CONSS.

³⁸¹ Nonostante il ridimensionamento dei poteri del pretore, non è peregrina l'idea di un mantenimento, ancora in epoca severiana, della sua funzione adeguatrice del diritto. Cfr. in tal senso S. RICCOBONO, *La fusione del ius civile e del ius praetorium* in *Festschrift für E. Zitelmann*, Monaco-Lipsia, 1913, p. 503 ss. (508, n. 5); IDEM, *La definizione del ius al tempo di Adriano* in *AUPA* 20, 1949, p. 5 ss. (34); L. CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano*³, Palermo, 1948, p. 137, n. 1; C. GIOFFREDI, *Ius, Lex, Praetor. Forme storiche e valori dottrinali* in *SDHI* 13-14, 1947-1948, p. 7 ss. (129); F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, Monaco, 1988, p. 465 e DURSI, «*Vina vox*», cit., p. 193 e 196, n. 33.

al di là delle problematiche del passo in esame³⁸², ciò sul quale conviene soffermarsi ai fini della nostra indagine, è l'inciso *si sordes...intercessit*, che mostra molte somiglianze con l'inciso *si evidens arguatur... sordes* di D. 5.1.15.1³⁸³.

Ciò che se ne evince, pur se in tal caso riferito all'arbitro, figura affine al *index*³⁸⁴, è che il contenuto ulpiano per un titolo di responsabilità di un soggetto giudicante continuò ad essere seguita anche in un momento storico nel quale oramai la *cognitio extra ordinem* aveva ormai quasi del tutto soppiantato il processo formulare³⁸⁵.

Si potrebbe, dunque, dedurre che la sentenza ulpiana, o almeno il suo contenuto avesse avuto una certa fortuna anche negli anni successivi al periodo in cui operava.

Ciò che, però, non si evince da C. 2.55.3 è alcun riferimento al *litem suam facere*, che sebbene si possa sostenere sia un titolo di responsabilità proprio del *index*³⁸⁶, mostra contenuti analoghi con la responsabilità arbitrare descritta da Paolo, *ad edictum*, 13 in D. 4.8.32.14³⁸⁷.

Occorre, dunque, analizzare un passo del contemporaneo Papiniano:

D. 5.1.40 (Pap., *quaestiones*, 4):

Non quidquid iudicis potestati permittitur, id subicitur iuris necessitati.

Index si quid adversus legis praeceptum in iudicando dolo malo praetermiserit, legem offendit.

La similitudine si ravvisa soprattutto nel secondo periodo³⁸⁸, dal momento che il contenuto apparrebbe essere analogo a quanto sostenuto da Ulpiano in D. 5.1.15.1.

Si quid adversus legis praeceptum in iudicando dolo malo praetermiserit somiglia più ad un *agere in fraudem legis*, piuttosto che ad un diretto *agere contra legem*; aldilà del più sfumato avverbio

³⁸² Per i quali cfr. su tutti M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano, 1958, p. 82 ss., nonché IDEM, *Pubblicazioni pervenute*, cit., p. 573 ss.

³⁸³ Similitudine tra i due brani era già stata notata da D'ORS, '*Litem suam facere*', cit., p. 378, n. 32; J. PARICIO, *Notas sobre la sentencia del arbiter ex compromisso. Sanción contra el árbitro que no dió sentencia* in *RIDA* 31, 1984, p. 283 ss. (292, n. 36); SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 264, n. 66.

³⁸⁴ E, come vedremo, completamente equiparato a quest'ultimo ai fini della responsabilità da Giustiniano in una costituzione del 531, C. 2.3.29, cfr. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse*, cit., p. 154 ss., n. 29.

³⁸⁵ Opinione contraria si rinviene, invece, in D'ORS, '*Litem suam facere*', cit., p. 378, n. 32, il quale trae tale similitudine come prova dell'interpolazione dell'inciso di D. 5.1.15.1. Tuttavia, come mostrato anche da SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 264, n. 66, lo stile sarebbe simile a quello di D. 4.8.9.3 (Ulp., *ad edictum*, 13), a proposito delle *sordes* e *turpitudinis* dell'arbitro.

³⁸⁶ Anche se come vedremo in epoca giustiniana verrà esplicitato valere anche per l'*arbiter*, cfr. C. 2.3.29.

³⁸⁷ D. 4.8.32.14 (Pau., *ad edictum*, 13): *Cum quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste apparuisset, testationibus etiam conventus, ne sententiam diceret, nihilo minus nullo cogente dicere perseverasset, libello cuiusdam id querentis imperator Antoninus subscripsit posse eum uti doli mali exceptione. et idem, cum a iudice consuleretur, apud quem poena petebatur, rescripsit, etiamsi appellari non potest, doli mali exceptionem in poenae petitione obstaturam. per hanc ergo exceptionem quaedam appellandi species est, cum liceat retractare de sententia arbitri.* Cfr. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse*, cit., p. 154 ss.

³⁸⁸ Come già segnalato da RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse*, cit., p. 152, n. 23.

adversus rispetto alla netta opposizione *contra*, la locuzione *quid praetermittere* indicherebbe “non aver tenuto in considerazione qualcosa” o “aver lasciato passare”, in questo caso dolosamente, che richiamano più ad un aggirare un divieto non scritto (*agere in fraudem legis*), piuttosto che una violazione manifesta.

Anche la conseguenza: *legem offendit*, pone l’attenzione non sulle conseguenze per il *index*, ma per la conseguenza di inefficacia del precetto normativo aggirato. Tautologico sarebbe, invece, sostenere che “il giudice che agisce contro la legge, viola la legge” e assolutamente ingiustificato dal punto del costrutto linguistico.

Ciò che manca, però, oltre all’esplicitazione della sanzione nei confronti del *index* per tale atteggiamento parziale è qualsiasi riferimento al *litem suam facere*.

Tale dato sembrerebbe confermare, in concomitanza con C. 2.55.3, che la locuzione non aveva ancora avuto una fissazione come alveo per la “responsabilità civile” del *index* e ciò spiegherebbe anche perché Ulpiano in D. 5.1.15.1 si preoccupi di spiegare cosa significasse per un *index* rispondere per *litem suam facere*.

Ciò che colpisce è anche il contenuto di D. 5.1.40.pr. dal momento che vengono delineati due insiemi concentrici la *necessitas iuris*³⁸⁹, come più ampio e che racchiude tutto e la *iudicis potestas*.

Dobbiamo qui, dunque, analizzare D. 5.1.40.1 alla luce di D. 5.1.40.pr. e interpretare il secondo periodo sia come il limite alla *iudicis potestas*, ma anche come spazio differenziale tra l’insieme della *iuris necessitas* e quello dei poteri del giudice; secondo questa impostazione, dunque, mentre il dolo eccedeva, come apparrebbe ovvio, il limite posto alla *iudicis potestas*, stesso discorso non può evincersi per ciò che concerne l’*imprudencia* dello stesso soggetto giudice.

Qui, dunque, si ricollega il già analizzato passo di D. 21.2.51.pr. a proposito della responsabilità dell’empton: l’*imprudencia iudicis* non rientrava nella responsabilità di quest’ultimo per *litem suam facere*, delineando un’ineffettività della prospettiva dei giuristi del II secolo.

Alla luce delle opinioni coincidenti di Papiniano e Ulpiano, sembrerebbe delinearci nel periodo severiano una sostanziale *communis opinio* sulla portata e sulla natura della responsabilità per “aver fatto propria la lite” del *index*; ciò che però differenzia le due *sententiae*

³⁸⁹ “La forza cogente del diritto”, cfr. B. ALBANESE, *Papiniano e la definizione di ‘obligatio’ in J. 3, 13 pr.* in *SDHI* 50, 1984, p. 167 ss. (176), il quale rinviene tale termine analogo, sempre in Papiniano, anche in D. 20.5.2 (Pap., *responsa*, 2).

è, anche qui, proprio il riferimento al *litem suam facere*, completamente estraneo nel passo di Papiniano.

Tale differenza non può che porci degli interrogativi intorno alla portata generale e assoluta che la dizione *litem suam facere* avesse ai tempi di Papiniano e può, di contro, fornirci ulteriori indizi sul fatto che, quanto meno, fosse estranea al testo dell'Editto.

Non potendo, però, dare compiuta risposta a tali quesiti non ci resta che rimarcare ancora una volta la distanza tra le caratteristiche del *litem suam facere* di Gaio (e Giuliano) e quelle di Ulpiano, pur ritrovando la matrice comune nell'*aequitas*; ciò viene chiarito da:

D. 47.10.1.pr. (Ulp., *ad edictum*, 56):

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 iniuria dicimus, nam cum quis iniuste vel iniustae sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam³⁹⁰, contumeliam autem a contemnendo.

Si fa qui riferimento ad una generica *iniuria*³⁹¹, perché probabilmente Ulpiano si riferiva ad un illecito comune a giudice e *praetor*³⁹², in quanto il processo formulare bifasico che conduce

³⁹⁰ Il termine *iuria* o il suo accusativo non trova altre attestazioni nel Digesto, ma si rinviene in un'epigrafe: C.I.L. 6.17072: *Ducenia posuit D[ι]dymu(m) at se in suo; ideo pos[ui]t, ne quis pos(t) me iuriam faciat*. Nel tentativo di spiegare la parola Mommsen commenta "Extrema praestabit explicare [*in*]iuriam quam iur[gl]ia mibi?". Probabilmente nel passo in esame Ulpiano tentava di fornire una derivazione etimologica, profilando nella *noniuriam* un qualcosa contrario al diritto. Conferme in tal senso si possono ricavare da uno scolio ai *Basilicorum libri* 60.21.1 (SCHELTEMA, B, IX, 3544) che ricalca quasi fedelmente il testo di Ulpiano di D. 47.10.1. Nella parte corrispondente al termine *iuriam* riporta: ὥσανεὶ μὴ νομίμως γινομένη. Il corrispettivo di *iuria* sarebbe l'avverbio νομίμως, ossia per l'appunto qualcosa conforme al diritto, che nella traduzione di HEIMBACH V, 613 viene reso con "quasi non iure facta".

³⁹¹ Il riferimento all'*iniuria iudicis* è molto presente nelle opinioni dei giuristi di terzo secolo, come anche indicato da SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 335, n. 119 e CENTOLA, *Contra constitutiones iudicare*, cit., p. 161 ss., n. 46. Cfr. D. 15.1.50.pr. (Pap., *quaestiones*, 9); D. 17.2.52.18 (Ulp., *ad edictum*, 31); D. 20.1.3.1 (Pap., *quaestiones*, 20); D. 20.5.12.1 (Tryph., *disputationes*, 8); D. 20.6.13 (Tryph., *disputationes*, 8); D. 21.2.5 (Pau., *ad edictum*, 35); D. 30.50.1 (Ulp., *ad Sabinum*, 24); D. 38.2.12.3 (Ulp., *ad edictum*, 44); D. 46.1.67 (Pau., *ad Neratium*, 3); D. 48.8.1.pr. (Marc., *Institutiones*, 14), mostrando una particolare attenzione al tema della corretta amministrazione della giustizia in quel periodo.

³⁹² Il passo di Ulpiano è molto simile a quello, a proposito del *praetor*, di Co. 2.5.1 (Paul., *liber singularis de iniuriis*): *Generaliter dicitur iniuria omne, quod non iure fit: specialiter alia est contumelia, quam Graeci ὄβριον appellant, alia culpa quam Graeci ἄδικημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum iniuriae accipitur, alia iniquitas et iniustitia, quam Graeci ἄδικτιαν vocant. Nam cum praetor non iure adversum non pronuntiat, iniuriam non accepisse dicimus: unde apparet non esse verum, quod Labeo putabat, apud praetorem iniuriam ὄβριον dumtaxat significare*. Il passo sembra poi essere stato ripreso anche da J. 4.4.pr.: *Generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit: specialiter alias contumelia, quae a contemnendo dicta est, quam Graeci ὄβριον appellant, alias culpa, quam Graeci ἄδικημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum iniuria accipitur, alias iniquitas et iniustitia, quam Graeci ἄδικτιαν vocant. Cum enim praetor vel iudex non iure contra quem pronuntiat, iniuriam accepisse dicitur*. Per tale somiglianza vi è stata una tesi di U. VON LÜBTON, *Zum römischen Injurienrecht in Labeo* 15, 1969, p. 131 ss. (166), che ha ritenuto, almeno l'intera parte finale di D. 47.10.1.pr. un'aggiunta giustiniana,

alla *sententia* coinvolge entrambi i soggetti o perché, come si denota, l'illecito in esame aveva qualcosa in più, ossia l'evidenza dolosa³⁹³.

Per quanto concerne gli effetti dell'*iniuria iudicis*, bisogna chiarire che si esplicavano solamente nei confronti dei destinatari del provvedimento, essendo salvo il risultato nei confronti dei terzi estranei al rapporto processuale, ma sui quali si esplicavano gli effetti del rapporto sostanziale sottostante³⁹⁴.

Per tornare al concetto di *aequitas* si legge in D. 47.10.1.pr. che l'*iniuria iudicis* potrebbe essere chiamata *iniquitas* e ciò suggerisce che qui vi è una contrarietà al profilo dell'equità che genera l'*iniuria*³⁹⁵.

argomentando la propria tesi col riscontro della lettura di Coll. 2.5.1, nel quale c'è un riferimento solamente al *praetor*. L'ampliamento, come si denoterebbe da J. 4.4.pr., alla figura del *iudex*, sarebbe, dunque, una costruzione creata *ad hoc* dai compilatori del *princeps*. Il filone dominante, tuttavia, è concorde nel considerare autentico il passo: cfr. PUGLIESE, *Note*, cit., p. 736, n. 15; M. BRUTTI, *La problematica* I, cit., p. 296, n. 121; SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 334, n. 118; MILAZZO, '*Iniuria iudicis*', cit., p. 70 ss.

³⁹³ D'altra parte la previsione che il generico danno del giudice fosse qualcosa di accomunabile ad un evento naturale e ci fosse dunque la mancata previsione di punizione per l'autore lo si evince già dal periodo di Servio, come già abbiamo avuto modo di vedere in D. 17.2.52.18 (Ulp., *ad edictum*, 30). Sembra che, invece, dai testi di Giuliano che l'*iniuria iudicis* comportasse che la sentenza del giudice dovesse essere considerata *tamquam non esset*: D. 46.8.22.2 (Iul., *digesta*, 56): *Quod si procurator per iudicem non debitam pecuniam exegisset, dici potest, sive ratum dominus habuisset sibi non habuisset, fideiussores non teneri, vel quia nulla res esset, quam dominus ratam habere possit, vel quia nihil stipulatoris interest ratum haberi: adficietur ergo iniuria is, qui procuratori solvit.* e D. 46.8.22.4 (Iul., *digesta*, 56): *Cum autem procurator recte petit, dominus perperam, non debet procurator praestare, ne iniuria iudicis dominus aliquid consequatur: numquam enim propter iniuriam iudicis fideiussores obligantur. verius tamen est hoc casu fideiussores non nisi in impensas litis teneri.* Cfr. BRUTTI, *La problematica* I, cit., p. 303 ss.; PUGLIESE, *Note*, cit., p. 751 ss. Tuttavia dai testi di Giuliano non si può ricavare cosa pensasse il giurista nel caso in cui il soggetto soccombente a causa dell'*iniuria iudicis* avesse comunque adempiuto a quanto prescritto dall'ingiusta sentenza. In epoca severiana lo si potrebbe evincere da D. 12.6.28 (Pau., *ad edictum*, 32): *Iudex si male absolvit et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.* e da D. 12.6.60.pr. (Pau., *quaestiones*, 3): *Iulianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet: similemque esse ei dicit, qui ita promisit, sive navis ex Asia venerit sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo profiscitur.* Si profilerebbe, dunque, una matrice nel *ius naturale*, cfr. A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, p. 373 e ivi bibliografia precedente, nonché MILAZZO, '*Iniuria iudicis*', p. 85 ss. Per comprendere in che misura il giudice potesse essere chiamato a rispondere, dirimenti sono, a mio avviso, i passi contenuti in D. 5.1.15.1 e D. 5.1.40, che già abbiamo analizzato. Per opinioni diverse cfr. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 349 ss. e FERCIA, '*Litem suam facere*', cit., p. 948 ss. Per ulteriori conferme al quadro delineato si segnalano i testi contenuti in D. 46.1.67 (Pau., *ad Neratium*, 3); D. 20.6.13 (Tryph., *disputationes*, 8); D. 38.2.12.3 (Ulp., *ad edictum*, 44).

³⁹⁴ Si evince sia in D. 40.7.29.1 (Pomp., *ad Quintum Mucium*, 8), sia in D. 30.50.pr.-1 (Ulp., *ad Sabinum*, 24): *Si servus plurimum sit, pro domini portione legatum ei relictum acquirat. Si hereditatis iudex contra heredem pronuntiaverit non agentem causam vel lusorie agentem, nihil hoc nocebit legatariis. quid ergo si per iniuriam fuerit pronuntiatum, non tamen provocavit? iniuria ei facta non nocebit legatariis, ut et Sabinus significat...* Il giurista severiano prende qui l'autorità di Masurio Sabino per esprimere un principio che si è conservato sino ai suoi tempi ed il caso è quello di una sentenza *iniusta*, che non ha effetto sui legatari. Il problema sarebbe stato poi come dimostrare l'ingiustizia della sentenza per i legatari, ma questo, probabilmente non interessava la trattazione. Il testo in esame, che è stato oggetto di critiche interpolazionistiche, cfr. L. MITTEIS-H. PETERS, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digesti esse dicuntur* II, Weimar, 1931, c. 231, ha suscitato numerose curiosità, cfr. SALOMONE, '*Iniuria iudicis*', cit., p. 860 ss. e ivi bibliografia precedente.

³⁹⁵ Come chiarito da A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*², Torino, 2017, p. 150, la differenza tra *ius* e *aequum* non sarebbe stata così marcata, poiché già dal I secolo a.C ben si può considerare l'*aequum* come una componente del *ius*.

Seguendo la bipartizione di Schiavone³⁹⁶, però, all'interno del diritto romano vi sono due tipi di *aequitas*: una naturale e un'altra che fa parte del diritto positivo e quella che analizziamo in questa sede non può che rientrare nella prima categoria, dal momento che in età severiana il concetto di *aequitas civile* era del tutto svanito.

Tuttavia Ulpiano tende a sovrapporre il concetto di *aequitas naturalis* a quello più antico di *bonum et aequum*³⁹⁷, che però nell'opinione celsina e gaiana rappresentava quell'attitudine di ricerca di regole flessibili, misurate sul caso concreto³⁹⁸. L'*aequitas naturalis* ulpiana, invece, è intrisa di giusnaturalismo e di attribuire a ciascuno il suo, al fine di reprimere i torti³⁹⁹.

Appare, dunque, ancora una volta chiaro che la *vera aestimatio litis* di cui è testimonianza Ulpiano in D. 5.1.15.1 non può coincidere con il *quantum aequum* gaiano in D. 50.13.6.

Data la natura punitiva dell'azione e il valore giusnaturale di *aequitas*, la *vera aestimatio litis* non può che coincidere con una valutazione oggettiva e reale del danno economico subito e non rimessa alla valutazione equitativa di colui su cui gravava il giudizio⁴⁰⁰.

Nella logica ulpiana, dunque, la *vera aestimatio litis* coincide con la regola del *quanti ea res est*⁴⁰¹, coincidente con la condanna per l'*actio de dolo*⁴⁰².

È opportuno ribadire, dunque, in questa sede che durante l'epoca severiana il *litem suam facere* constava nella responsabilità del giudice privato per danno doloso nei confronti di una delle due parti, derivante dalla sentenza viziata: un *facere* del *iudex* e non un'azione omissiva.

Testo che potrebbe far propendere, invece, per una responsabilità anche colposa è:

D. 48.10.1.3 (Marc., *Institutiones*, 14):

Sed et si iudex constitutiones principum neglexerit, punitur.

³⁹⁶ Cfr. SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., p. 13 ss.

³⁹⁷ Cfr. SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., p. 18, n. 36, lo si evince soprattutto da D. 2.11.2.8 (Ulp., *ad edictum*, 74); D. 30.71.2 (Ulp., *ad edictum*, 41) e in maniera meno evidente da D. 9.3.5.5 (Ulp., *ad edictum*, 23); D. 11.7.14.6 (Ulp., *ad edictum*, 25); D. 17.1.12.9 (Ulp., *ad edictum*, 31); D. 27.7.4.2 (Ulp., *ad edictum*, 36); D. 47.10.11.1 (Ulp., *ad edictum*, 57).

³⁹⁸ Cfr. SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., p. 45.

³⁹⁹ Cfr. SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., p. 13, che riprende il concetto filosofico espresso anche in *Rhetorica ad Herennium* 3.2.3: *Iustitia est aequitas, ius unicuique tribuens pro dignitate cuiusque*.

⁴⁰⁰ Cfr. in termini possibilistici RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse*, cit., p. 153. Per un'opinione contraria cfr. su tutti PETITO, *Il 'iudex qui litem suam fecerit'*, cit., p. 458 ss.

⁴⁰¹ Cfr. S. TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980, p. 196, n. 133.

⁴⁰² D. 4.3.17 (Ulp., *ad edictum*, 11) e D. 4.3.18 (Pau., *ad edictum*, 11). Per approfondimenti sull'*actio de dolo* come strumento di tutela del danno immateriale cfr. M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008, p. 121 ss.

Le costituzioni imperiali in quell'epoca avevano ormai valore di legge e il termine *neglexerint* potrebbe far pensare ad una responsabilità colposa, ma se si analizza:

Pauli Sententiae P.S. 5.25.4:

*Iudex, qui contra sacras principum constitutiones contrave ius publicum, quod apud se recitatum est, pronuntiat, in insulam deportatur.*⁴⁰³

vediamo che l'autore delle *Pauli Sententiae*⁴⁰⁴ rende più chiara la sintetica *sententia* di Marciano, dal momento che comincia in questo periodo storico a delinarsi una responsabilità “penale-disciplinare”⁴⁰⁵ del *iudex*, di matrice dolosa, che, però, ancora in questa fase storica è nettamente distinta dal *litem suam facere*.

Va chiarito che, come mostrato da Lambertini, anche altri testi severiani indicano l'esclusione della punibilità del giudice per un'inosservanza colposa⁴⁰⁶ e si può, dunque, concludere come durante il III secolo vi fosse a livello teorico-giuridico una certa “stabilizzazione” dei criteri di responsabilità “civile” del giudice, pur non potendo asserire con certezza quale fosse l'attuazione pratica di tali canoni che, come vedremo, saranno messi in discussione nei secoli successivi.

2. Il rapporto tra responsabilità giudiziale, nullità e appello.

⁴⁰³ Per approfondimenti sul passo cfr. da ultimo I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano, 2017, p. 178, e ivi n. 92. Questo caso è ancora più restrigente perché tratta di una punizione per una violazione contraria allo *ius publicum*, come testimoniato dall'*Interpretatio visigotica* del passo: *Quicumque iudex oblatas sibi in iudicio leges vel iuris species audire noluerit et contra eas indicaverit, ex hac re convictus in insulam deportetur*. Si può, dunque, escludere che essa rientrasse nel *litem suam facere*. Cfr. LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 215, il quale sostiene che i testi di D. 48.10.1.3 e P.S. 5.25.4 iscrivano nell'ambito del reato di falso le violazioni delle *leges principum* da parte del giudice.

⁴⁰⁴ Sull'attribuibilità a Paolo delle *Pauli Sententiae* il dibattito è amplissimo ed apertissimo, si cfr. RUGGIERO, *Ricerche*, cit., p. 1 ss., in particolare per le varie posizioni con relativa bibliografia cfr. p. 53 ss. Quantomeno ciò che se ne evincerebbe, con una certa probabilità, è che i libri *sententiarum* ripropongano, nel loro contenuto almeno, il pensiero paolino, ma l'opera potrebbe non essere stata pubblicata dal giurista stesso, ma forse da un suo allievo sotto forma di appunti.

⁴⁰⁵ L'espressione appartiene a LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 204 ss.

⁴⁰⁶ Cfr. LAMBERTINI, *Giustiniano*, cit., p. 4, n. 5, che confronta i passi di D. 42.1.32 (Call., *de cognitionibus*, 3) e D. 49.8.1.2 (Macer., *de appellationibus*, 2). Su questi ultimi passi, sotto il profilo della nullità della statuizione, cfr. D. TUZOV, *Contra ius sententiam dare. Profili dell'invalidità della sentenza contraria a diritto nella riflessione giurisprudenziale tardoclassica* in 'Res iudicata' II, Napoli, 2015, p. 251 ss.; IDEM, 'Contra ius pronuntiar'. *Sull'invalidità della sentenza contraria a diritto nella riflessione giurisprudenziale tardoclassica* in *Zeszyty Prawnicze* 16.1, 2016, p. 219 ss.

Abbiamo già accennato al passaggio graduale dalla procedura formulare alla *cognitio extra ordinem* come processo ordinario⁴⁰⁷ e di questo tipo di procedimento l'appello è una delle novità più importanti⁴⁰⁸.

Abbiamo testimonianze di tale impugnazione già in epoca severiana:

D. 49.1.1.pr. (Ulp., *de appellationibus*, 1):

Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recrrigat: licet nonnumquam bene latas sententias in peius reformet, neque utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est.

Si evince da qui che l'origine dell'appello fosse la frequente *iniquitas* dell'operato giudiziale, ossia *l'iniuria iudicis* o *l'imperitia* dello stesso⁴⁰⁹.

Tuttavia non tutte le *iniuriae iudicis* necessitavano dell'appello per essere superate, dal momento che in certi casi veniva meno proprio la validità della statuizione:

D. 49.1.19 (Mod., *liber singularis de enucleatis casibus*):

Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet: et ideo et sine causa denuo induci potest. non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata. unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptione sommotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia. unde potest causa ab initio agitari.

Si evince dal passo che se la *sententia* fosse *expressim contra iuris rigorem*, non dovesse essere considerata valida⁴¹⁰, perché come sosteneva Macro contraria allo *ius constitutionis*⁴¹¹ e di questa regola generale non mancano esempi⁴¹².

⁴⁰⁷ La procedura formulare sarebbe stata definitivamente soppressa nel 342 d.C da una costituzione degli imperatori Costanzo e Costante: C. 2.57.1: *IMPP. CONSTANTIVS ET CONSTANS AA. MARCELLINO PRAESIDI PHOENICE. Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur. D. X K. FEBR. CONSTANTIO III ET CONSTATE II AA. CONSS.* Cfr. per le problematiche G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Costanzo e Costante hanno davvero abolito il processo formulare?* in RDR I, 2001, p. 1 ss.

⁴⁰⁸ Cfr. R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano*², Torino, 1953, p. 1.

⁴⁰⁹ Cfr. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse*, cit., p. 151.

⁴¹⁰ I problemi sorgono col confronto con D. 42.1.27 (Mod., *responsa*, 1): *Praeses provinciae usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam iniustam praesidis appellavit: quaero, cum non secundum legem Titius provocasset, an exigi possit pecunia secundum condemnationem. Modestinus respondit, si sententiae certa quantitas continetur, nihil proponi, cur iudicati agi non possit.* Per approfondimenti sugli aspetti tecnici del passo cfr. F. FASOLINO, *Studi sulle usurae*, Salerno, 2006, p. 52 ss. e A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, 2012, p. 148 ss. Vi è una contraddizione tra i due passi di Modestino riportati in D. 49.1.19 e D. 42.1.27 su cui la dottrina ha molto dibattuto, cfr. per tutti L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano I*, Milano, 1961, p. 80 ss., mi sento tuttavia di condividere l'opinione di TUZOV, *Contra ius*

Di contro vi erano particolari casi in cui addirittura soggetti terzi⁴¹³ potevano proporre appello, che secondo la regola generale sarebbe spettato alle parti⁴¹⁴, purché questi fossero

sententiam dare, cit., p. 279 ss., ossia che la differenza si fondi sulla manifesta e palese violazione in D. 49.1.19, mentre in un'*iniuria* non subito ravvisabile in D. 42.1.27, ripresa anche da CENTOLA, *Contra constitutiones iudicare*, cit., p. 121.

⁴¹¹ D. 49.8.1.2 (Macer, *de appellationibus*, 2): *Item cum contra sacras constitutiones indicatur, appellationis necessitas remittitur. contra constitutiones autem indicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiat. nam si iudex volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficium liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasse intellegitur: quod si de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasse intellegitur: quo casu appellatio necessaria est.* Cfr. TUZOV, *Contra ius sententiam dare*, cit., p. 256 ss. e V.M. MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi. Per uno studio sul de appellationibus di Emilio Macro*, Napoli, 2017, p. 113 ss.; CENTOLA, *Contra constitutiones iudicare*, cit., p. 87 ss.

⁴¹² Si veda C. 7.64.2.pr. del 222.: IMP. ALEXANDER A. CAPITONI. *Si, cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, iudex datus a praeside provinciae pronuntiauit potuisse defunctum et minorem quattuordecim annis testamentum facere ac per hoc aviam potiore esse, sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarius fuit.* Il testo è molto importante poiché ci esplica quali possano essere le violazioni manifeste del *ius*. Per la corrispondenza tra C. 7.64.2.pr. e D. 49.1.19, invece, cfr. tra gli altri F. VASSALLI, *Miscellanea critica di diritto romano. L'antitesi "ius-factum" nelle fonti giustiniane* in *Studi giuridici* 3.1. *Studi di diritto romano*, Milano, 1960, p. 390 ss.; ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 277 ss.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen I* in *RIDA* 12, 1965, p. 347 ss. (383, n. 71), anche nel modo in cui vengono indicate le violazioni: nel caso di C. 7.64.2.pr. *contra tam manifesti iuris formam datam* e nel caso di D. 49.1.19 *expressim contra iuris rigorem*. Contro tale somiglianza cfr. TUZOV, *Contra ius sententiam dare*, cit., p. 274 ss.; CENTOLA, *Contra constitutiones iudicare*, cit., p. 117. Già la Glossa a C. 7.64.2, che prende le mosse dal contributo di Irnerio, aveva ravvisato, invece, una corrispondenza con D. 49.8.1.2, cfr. TUZOV, *Contra ius sententiam dare*, cit., p. 269 e ivi n. 52 per dottrina precedente, nonché CENTOLA, *Contra constitutiones iudicare*, cit., p. 115 ss.. Ulteriore esempio è D. 41.3.17 (Marc., *digesta*, 3): *Si per errorem de alienis fundis quasi de communibus iudicio communi dividendo accepto ex adiudicatione possidere coeperim, longo tempore capere possum.* Il passo tratta di un errore su un *iudicium communi dividendo*, che anziché avere ad oggetto fondi comuni, riguardava beni di proprietà altrui. Elemento interessante oltre alla non produzione di effetti tra le parti è la possibilità che si verifichi, però, usucapione al fine di far acquisire la proprietà agli interessati. Sul punto cfr. MILAZZO, *'Iniuria iudicis'*, cit., p. 83.

⁴¹³ Sintomatico è il caso di D. 49.1.14.pr. (Ulp., *ad edictum*, 14): *Si per lutorio iudicio actum sit adversus testamentum, an ius faciat iudex, videndum. et divus Pius, cum inter coniunctas personas diceretur per collusionem in necem legatorum et libertarium actum, appellare eis permisit. et hodie hoc iure utimur, ut possint appellare: sed et agere causam apud ipsum iudicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere.* Il contenuto del passo è chiaro: Ulpiano riferisce che, in caso di pronuncia di inofficiosità del testamento (cfr. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 472 ss.; L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti*, Napoli, 1972, p. 247) causata da un precedente accordo doloso tra istituito ed erede necessario, in danno dei legatari e delle disposizioni di libertà, questi beneficiari possono intervenire nel giudizio o appellarsi alla sentenza, sulla base di una disposizione di Antonino Pio. Cfr. sul punto M.G. ZOZ, *A proposito dei rapporti tra giurisprudenza classica e legislazione imperiale in φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi IV*, Napoli, 2007, p. 2877 ss. (2898 ss.). Dubbi si rilevano dall'interrogativa *an ius faciat iudex*, che secondo il LEMOSSE, *Cognitio*, cit., p. 208 si riferiva alla sentenza *iniuria iudicis* e poiché questa sarebbe stata nulla, l'invalidità avrebbe avuto gli stessi effetti della *restitutio in integrum*. Tuttavia secondo l'interpretazione di MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 473 ss., che sembrerebbe maggiormente condivisibile, la frase *an ius faciat iudex* si sarebbe riferita ai legatari e ai destinatari delle disposizioni di libertà, che avrebbero, dunque potuto agire direttamente in giudizio, anche se terzi o proporre appello avverso la sentenza ingiusta. In tal modo, secondo lo studioso il frammento di D. 49.1.14, non doveva distare troppo da quello di D. 5.2.8.16, che sono entrambi, infatti, estratti dal quattordicesimo libro dell'*ad edictum* di Ulpiano. Aggiungerei, a riprova della giustezza di tale posizione, la corrispondenza di D. 49.1.14.pr. con quanto si evince da un altro testo di Ulpiano tratto dal libro quinto delle *opiniones*, D. 5.2.29.pr. (Ulp., *opiniones*, 5): *Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes et eum qui de inofficioso testamento agit: adesse etiam legatarios et voluntatem defuncti tueri constitutum est, eisdemque permixtum est etiam appellare, si contra testamentum pronuntiatum fuerit.* Per approfondimenti ulteriori sul passo cfr. R. FERCIA, *Querela inofficiosi testamenti* e *'iudicatum'* e R. SCEVOLA, *La 'collusio' nella prospettiva della giurisprudenza classica: origini storiche, aspetti concettuali e profili rimediali* in *Res iudicata II*, Napoli, 2015, rispettivamente p. 287 ss. (298 ss.) e p. 174 ss. (220 ss.).

⁴¹⁴ Cfr. PUGLIESE, *Note*, cit., in particolare p. 34 ss., n. 5 e p. 57 ss., n. 44.

latori di un proprio interesse diretto e concreto⁴¹⁵; se ne evince, però, che il comun denominatore è sempre l'*iniuria iudicis*.

Si potrebbe, dunque, teoricamente prospettare una prima conclusione: già in epoca severiana si era avuta una netta distinzione tra quella *iniuria* evidente che avesse comportato una nullità stessa della sentenza, un'*iniuria* non immediatamente riscontrabile, superabile tramite l'appello dell'interessato alla *sententia* e l'*iniuria* dolosa del *iudex*, che qualora fosse stata provata avrebbe comportato la responsabilità per quest'ultimo, che sempre più frequentemente veniva chiamata *litem suam facere*.

Per le *iniuriae* che comportavano una nullità, dunque, si sarebbe prescisso dall'indagine sull'elemento soggettivo della condotta del *iudex*, poiché tale azione non avrebbe avuto la necessaria portata offensiva in grado di procurare un danno⁴¹⁶.

Appello e responsabilità del *iudex* per *litem suam facere* sarebbero stati, invece, due rimedi esperibili a seconda della capacità dell'interessato nel reperimento del materiale probatorio per dimostrare *gratia, inimicitia aut sordes iudicis*, compito più difficile rispetto a quanto servisse per instaurare un appello.

Se ne evince, dunque, che l'appello sarebbe servito proprio a superare gli errori involontari⁴¹⁷ del giudice e a fornire tutela nei confronti di coloro che subivano ingiustizie non immediatamente evidenti.

Conferme in tal senso si evincono grazie a:

D. 42.1.32 (Call., *de cogn.* 3):

Cum prolatis constitutionibus contra eas pronuntiat iudex, eo quod non existimat causam, de qua iudicat, per eas invari, non videatur contra constitutiones sententiam dedisse. Ideoque ab eiusmodi sententia appellandum est: alioquin rei indicatae stabitur.

Se ne deduce che, sulla base dell'attività ermeneutica del giudice, quest'ultimo avrebbe potuto non applicare una *constitutio* senza incorrere in responsabilità, qualora l'avesse ritenuta

⁴¹⁵ Esempi si evincono dai testi di D. 49.1.4.2-3 (Macer., *de appellationibus*, 1); D. 49.1.5.pr. (Marc., *de appellationibus*, 1); D. 49.4.2.1 (Macer., *de appellationibus*, 1). Cfr. sul punto per un approfondimento F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, p. 280 ss.

⁴¹⁶ V. *supra* C. 7.64.2.pr., è il caso in cui il giudice abbia dichiarato che i minori di quattordici anni abbiano la facoltà di fare testamento. Cfr. TUZOV, *Contra ius sententiam dare*, cit., p. 269.

⁴¹⁷ Sono, ad esempio, i casi di evizione giudiziale, come si evince dalle costituzioni di Alessandro Severo: C. 8.44.8 e C. 4.48.1, nonché quelle di imperatori successivi: Gordiano in C. 4.64.1 e i successori Filippo e Filippo minore in C. 8.44.15. Per approfondimenti cfr. SALOMONE, *L'iniuria iudicis*, cit., p. 850 ss.

non applicabile al caso concreto, ma sarebbe stata concessa al soccombente la possibilità di appellare la decisione⁴¹⁸.

L'appello, quindi, tramite una nuova valutazione del caso in esame, avrebbe consentito a quest'ultimo, il quale riteneva di aver subito un torto dal primo giudice, la possibilità che la propria pretesa venisse soddisfatta.

Bisogna, infatti, chiarire che parallelamente alla comparsa dell'istituto dell'appello, veniva gradualmente a scemare la tutela della *restitutio* contro la sentenza⁴¹⁹ e, quindi, l'appello poteva essere l'unico modo per superare le *iniuriae* involontarie da parte del *iudex*.

Oltre al dato teorico, era la prassi processuale a differenziare, a seconda dell'occasione concreta, i vari casi di nullità, appello e responsabilità giudiziale⁴²⁰, a maggior ragione considerando che era il giudice di prime cure a dover effettuare un giudizio preliminare sull'ammissibilità o meno dell'appello e, per una certa fase della storia romana, anche la trasmissione degli atti al giudice d'appello⁴²¹; sulla base di questa regola, infatti, il *iudex a quo* avrebbe potuto evitare il progredirsi dell'iter dell'impugnazione, adducendo la motivazione che non ci fossero i presupposti e, dunque, evitando il giudizio di merito⁴²².

In questo caso, dunque, il soccombente avrebbe potuto solamente dimostrare il dolo del *iudex*, elemento non del tutto semplice.

L'istituto dell'appello, dunque, non risolveva tutti i problemi, ma possiamo evincere dall'emersione dello stesso un'attenzione maggiore posta alla limitazione dell'arbitrio del *iudex*, che si consoliderà, poi, sempre più durante il tardo-antico.

⁴¹⁸ Cfr. LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 207, n. 36; CENTOLA, *Contra constitutiones iudicare*, cit., p. 94 ss.

⁴¹⁹ Già in epoca severiana tale tutela veniva utilizzata per superare i termini rigidi entro i quali esercitare il diritto di appello cfr. RAGGI, *La restitutio in integrum*, cit., p. 145 ss.; F. FABBRINI, *Per una storia della «restitutio in integrum»* in *Labeo* 13, 1967, p. 200 ss. (222) e MINALE, *L'appello*, cit., p. 127.

⁴²⁰ Riporto le conclusioni di TUZOV, *Contra ius sententiam dare*, cit., p. 283 ss., secondo il quale la giurisprudenza romana non conosceva una regola generale e ben delineata in tema di *sententiae contra constitutiones* o in generale *contra ius datae*, dal momento che i *prudentes* tendevano a fornire soluzioni per i singoli casi e molto spesso erano anche in contrasto. Esempio in tal senso è la soluzione di Macro in D. 49.8.1.2 (Macer., *de appellationibus*, 2) e indizi che si possono rilevare in costituzioni tardoantiche, come C. 9.2.6 e C. 7.64.5.

⁴²¹ Cfr. per approfondimenti e fonti ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 364 ss. e PERGAMI, *L'appello*, cit., p. 391 ss. e da ultimi S. LIVA, *Appellationem recipere vel non. Il 'filtro' in appello* in *Teoria e Storia del Diritto Privato* 9, 2016, http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2016/contributi/2016_Contributi_Liva.pdf; IDEM, *Temere appellare. Rimedi e sanzioni contro le impugnazioni dilatorie*, Torino, 2017, p. 9 ss. e MINALE, *L'appello*, cit., p. 41 ss.

⁴²² Sul punto testimonianze di renitenza dei giudici ad ammettere appelli ci provengono già da Marciano, come testimoniato in D. 49.1.7 (Marc., *de appellationibus*, 1) e da Paolo in D. 49.1.25 (Pau., *responsa*, 20). Cfr. F. PERGAMI, *La repressione dell'adulterio nella legislazione tardoimperiale* in *Index* 40, 2012, p. 493 ss. da cui si cita (503, n. 35) (= in Idem, *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2014, p. 29 ss.)

Si può, dunque, concludere che il *litem suam facere* in epoca severiana consisteva in un rimedio che per la sua difficoltà probatoria era eccezionalmente invocabilmente e solo dove altri mezzi di gravame non fossero utilizzabili e per questo *extrema ratio*, non tipizzabile⁴²³.

3. *L'evoluzione successiva del litem suam facere.*

Occorre, orbene, proseguire la nostra indagine sul *litem suam facere* fino all'epoca giustiniana e alla fissazione del *iudex qui litem suam fecerit* nella categoria dei quasi delitti.

Il percorso che analizzeremo in questa sede, dunque, comprenderà una disamina sul significato che nel tardo-antico ebbe la locuzione *litem suam facere*, sempre più lontana dagli esordi e più vicina ad una pena criminale, piuttosto che una responsabilità "civile".

Ormai l'emersione dei mezzi di gravame rendeva questa procedura meramente accessoria e integrativa⁴²⁴, ma ben definita: nel caso di atteggiamento doloso, infatti, che avesse procurato un danno non altrimenti eliminabile.

3.1. *Il giudice che fa propria una lite (o una causa) nel codice Teodosiano.*

Nell'incedere del nostro percorso sulle fonti che si occupano di *litem suam facere*, il *Codex Theodosianus* è strumento principale per la prosecuzione della nostra indagine.

Le costituzioni nel Teodosiano che, direttamente, trattano dell'argomento sono due:

CTh. 11.36.2:

*IMP. COSTANTINUS AD VOLUSIANUM PRAEFECTUM 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 facturus, 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 CONSS. (25 feb. 315).*⁴²⁵

⁴²³ Tale configurazione del *litem suam facere* è concordata da SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 423 ss., il quale la posticipa tale connotazione al tardo-antico.

⁴²⁴ Concorda in parte BURDESE, *In margine*, cit., p. 73; IDEM, *Note*, cit., p. 51 ss.

⁴²⁵ Per approfondimenti sul testo cfr. C. DUPONT, *Les droit criminel dans les constitutions de Constantin. Les infractions*, Lilla, 1953, p. 108 ss.; IDEM, *Les textes constantiniens et le préfet de la ville* in RHD 47, 1969, p. 613 ss. (614 ss.); IDEM, *La procédure civile dans les constitutions de Constantin. Traits caractéristiques* in RIDA 21, 1974, p. 191 ss.

CTh. 11.36.16:

IMPP. VALENTINIANUS ET VALENS AD SYMMACHUM PRAEFECTUM URBI. Interpositas appellationes a praeiudicio vel ab executione damnantes et eum, qui ab istiusmodi titulis provocaverit, et officium, quod non renuntiavit, quinquagenas argenti libras fisco nostro iubemus inferre, litem suam faciente iudice qui recepit. DAT. VIII ID. OCTOB. ALTINO; ACCEPTA XVI KAL. NOV. DIVO IOVLANO ET VARRONIANO CONSS. (8 oct. 364).

e si può subito osservare che il contenuto delle due sia pressoché identico, salvo piccolissime aporie.

Cominciando la disamina della prima delle due costituzioni ciò che colpisce *prima facie* è l'utilizzo di *causam suam facere*, al posto di *litem suam facere*, che risulterebbe essere l'unico utilizzo attestato nelle fonti giuridiche, ma che non muta la natura giuridica dietro il lessema.

Oltre le osservazioni formali, in tale costituzione, che viene indirizzata al *praefectus urbi* Volusiano⁴²⁶, si prescrive di denegare appello in due casi: *a praeiudicio* e *ab executoribus*. La prima fattispecie si riferisce al gravame contro provvedimenti non sfocianti in una sentenza di merito definitiva, che risulta, quindi, una specificazione del già impartito divieto di appello *ante sententiam*⁴²⁷; il secondo dei due divieti, invece, riguardava le impugnazioni avverso quei provvedimenti esecutivi delle sentenze di condanna⁴²⁸.

Oltre a non concedere il rimedio, il *praefectus* o i giudici sottoposti avrebbero dovuto, in aggiunta, irrogare una sanzione di *triginta folles* al richiedente appello che contravveniva a questi due divieti.

(204); W. KOLITSCH, *Praescriptio und exceptio ausserhalb des Formularverfahrens* in *ZSS* 76, 1959, p. 265 ss. (299 ss.); W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen II* in *RIDA* 13, 1966, p. 231 ss. (248 ss.); U. VINCENTI, *Ante sententiam appellari potest*, Padova, 1986, p. 49 ss.; PERGAMI, *L'appello*, cit., p. 77 ss.; MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 55 ss.; SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 438 ss.

⁴²⁶ Condivido l'opinione di MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 56, n. 81, ribadita da SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 438, i quali ritengono che il destinatario della costituzione fosse il titolare della giurisdizione per il grado di appello. Per un'opinione diversa cfr. J. GAUDEMET, *Constitutions constantiniennes relatives à l'appel* in *ZSS* 98, 1981, p. 47 ss. (57, n. 74).

⁴²⁷ Tale costituzione del 315 si inserisce in una serie di provvedimenti di Costantino per stabilire il divieto di interporre appello *ante sententiam*. Cfr. CTh. 11.36.1 del 313/314; CTh. 11.30.2 (=C. 7.62.12) del 313/314; CTh. 9.40.1 (= C. 9.47.16) del medesimo periodo. Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 55 ss., n. 80. Sul divieto di appellare *ante sententiam* nella legislazione del tardo impero cfr. su tutti U. VINCENTI, *Per uno studio sugli appelli ante sententiam* in *BIDR* 86/87, 1984, p. 65 ss. (91, nn. 69-72); IDEM, *Ante sententiam appellari potest*, cit., p. 41 ss.

⁴²⁸ Secondo LITEWSKI, *Die römische Appellation II*, cit., p. 236, n. 16, originariamente la costituzione si riferiva solamente al divieto di appelli *a praeiudicio*.

Le scelte che giustificano tale norma sono esplicate, poi, nelle costituzioni immediatamente successiva⁴²⁹ e precedente⁴³⁰, ossia la necessità di non ritardare o addirittura rendere nulle le esigenze di giustizia, perché a maggior ragione nel processo *extra ordinem*, promanazione della *voluntas principis*, la rapidità dei processi è elemento imprescindibile.

Si deve, a tale proposito notare come, nonostante l'evoluzione del rimedio e del sistema processuale, le problematiche della rapidità della giustizia nel IV secolo⁴³¹ e, dunque, il fondamento di responsabilità giudiziale, trovano corrispondenza con la *ratio* giuridica dell'*actio adversus iudicem qui neque diffidit neque sententiam dixit*.

Se ci soffermiamo ora su CTh. 11.36.16, notiamo che tale prescrizione è rivolta a Lucio Aurelio Aviano Simmaco, *praefectus Urbi* nel 364-365, padre del più famoso oratore Quinto Aurelio Simmaco, che fu anche lui *praefectus Urbi* nel 383-384 e che attraverso le sue *relationes*, fornisce preziose informazioni sulla prassi processuale⁴³².

⁴²⁹ CTh. 11.36.3: IMP COSTANTINUS AD AELIANUM PROCONSULEM AFRICAE. *Cum ante hac 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 moratorii quibusdam frustationibus 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 excordiis vel ab executionibus provocare, cum et illis, qui impatienter ab articulo appellandum putaverint, post cognitionem totius causae liceat appellare et 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 perferendam instructionem plenissimam. PROPOSITA VI KAL. MAI KHARTAGINE CONSTANTINO A. VII ET CONSTANTIO CAES. CONSS. (26 apr. 320/6 [313]). Si evince che il problema delle impugnazioni pregiudiziali o in fase di esecutività della sentenza fosse di notevole importanza, dal momento che era stata emanata anche una *lex* sul punto e che numerosi erano gli interventi dell'imperatore sulla questione. Cfr. SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 439 ss. Tale testo, però, non menziona la sanzione per il *iudex*, come il corrispettivo CTh 11.36.2, ma essendo un testo più ampio, in accordo con l'opinione di MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 57, n. 83, si rileva che il *litem suam facere* fosse in questo caso una responsabilità nella quale poteva incorrere proprio il *praefectus urbi*. Per approfondimenti ulteriori cfr. GAUDEMET, *Constitutions*, cit., p. 57 ss.*

⁴³⁰ CTh. 11.36.1 (= BREV. 11.11.1): IMP. COSTANTINUS AD CATULINUM. *moratorias dilationes frustatoriasque non tam appellationes quam ludificationes admitti non convenit, nam sicut bene appellantis negari auxilium non oportet, ita his, contra quos merito indicatum est, inaniter provocantibus differri bene gesta non decet. unde cum homicidam vel adulterum vel maleficum vel beneficium, quae atrocissima crimina sunt, confessio propria vel dilucida et probatissima veritatis quaestio probationibus atque argumentis detexerit, provocationes suscipi non oportet, quas constat non refutandi spem habere, quae gesta sunt, sed ea potius differre tentare. qui de variis litibus causisque dissentiunt, nec temere, nec ab articulis praeiudiciisque, nec ab his, quae iuste indicata sunt, provocare debent. quod si reus in homicidii vel maleficii vel adulterii vel veneficii crimine partem pro defensione sui ex testibus quaestioneque proposita possit arripere, parte vero obrui accusariaque videatur, tunc super interposita appellatione ab eodem, qui sibi magis, quae pro se faciant, testimonia prodesse debere affirmat, quam ea, quae adversus ipsum egerint, nocere, deliberationi nostrae plenum arbitrium relinquatur. DAT. III. NON. NOV. TREVIRIS. ACC. XV. KAL. MAI. HADRUMETI, VOLUSIANO ET ANNIANO CONSS. (2 nov. 314/315). Tale costituzione è posta come prima nel titolo del Teodosiano *QUORUM APPELLATIONES NON RECIPIANTUR* e il *princeps* chiarisce perché non si debbano concedere appelli in alcune occasioni. In questo caso non vi sarebbe, infatti, il fine impugnatorio, bensì dilatorio e, pertanto, non vi sarebbe alcuna giustizia nella concessione di tale rimedio, al contrario di quello previsto in CTh. 11.30.2 (= C. 7.62.12). Cfr. SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 433; MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 58, n. 85.*

⁴³¹ Cfr. RAGGI, *Studi*, cit., p. 153 ss.

⁴³² La famiglia dei Simmachi era molto ricca e potente; già i nonni di Lucio Aurelio Aviano pare fossero i gran sacerdoti della provincia d'Asia Aurelio Ermogene e Tullia Valeria, mentre il padre era Aurelio Valerio

Rispetto a CTh. 11.36.2, in CTh. 11.36.16 vi è un aggiornamento della multa a carico dell'appellante: si passa da trenta folli a cinquanta libbre d'argento⁴³³ e c'è un allargamento di tale sanzione pecuniaria anche al giudice *a quo*, o al suo *officium*, che aveva trasmesso l'appello *a praeiudicio* o *ab executione*⁴³⁴.

Il giudice *ad quem*, poi, sarebbe incorso anche in una responsabilità per *litem suam facere*, dal momento che avrebbe ammesso un'impugnazione di una decisione incompleta o, oramai, esecutiva, facendo venire meno qualsiasi possibilità per la parte vittoriosa in prima istanza di poter dimostrare la giustezza della propria posizione.

Tulliano, che fu console nel 330. Cfr. R. LIZZI TESTA, *Senatori, popolo, papi: il governo di Roma al tempo dei Valentiniani*, Bari, 2004, p. 382 ss.; A.H.M. JONES-J.R. MARTINDALE-J. MORRIS, *The Prosopography of the Later Roman Empire* I, Cambridge, 1992, p. 869.

⁴³³ Un inasprimento di tale sanzione era già stato effettuato dagli imperatori Costanzo e Costante, come si evince da CTh. 11.36.5: *IMPP. CONSTANTIVS ET CONSTANS AA. AD ALBINUM VICARIUM HISPANLARUM. Cum maior substantia litigii sit, a praeiudicio provocans XXX librarum argenti pondere plectatur: in minoribus etiam negotiis quindecim pondo argenti exsolvat. DAT. VII ID. APRIL. MARCELLINO ET PROBINO CONSS.* (7 apr. 341). Si era quindi passati ad una sanzione che variava a seconda del valore della causa in 15 o 30 libbre d'argento. La sanzione di 50 libbre sarà poi quella che avrà una certa stabilità, dal momento che viene ribadita anche nelle costituzioni CTh. 11.36.25 e CTh. 11.36.30 emanate da Graziano rispettivamente nel 378 e 385. Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 59, n. 86.

⁴³⁴ L'interpretazione del passo è controversa. La sanzione pecuniaria a carico del funzionario giudicante in primo grado ci è attestata, anche da CTh. 11.36.15: *IMPP. VALENTINIANVS ET VALENS AA. SALUTEM DICUNT ORDINI CIVITATIS KARTHAGINIENSIVM. POST ALLA: Ab executione vel a praeiudicio provocantes decrevimus non admitti, in tantum, ut contra definita facientes quinquaginta libras argenti condemnatione feriantur. DAT. PRID. NON. FEB. MEDIOLANO DIVO IOVLANO ET VARRONIANO CONSS.* (4 feb. 364), ma VINCENTI, *Ante sententiam*, cit., p. 62 ss. e 99 sostiene che, a differenza di CTh. 11.36.16, il giudice al quale si riferirebbe tale prescrizione sarebbe il funzionario *a quo*, per aver effettuato la trasmissione di atto irricevibile. Secondo MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 59, n. 86, invece entrambe le prescrizioni si riferirebbero esclusivamente al giudice *ad quem*, mentre PERGAMI, *L'appello*, cit., p. 156, dalla lettura di CTh. 11.36.15 e CTh. 11.36.16, vi scoverebbe un'abbreviazione dei compilatori teodosiani che avrebbero sunteggiato i testi originari, dal momento che il divieto di appello *a praeiudicio vel ab executione* riguardava tanto il *praefectus Urbi*, quanto i prefetti del pretorio, ma anche tutti i giudici a loro sottoposti. Su quest'ultima ipotesi SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 440, n. 34, sostiene che la sanzione multatizia, dunque, derivante dalla responsabilità per *litem suam facere*, dovesse essere irrogata a tutti gli *officia* che avevano concorso a realizzare l'attività che la legge vietava. Anche a me sembrerebbe che la formulazione delle due costituzioni sopra menzionate non sia dissimile, ma l'unica aporia siano i destinatari e, però, non mi sembrerebbe peregrina l'ipotesi di responsabilità diversificata per il giudice *a quo* e *ad quem*. Il danno del primo, che comporta solo una sanzione "amministrativa" nei confronti dell'erario, si giustificerebbe nella natura dell'errore endoprocessuale, che però non comporta una definitiva statuizione ingiusta. Il secondo, invece, emetterebbe propriamente una statuizione *contra legem*, poiché viziata *ab origine* e, dunque, una sentenza ingiustamente pregiudizievole che causa, anche, responsabilità nei confronti del soccombente. Il recente contributo di F. ARCARIA, «*Litterae dimissoriae sive apostoli*». *Contributi allo studio del procedimento d'appello in diritto romano* in LR 1, 2012, p. 127 ss. (169 ss.), poi, ha messo in luce che in epoca tarda il *iudex a quo* avesse sempre l'obbligo di rilasciare l'autorizzazione all'impugnazione della sentenza, tramite le *litterae dimissoriae*, ma in questo caso, come mostrato da S. BARBATI, *Abusi e illeciti dei giudici nel processo tardo-antico* in *Atti dell'accademia Romanistica Costantiniana. XIX Convegno Internazionale. Organizzare, sorvegliare, punire. Il controllo dei corpi e delle menti nel diritto della tarda antichità*, Roma, 2013, p. 335 ss. (371), la *Rel. 16* di Simmaco, figlio del *praefectus Urbi* a cui è indirizzata CTh. 11.36.16, quindi di epoca successiva, mostra proprio come sia ancora il giudice *a quo* a dover denegare l'appello in caso di una sentenza non definitiva.

Vi è, dunque, una formulazione più netta di tale responsabilità⁴³⁵, che si poteva integrare, verosimilmente, con diversi comportamenti, ma con un'unica matrice: la *coniventia* del giudice con una parte.

Tale vocabolo, specificato soltanto in CTh. 11.36.2, ma ad avviso di alcuni estensibile anche a CTh. 11.36.16⁴³⁶ apre le porte a quello che è uno dei fondamenti generali di diversi tipi di responsabilità giudiziale nel tardo-antico e su tale questione conviene effettuare qualche approfondimento, indispensabile per la comprensione del tema che occupa la nostra ricerca.

3.2. *La coniventia iudicis: un riferimento costante nelle costituzioni imperiali. La peculiarità del litem suam facere in epoca tardo-antica.*

In ambito giuridico il termine *coniventia*⁴³⁷ è pressoché postclassico⁴³⁸, ma massiccio è l'utilizzo che di esso è stato fatto nelle costituzioni imperiali e, in diversi casi, con riferimento al *iudex*⁴³⁹.

Spesso tale sintagma è utilizzato in opposizione a *neglegentia*⁴⁴⁰, ad indicare una contrapposizione di fattispecie dolose e colpose⁴⁴¹.

I termini, spesso, indicano differenti responsabilità, ma in alcuni contesti e per certi determinati casi vengono a coesistere diversi titoli di imputabilità:

Nov. Val. 6.1 (2 mar. 440):

...Iudicem sane, si coniventiam in his exsequendis neglegentiamve praestiterit, decem libras auri eiusque officium similem quantitatem poenae nomine fisco iubemus exsolvere...

⁴³⁵ Ancora il tenore di CTh. 11.36.2: *quippe cum et causam tuam videaris esse facturus* sembrava richiamare ancora il rimedio di D. 5.1.15.1. Cfr. SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 440; MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 59.

⁴³⁶ Cfr. SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 442; MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 57 ss.; LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 235.

⁴³⁷ Talvolta presentato anche come *conniventia*. Cfr. *Edict. Theodor.* 30; *Edict. Theodor.* 69; *Edict. Theodor.* 114; *Brev. Alar.* 11.6.1; *Brev. Alar.* 11.11.5; *Brev. Alar.* 16.1.5.

⁴³⁸ Il primo testo giuridico in ordine cronologico attestato che introduce tale sintagma è D. 40.1.4.1 (Ulp., *disputationes*, 6), ma in modo non tecnico, attraverso l'espressione *coniventibus oculis*, ripresa dalla *Constitutio Tanta* 11. Da tali testi, però, non è possibile comprendere la connotazione tecnico-giuridica del termine in questione.

⁴³⁹ CTh. 11.16.11(=BREV. 11.6.1); CTh. 11.30.59; CTh. 11.36.10; CTh. 11.36.26(=BREV. 11.11.5=C. 7.65.6); CTh. 16.5.24; CSirm. 12; CSirm. 14(=CTh. 16.5.46); C. 1.5.2; C. 10.48.8.3; C. 12.57.9.pr.; *Edict. Theodor.* 114.

⁴⁴⁰ CTh. 6.30.17; CTh. 9.45.5; C. 12.59.10.2; *Nov. Val.* 6.1.

⁴⁴¹ In tal senso anche F.M. DE ROBERTIS, *Le sentenze contra constitutiones e le sanzioni penali a carico del giudice* in *ZSS* 62, 1942, p. 255 ss. (265); BARBATI, *Abusi*, cit., p. 341, n. 16.

La tarda costituzione valentiniana indica una genericità di dieci libbre d'oro da versare al fisco, ma è bene sin da ora precisarla: questa non è la responsabilità per *litem suam facere*; l'ambito descritto, infatti, sembra attenersi ad una responsabilità, per utilizzare la definizione di Lambertini⁴⁴² già incontrata, “penale-disciplinare” nei confronti del fisco, piuttosto che una responsabilità “civile” per il risarcimento del danno al soccombente.

Tale sanzione pecuniaria ha la stessa natura di quella che abbiamo visto per l'appellante o per il giudice *a quo* in CTh. 11.36.16 e diverse sono le testimonianze di questo tipo di pene, per fatti di diversa gravità, che dovevano essere comminate ai *iudices* e, in alcuni casi, anche o esclusivamente agli *officia* dei giudici⁴⁴³: già dal periodo severiano per i renitenti ad ammettere impugnazioni⁴⁴⁴, per chi non aveva impedito ad un *honoratus* di presentarsi al vicario senza indossare la clamide⁴⁴⁵, per i giudici che facevano ostruzionismo al perseguimento della giustizia tramite un utilizzo strumentale della *consultatio ante sententiam*⁴⁴⁶, ovvero per altri casi⁴⁴⁷.

⁴⁴² Cfr. LAMBERTINI, *Giustiniano*, cit., p. 17; IDEM, *Testi e percorsi*, cit., p. 204 ss., ma una perifrasi simile è utilizzata anche da SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 540. La definizione “disciplinare” non convince BARBATI, *Abusi*, cit., p. 343 ss., dal momento che non vi era, come accade oggi per i dipendenti pubblici, un'autorità preposta a comminare dette sanzioni (il CSM per i magistrati ad esempio), ma esse venivano eseguite al termine di un normale processo cognitorio. Independentemente dalla differente giurisdizione, tuttavia, le caratteristiche di tale imputabilità sono simili a quelle che si riscontrano per gli illeciti disciplinari, dal momento che si azionano a seguito di errori commessi nell'esercizio delle proprie funzioni, ed è chiaro che tale assunzione non può che prendere connotazione da una realtà storica successiva, venendosi ad adattare a quella tardo-romana solo per comodità espositiva. Sono d'accordo, invece, con lo studioso sull'impossibilità di una qualificazione di responsabilità “amministrativa”, come, invece, suggerisce DE ROBERTIS, *Le sentenze*, cit., p. 260 ss., dal momento che essa, per come la intendiamo noi moderni, presuppone un danno erariale e un risarcimento, mentre in questo caso la sanzione è prevista independentemente dal danno concreto causato. La natura, quindi, è profondamente differente.

⁴⁴³ Alcuni testi nei quali si rinviene tale responsabilità sono citati da LAMBERTINI, p. 216 ss.

⁴⁴⁴ Si evince da D. 49.1.7 (Marc., *de appellationibus*, 1); D. 49.1.25 (Pau, *responsa*, 20), con interventi di Alessandro Severo, ma furono via via intensificate le sanzioni pecuniarie con le costituzioni dei successivi imperatori. Si veda CTh. 11.30.25(=C. 7.62.21 con qualche modifica), CTh. 11.30.58.1(=C. 7.62.30); CTh 11.30.59. Per una disamina evolutiva delle fonti sul tema cfr. F. PERGAMI, *Organizzazione giudiziaria e responsabilità dei funzionari imperiali nell'esercizio dell'attività giurisdizionale* in *Atti dell'accademia Romanistica Costantiniana. XIX Convegno Internazionale. Organizzare, sorvegliare, punire. Il controllo dei corpi e delle menti nel diritto della tarda antichità*, Roma, 2013, p. 739 ss. da cui si cita (= in *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2014, p. 65 ss.) e ivi bibliografia precedente.

⁴⁴⁵ Cfr. CTh. 1.15.16.

⁴⁴⁶ Sul punto e sui profili evolutivi cfr. F. PERGAMI, *La responsabilità dei giudici nella consultatio ante sententiam* in *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2010, p. 127 ss. e ivi bibliografia precedente e fonti. Tale istituto si conserva sino al diritto giustiniano cfr. F. SITZIA, *Consultatio ante sententiam e Nov. 125* in *Studi in onore di Antonino Metro VI*, Milano, 2010, p. 1 ss.

⁴⁴⁷ Cfr. LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 217 e BARBATI, *Abusi*, p. 379 ss. per la disamina di altri casi e i riferimenti testuali. In aggiunta a titolo di esempio si pensi anche alla responsabilità disciplinare con sanzione multatizia che si rinviene nell'*Edictum Theoderici* per quei giudici che avevano aiutato i *clerici* nel far fuggire i condannati. *Edict. Theoder.* 114: *Si addictos dammatosque iudicis clerici vel quilibet alii violenter eruerint, ipsi ad poenam, vel ad dispendia teneantur, quae sententia in convictos prolata statuisset monstrabitur: et si conniventia iudicis vel concludio hoc claruerit perpetratum, quinque auri libras idem index cogatur exsolvere.* Cfr. S.D.W. LAFFERTY, *Law and society in the age of Theodoric The Great. A study of the Edictum Theoderici*, Cambridge, 2013, p. 143 ss. Su tale documento vi è, però, più di

Nel tardo-antico, oltre alla proliferazione di *iudices*, termine ora polisemico, che indica spesso i governatori provinciali⁴⁴⁸ vi era anche una diversificazione di responsabilità per i *iudices*; non esiste più una divisione, come avveniva nel periodo classico, tra responsabilità criminale *index qui pecuniam accepit*, già presente dall'epoca decemvirale e una c.d. responsabilità "civile" sotto la denominazione di *litem suam facere*, ma diversi titoli e nature di imputabilità giudiziali, che potevano anche concorrere nella condotta del medesimo *index*⁴⁴⁹.

A tal proposito colpisce la responsabilità per il giudice che ritardava, con la sua condotta, il regolare svolgimento della giustizia e mentre nel diritto classico integrava propriamente il *litem suam facere*⁴⁵⁰, ora non presenta tale denominazione:

CTh. 2.6.2 (=BREV. 2.6.2):

IMP. CONSTANTINUS AD FELICEM PRAESIDEM CORSICAE. *Si petitores probaverint interpellantes se saepius esse dilatos atque ita labsum temporis incurrisse per negligentiam atque desidiam, gravitate tua audientiam differente, indemnitas petitorum pro modo litis, quae in altercationem fuerit adducta, de tuis facultatibus sarciatur. DAT. VIII KAL. NOVEMB. SIRMIO CONSTANTINO A. V ET LICINIO C. CONSS. (24 oct. 319).*

Il passo oltre ad indicare probabilmente la primogenitura di una responsabilità "civile" per il giudice che nasce da colpa, sotto la vigenza delle *cognitiones*, ebbe, come già osservato da Barbati⁴⁵¹, una vastissima eco nel mondo romano, dal momento che ne fa riferimento anche una costituzione in CTh. 11.32.1 di Valentiniano e Valente del 365⁴⁵² e fu inserito,

qualche dubbio riguardo l'attribuibilità e la datazione. Sulla spinosa questione cfr. O. LICANDRO, *Edictum Theoderici. Un misterioso caso librario del Cinquecento*, Roma, 2013, p. 11 ss. e ivi n. 2 per bibliografia precedente.

⁴⁴⁸ Cfr. BARBATI, *Abusi*, cit., p. 365, n. 56, dove è specificato che anche la Glossa Ordinaria e Godefroy identificano i *iudices* con i governatori provinciali in diversi casi.

⁴⁴⁹ Norma generale costantiniana in tal senso sembrerebbe essere contenuta in CTh. 8.10.1=C. 12.61.1, che tratta di una generica responsabilità di chi ha commesso un torto nel giudicare. Sul testo cfr. per gli aspetti che qui interessano G. BOULVERT, «*Advocatus fisci*» in *Index* 3, 1971, p. 22 ss. (29 ss.); NOCERA, *La responsabilità*, cit., p. 78; DE MARTINO, «*Litem suam facere*», cit., p. 24; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo I. Presupposti storici*, Padova, 2000, p. 479. Durissimo è, inoltre, il precetto dello stesso Costantino ai provinciali contenuto in CTh. 1.16.7 a proposito del giudice corrotto. Cfr. in particolare J. HARRIES, *Constructing the judge: judicial accountability and the culture of criticism in late antiquity* in *Constructing identities in late antiquity*, Londra-New York, 1999, p. 214 ss.; J. N. DILLON, *The Justice of Constantine. Law, communication and Control*, Ann Arbor, 2012, p. 137 ss.

⁴⁵⁰ È il caso che abbiamo analizzato con il *Pap. Ant.* 22 col. II *rectum*, in relazione al *kaput* 91 della *Lex Irnitana*.

⁴⁵¹ Cfr. BARBATI, *Abusi*, cit., p. 355 ss. e 438 ss.

⁴⁵² CTh. 11.32.1: IMPP. VALENTINIANUS ET VALENS AA. AD VOLUSIANUM PRAEFECTUM URBI. *Si culpa iudicis gemino lapsu causa fuerit evoluta, iuxta divi Constantini praeceptum ipse ad redhibitionem eius aestimationis, quanto res valet, de qua iurgium est, debet adineri. DAT. III NON. SEPTEMB. MEDIOLANO VALENTINIANO ET VALENTE AA. CONSS. (3 (?) sept. 365).* Qui viene utilizzato il termine *culpa* in luogo di *neglegentia* e *desidia*. Sul fatto che i termini *neglegentia* e *desidia* rientrino nell'alveo della *culpa* cfr. DE ROBERTIS, *Le sentenze*, cit., p. 265 per *neglegentia* e SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 460, n. 52 per il termine *desidia*.

probabilmente, per limitare la negligenza giudiziale che comportava la necessità continua di rimessione dei termini processuali, allungando, di fatto, oltremodo i processi⁴⁵³.

La caratteristica che colpisce è, poi, che, per quanto descritto in CTh. 2.6.2 e in CTh. 11.32.1, la condanna colposa era rimessa ad una valutazione del *praeses*, che ricalca il *quantum aequum* del *litem suam facere* degli esordi⁴⁵⁴, ma un'altra costituzione costantiniana, sempre del 24 ottobre 319 e rivolta allo stesso destinatario chiarisce qualche aspetto ulteriore:

CTh. 1.16.3:

*IMP. CONSTANTINUS AD FELICEM PRAESIDES CORSICAE. Cum sex menses transcurrerint, breves omnium negotiorum ab officio tuo descripti commeent ad scrinia eminentissimae praefecturae, ut his recensitis et ad scrinia nostra perlatis pandatur, quis iudicium et in quibus discingendis causis fidelem operam praestiterit, quo vel dignus praemium mereatur vel negligens coercionem incurrat: adeundi tuum iudicium de negligentia vel avaritia tui officii data provincialibus facultate. De eo sane, qui pretio depravatus aut gratia perperam iudicaverit, ei vindicta quem laeserit non solum existimationis dispendis, sed etiam litis discrimine praebetur. DAT. VIII K. NOV. SIRMIO CONSTANTINO A. V ET LICINIO CAES. CONSUL. (24 oct. 319).*⁴⁵⁵

Qui viene, invece, viene in rilievo la somiglianza con la responsabilità per *litem suam facere* così come deriva dal testo di Ulpiano in D. 5.1.15.1: la costruzione *gratia perperam iudicaverit* era infatti proprio una delle casistiche previste da Ulpiano per i casi di imputabilità giudiziale⁴⁵⁶.

La costituzione in CTh. 1.16.3 ci indica, però, qualcosa in più, ossia che la responsabilità “penale-disciplinare” di cui abbiamo prima trattato poteva essere azionata anche per colpa,

⁴⁵³ Il rimedio della *restitutio in integrum*, tuttavia, non sparì mai del tutto come testimonia ad esempio una costituzione di Giustiniano del 29 agosto 531, C. 2.46.3. Per analisi e approfondimento sul passo cfr. S. BARBATI, *Sugli elenchi degli organi giudiziari* in *Jus* 58, 2010, p. 37 ss. (122). Bisogna, tuttavia, considerare che tale necessità di ridurre la rimessione in termini e le lungaggini processuali si evinceva già da un'altra norma costantiniana del 6 maggio 316, CTh. 2.6.1, che prevedeva un'unica *reparatio temporum*, a discrezione del giudice di massimo quattro mesi. A questa, però, ne fu aggiunta una seconda eventuale da CTh. 11.31.2 degli imperatori Valentiniano e Valente del 16 febbraio 365, nel caso di malattia giudiziale, *aegritudo iudicis* o *rei publicae interveniens negotium*, come si evince anche da *Rel.* 39.4-5 di Simmaco. Cfr. BARBATI, *Studi*, cit., p. 429 ss. Nel caso di colpevolezza del giudice che avrebbe fatto decadere l'azione, dunque, non vi sarebbe stata una rimessione in termini, ma un rimedio contro il giudicante.

⁴⁵⁴ D. 44.7.5.4 e D. 50.13.6 (Gai., *res cottidianae*, 3), ma la differenza lì era l'imputazione indipendente dall'elemento soggettivo, mentre in questo caso sono specificati esplicitamente i comportamenti sanzionabili.

⁴⁵⁵ La sezione finale del provvedimento è ripresa in C. 7.49.2. Cfr. SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 457, n. 48 e BARBATI, *Abusi*, cit., p. 416 ss.

⁴⁵⁶ Insieme ad *inimicitia aut sordes*. Il dato era stato già notato da SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 457 ss., n. 49.

mentre nel caso di corruzione del giudice o di favoritismo nei confronti di una parte nel processo, il soccombente aveva anche diritto al risarcimento del valore della *lis*⁴⁵⁷.

Il quadro di insieme di CTh. 2.6.2 e CTh. 1.16.3 dimostra, quindi, che vi era già sul finire del 319, una concorrenza di due responsabilità: il soggetto giudice avrebbe dovuto, infatti, rispondere per la sua ingiusta condotta sia pubblicamente⁴⁵⁸ che privatamente.

Dal lato privatistico, che è quello che interessa la nostra indagine, ciò che più colpisce è il principio di proporzionalità della responsabilità “civile” al fatto compiuto: nel caso di illecito giudiziale colposo non superabile con un appello, poiché il giudice non aveva emesso sentenza, il danneggiato avrebbe avuto diritto ad un’*indemnitas*, nei limiti del valore della *lis*.

Nel caso, invece, di dolo comprovato, il danneggiato aveva, invece, diritto sempre al risarcimento del danno subito.

Elemento comune a tali violazioni omissive con il *litem suam facere* originario è anche la trasmissibilità agli eredi della risarcibilità del danno⁴⁵⁹, come si evince da:

CTh. 9.27.4 = C. 9.27.2:

IMPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS A.A.A. FLORO PRAEFECTO PRAETORIO. Sciant iudices super admissis propriis aut a se aut ab heredibus suis poenam esse repetendam. DAT. X KAL. SEPTEMB. ANTONIO ET SYGARIO CONSS. (23 aug. 382).

denotando, dunque, una natura non penalistica di tale azione, ma risarcitoria⁴⁶⁰.

La nozione tardo-antica di *litem suam facere*, però, per come appare da CTh. 11.36.2, ha una specificazione ulteriore, ossia la *coniventia*⁴⁶¹, che ha un significato di partecipazione dolosa

⁴⁵⁷ Cfr. SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 458.

⁴⁵⁸ Se ne deve che dal punto di vista pubblicistico le pene in questa costituzione potevano constare tanto nella *relegatio* o nella *remotio ordine*, cfr. D. 48.19.28.1 (Call., *de cognitionibus*, 6) e D. 50.13.5.2 (Call., *de cognitionibus*, 1). Cfr. SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 458, n. 50 e VOCI, *Azioni penali*, cit., p. 26, n. 10. In epoca più tarda i giudici venivano sanzionati anche con pene più gravi, a seconda della gravità del fatto compiuto: si veda la costituzione in CTh. 9.27.5=C. 9.27.3, del 383, che in caso di corruzione o peculato prevedeva la pena capitale per il *iudex* o il *cognitor*. Cfr. BARBATI, *Abusi*, cit., p. 362 ss. Si cfr. poi CTh. 1.5.9=C. 1.26.3 per la genericità dei misfatti, chiamati *crimina* e puniti, a seconda dei casi, con la *mansuetudinis scientia* dei prefetti.

⁴⁵⁹ Sul riferimento del testo al termine *poena* come risarcimento nei confronti del danneggiato cfr. BARBATI, *Abusi*, cit., p. 429 ss.

⁴⁶⁰ Probabilmente tale precetto valeva soltanto per quanto concerne l'azione contro il giudice concussore, cfr. BARBATI, *Abusi*, cit., p. 430.

⁴⁶¹ Si riscontrano numerosi sinonimi, oltre a *gratia*, come *aviditas*, *contumelia* e *avaritia*. Cfr. DE ROBERTIS, *Le sentenze*, cit., p. 265, n. 40, 41, 42 per i riferimenti testuali. Il sentimento di favoritismo nei confronti di una parte, poi, poteva anche essere dettato dal potere maggiore di una delle due parti che avrebbe potuto condizionare l'esito della sentenza, come si evince da CTh. 1.15.1; CTh. 1.16.4=C. 1.40.2; CTh. 2.13.1=C. 2.13.2; *Nov. Marc.* 1.2. Cfr. NOCERA, *La responsabilità*, cit., p. 76 ss.; BARBATI, *Abusi*, cit., p. 411 ss. e 444 ss. Tuttavia, come

corrispondente alla *gratia* incontrata in D. 5.1.15.1 e CTh. 1.16.3; in riferimento alla decisione viziata del *iudex* c'è anche il riferimento alla *gratiosa coniventia*, come si evince da:

CTh. 11.16.11 (=BREV. 11.6.1):

...*Quae severitas iussionis ad ordinariorum iudicum officiorumque terrorem debebit excurrere, ut, si eorum vel gratiosa coniventia vel ignobili dissimulatione temeritas admiserit curialis, eos quoque damni similis poena castiget. DAT XIII KAL. APRIL. CONSTANTINOPOLI VALENTINIANO ET VALENTE AA. CONSS. (19 mart. 365).*

Tale estratto di una costituzione di Valentiniano e Valente al prefetto del pretorio *Secundus*⁴⁶² testimonia l'equiparazione di *gratiosa coniventia* e *ignobilis dissimulatio* ai fini della responsabilità del danno patito dal soggetto: una soggezione uguale a quella prevista da CTh. 1.16.3, CTh. 11.36.2 e CTh. 11.36.16.

Il riferimento al *litem suam facere*, però, è presente soltanto in CTh. 11.36.2 e CTh. 11.36.16, che sanzionano il *iudex* per *litem suam facere* nel caso di *iudex* che avesse ammesso appelli *a praeiudicio* o *ab executione*⁴⁶³.

Quale sia il motivo per il quale, proprio in questo caso, si utilizzi la denominazione suddetta per la responsabilità giudiziale è interrogativo di non facile risposta.

Probabilmente la ragione è che Costantino in CTh. 11.36.2 aveva nella mente la *definitio* di *litem suam facere* che aveva fornito Ulpiano, o qualche altro giurista severiano e l'avesse adoperata per spiegare l'atteggiamento grazioso e, dunque, connivente del giudice, che avrebbe comportato la possibilità di un rimedio supplementare rispetto all'appello, non più esperibile.

In questo punto vi è il contatto e la continuità con il periodo severiano e, successivamente, dovendo i Valentiniani semplicemente attualizzare la pena per i giudicanti

avevamo già visto, tale era un problema che si riscontrava già dal diritto classico, come avevamo visto *supra*, testimoniato da Marziale, *Epigrammaton libri*, 7.65; Giovenale, *Saturae*, 16.36-50 e Svetonio, *De vita duodecim Caesarum libri VIII*, 8.DIVUS VESPASIANUS.10.

⁴⁶² L'attribuzione ai valentiniani è controversa perché la parte di CTh 11.16.11 proposta combacia perfettamente con C. 10.48.8.3, che invece è attribuita a Costanzo. Sul punto, in ogni caso, si erano già espressi L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane* in *AUPA* 16, 1931, p. 3 ss. (138, n. 7); F. PERGAMI, *La legislazione di Valentiniano e Valente (364-375)*, Milano, 1973, p. 181 e P. CUNEO, *Codice Teodosiano, Codice Giustiniano e diritto nel tardo Impero* in *Labeo* 42, 1996, p. 208 ss. (237), i quali danno per certa l'attribuzione a Valentiniano e Valente e considerando C. 10.48.8 una collage di Triboniano tra CTh. 11.16.8 e CTh. 11.16.11.

⁴⁶³ Il *iudex* al quale si riferirebbe l'imputazione, come chiarito *supra*, dovrebbe essere esclusivamente il giudice *ad quem*, e ciò sarebbe confermato da quanto si evince in CTh. 11.30.44; il *iudex a quo* avrebbe potuto discoltarsi dalla responsabilità civile invocando il *factum principis*, ossia che un tribunale imperiale avesse ricevuto l'appello, pur avendone ravvisato l'irritualità. Cfr. BARBATI, *Abusi*, cit., p. 437.

rispetto al precedente costantiniano, in CTh. 11.36.16 avrebbero adoperato come modello quello di quest'ultimo e, dunque, anche la specificazione *litem suam facere*.

Se ne deduce, dunque, che ciò che si intendeva con “fare propria la lite” nel periodo tardo-antico era completamente diverso dal rimedio descrittoci da Gaio nelle *res cottidianae*⁴⁶⁴, ma sopravvivevano, come abbiamo avuto modo di vedere, elementi della responsabilità giudiziale originaria, senza la specifica denominazione.

Questo, probabilmente, fu possibile perché del *index qui litem suam fecerit* non ebbe mai una precisa formulazione e fissazione giuridica, ma vista l'ambiguità del lessema, poteva prestarsi a multiple sfaccettature e interpretazioni.

Occorre, però, sin da ora notare come il limite tra corruzione e *litem suam facere* fosse alquanto sfumato nel tardo-antico e nell'immediato prosieguo vedremo come denominazioni simili a *litem suam facere* venissero utilizzate per indicare tipologie e fattispecie di responsabilità criminale del giudice.

3.3 *Il litem suam facere che travalica i confini della responsabilità privata.*

Senza approfondire la responsabilità pubblica del giudice nel tardo-antico⁴⁶⁵, occorre soffermarsi su locuzioni sintattiche simili a quella di *litem suam facere* per comprendere se la distinzione tra tale ultima locuzione e le pene per i *crimina* giudiziali fosse ancora così netta come nel periodo classico.

Se osserviamo:

CTh. 9.27.5 = C. 9.27.3⁴⁶⁶:

IMPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. HAVE MARCELLINE KARISSIME NOBIS. Omnes cognitores et iudices a pecuniis atque a patrimoniis manus abstineant neque alienum iurgium putent suam praedam. Etenim privatarum quoque litium cognitor idemque mercator parem capitis ac vitae, quae peculatos reos consuevit involvere, cogetur subire iacturam.

⁴⁶⁴ Cfr. SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 476 ss., che pur ammette ciò, ma che ritiene la descrizione di D. 44.7.5.4 e D. 50.13.6 (Gai., *res cottidianae*, 3) non classica.

⁴⁶⁵ Ad esempio quella che avevamo visto con P.S. 5.25.4 la responsabilità del *index qui contra sacras principum constitutiones pronuntiat*. Cfr. F. NASTI, *L'attività normativa di Alessandro Severo I. Politica di governo riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli, 2006, p. 112 ss.; LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 206 ss. Per altri casi si rinvia a BARBATI, *Abusi*, cit., p. 388 ss.

⁴⁶⁶ Tra le due costituzioni c'è una differenza di pena, come evidenziato da BARBATI, *Abusi*, cit., p. 362 ss. e ivi approfondimenti sui testi.

DAT. PRID. NON. MEDIOLANO MEROBAUDE II ET SATURNINO CONSS. (4 apr. 383).

ciò che a noi interessa, è proprio la costruzione *iudices qui alienum iurgium putent suam praedam*, che ricorda molto, come forma linguistica e a livello concettuale, il *iudex qui litem suam fecerit*, eppure per il giudice che “avesse considerato sua preda il giudizio altrui”, unitamente a colui che “aveva messo le mani su denari e patrimoni”, è prevista la pena capitale, come nel caso di peculato. Se ne rileva, dunque, una piena responsabilità criminale.

Probabilmente qui il termine *praeda* si riferisce precipuamente alla concussione⁴⁶⁷, dal momento che sembrerebbe sottintendere un comportamento estorsivo di ricchezze: ciò avrebbe conferma nell’equiparazione al livello penalistico tra concussione, corruzione (al quale si riferirebbe, invece, il termine *mercator*⁴⁶⁸) e peculato.

La costruzione, però, di *alienum iurgium putare suam praedam e litem suam facere*, come si evince dalle fonti tardo-antiche è, tuttavia, molto simile e la differenza sembrerebbe consistere unicamente nell’assunto che, mentre per il primo caso l’atteggiamento sanzionato è, appunto, la concussione, nel secondo è un generico favoritismo doloso nei confronti di una parte, non dettato da volontà di arricchimento.

L’aporia, però, ha contorni molto flessibili e si può superare soltanto con buona dose di attività ermeneutica.

Problema parzialmente analogo si rinviene anche per quanto riguarda l’atteggiamento del “giudicare in causa propria” come si evince da:

CTh. 2.2.1 (=BREV. 2.2.1):

IMPP. VALENS, GRATIANUS ET VALENTINIANUS AAA. AD GRACCHUM PRAEFECTUM URBI. *Promiscua generalitate decernimus neminem sibi esse iudicem debere. Cum enim omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem iura submoverint, iniquum ammodum est licentiam tribuere sententiae.* LECTA KAL. DECEMB. VALENTE V ET VALENTINIANO AA. CONSS. (1 dec. 376).⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ Di questo avviso anche BARBATI, *Abusi*, cit., p. 364.

⁴⁶⁸ Cfr. BARBATI, *Abusi*, cit., p. 364.

⁴⁶⁹ Il passo è l’unica costituzione del titolo 2 del secondo libro del *Codex Theodosianus*, intitolato *NE IN SUA CAUSA QUI IUDICET* ed è riportata con qualche modifica formale in C. 3.5.1 e in C. 40.20.10. Il contenuto, poi è ripreso in *Lex Rom. Burg.* 42 e J. 3.5. Cfr. LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 196 ss. La costituzione ha influenzato anche l’opera di Isidoro di Siviglia. Cfr. P. BIANCHI, *Il principio di imparzialità del giudice: dal codice Teodosiano all’opera di Isidoro di Siviglia in Ravenna capitale. Uno sguardo ad Occidente. Romani e Goti – Isidoro di Siviglia*, Bologna, 2012, p. 181 ss.

Qui, infatti, vi è un caso di ricusazione/astensione obbligatoria, del quale già Ulpiano ci aveva dato testimonianza con la nozione di *suae rei iudicem fieri*⁴⁷⁰ o la simile di *rei suae familiaris periculo*⁴⁷¹, mettendo dunque in risalto la differenza con *litem suam facere*; in entrambi i casi, però la sanzione non è descritta e per tale ragione, coerentemente, Lambertini ritiene che la norma contenuta in CTh. 2.2.1 non vada oltre il precetto⁴⁷².

È lo stesso autore, tuttavia, a notare come conseguenze criminali si possano intravedere da:

Cons. 8.1⁴⁷³:

Adde dum sollicitudinis tuae cura tractavit, ut de effractoribus et manifesto crimine comprehensis quam iudex debuit ferre sententiam, tractatus nostri pagina declaret: aut si maritus, quem iudiciariae potestatis cingit auctoritas, de servis, qui res uxorias manifesto crimine abstulisse convicti sunt, peremptoriam debuerit ferre sententiam, quasi id obici possit, in propria causa quis iudicet stulte: huic lex divorum principum quae infra legitur opponenda maritum illa tantum negotia uxoris velut extraneum auctore prosecuturum, quae procuratio emissa perscripserit. [...] 8.8: Intellegat nunc improbus accusator cinctum iudicem et uxoria velut externa debuisse negotia definire: et non licuisse, ut alienum reatum metueret, cui de manifestis reis non licuit tardare sententiam.

Tralasciando le questioni di merito, dal termine *improbus accusator* utilizzato in *Cons.* 8.8, si potrebbe evincere la possibile responsabilità penale per il *iudex* in tale ipotesi⁴⁷⁴.

La differenza con il *litem suam facere* riguarderebbe, in quest'ultimo caso, il non diretto coinvolgimento, a differenza del caso di *iudicare in propria causa*, ma una generica propensione

⁴⁷⁰ Qui Ulpiano cita un'opinione di Salvio Giuliano, D. 5.1.17 (Ulp., *ad edictum*, 22): *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*. Secondo FUENTESECA, *El enigmático significado*, cit., p. 33 il contravvenire a tale precetto produrrebbe la nullità della sentenza, ma ciò non è attestato dalle fonti a nostra disposizione.

⁴⁷¹ Cfr. D. 5.1.18.pr., già riportato *supra* a proposito del rimedio *de vacatione*.

⁴⁷² Cfr. LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p.197, n. 17, il quale nota che un caso analogo avveniva anche per l'*officium* di avvocato con la costituzione, riportata in CTh. 2.10.5 (= C. 2.6.6.pr.), di Valentiniano e Valente del 368/370.

⁴⁷³ Sulla *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* cfr. C.A. CANNATA, *La cosiddetta 'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti'* in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto (Napoli, 18-20 ottobre 2001)*, Napoli, 2003, p. 201 ss.; G. ZANON, *'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti'*. *Consultazione di un vecchio giureconsulto*, Napoli, 2006; IDEM, *Indicazioni del metodo giuridico della 'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti'*, Napoli, 2009. Sul testo specifico cfr. R. LAMBERTINI, *Cons. 8, il 'vetus iurisconsultus' e il giudice in causa propria (Aspetti della responsabilità del giudice nel tardoantico)* in *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C. Atti del convegno (Parma 18-19 giugno 2009)*, Parma, 2010, p. 183 ss.

⁴⁷⁴ Cfr. LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 199, n. 20.

dolosa per una parte, che non si spinga, però, fino ad un immedesimazione per un interesse proprio del *iudex* o di un prossimo congiunto, come nel caso di *Cons.* 8.1.

Lo spazio, dunque, del *litem suam facere*, pur essendo un'ipotesi meno grave e con profili diversi rispetto alla corruzione e alla mancata astensione obbligatoria⁴⁷⁵, viene però, ora, ad essere utilizzato come una perifrasi che ha punti di contatto con entrambe le ipotesi, visibili anche sotto il punto di vista sintattico-lessicale.

La netta distinzione che si era notata a proposito del periodo a cavallo tra secondo e terzo secolo d.C. tra *litem suam facere* e responsabilità pubblica viene, dunque, qui a scemare, come è visibile anche da:

CTh. 2.1.6(=BREV. 2.1.6)⁴⁷⁶:

IMPPP. GRATLANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. NEOTERIO PRAEFECTO PRAETORIO. *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 excluderint: 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. MEDIOLANO ARCADIO A. I ET BAUTONE CONSS. (30 apr. 385).

Viene qui in luce che, nel caso in cui una delle parti abbia dimostrato che il giudice non abbia tenuto udienza ovvero abbia effettuato *dilationes* per suo *fastidium* o sua *gratia*, venga ad essere punito nei confronti del fisco per quanto è il valore della *lis* e i *primores officii*⁴⁷⁷ subiscano la pena della *deportatio*.

Qui vengono in luce due tipi di responsabilità: criminale e “penale-disciplinare”, ma si può subito notare come vi sia una maggior severità di repressione per comportamenti analoghi a quelli previsti da CTh. 2.6.2 (la quale prevedeva, invece, solo un indennizzo nei confronti del danneggiato), con una specificazione ulteriore però, ossia che non era sufficiente la *neglegentia* o la *desidia*, ma doveva essere provato il *fastidium* o la *gratia* del giudice.

⁴⁷⁵ Per certi aspetti sembrano concordare DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., p. 24 e LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 199 ss.

⁴⁷⁶ Per approfondimenti sul passo cfr. LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 203 ss. e BARBATI, *Abusi*, cit., p. 357 ss. (e ivi n. 45 per l'errore di attribuzione a Graziano che era già morto nel 383).

⁴⁷⁷ Per quanto concerne i *primores officii*, LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 203, n. 27, traduce come “principali dell'*officium*”, mentre BARBATI, *Abusi*, cit., p. 356 rende con “responsabili dell'*officium*”. In accordo con l'*interpretatio ad Brev. Alar.* 2.1.6, il quale riproduce il concetto con la perifrasi *qui consiliis suis adhaerent*, sembra alquanto pacifico che la pena sia estesa anche a tutti gli aiutanti del giudice.

Se, dunque, assumessimo la covigenza delle due *constitutiones*⁴⁷⁸, se ne dedurrebbe che il mutamento dell'elemento psicologico comportava una diversificazione della natura di responsabilità.

Nell'effettuare, dunque, un'indagine sulla descrizione degli “elementi soggettivi” dell'agente, il termine *gratia* è stato già analizzato in precedenza, dal momento che rientra nella casistica già prevista da D. 5.1.15.1 come sinonimo di *coniventia*⁴⁷⁹, ma più complessa è la resa di *fastidium*, lemma polisemico.

Secondo Barbati tale vocabolo alluderebbe alla *neglegentia*, tanto che lo rende con “trascuratezza”⁴⁸⁰, ma tale connotazione non sembra poter emergere dal latino *fastidium* o *superbia*, sinonimo utilizzato nell'*interpretatio* visigotica del passo⁴⁸¹.

Coerentemente alla resa di Lambertini⁴⁸², il vocabolo andrebbe espresso come “atteggiamento di superiorità” e, dunque, a me sembra che anch'esso indichi una partecipazione dolosa, in quanto il giudice che con superbia procura un danno è pienamente consapevole delle proprie azioni.

In questo senso può allora essere utilizzata la testimonianza di Macrobio in *Saturnalia* 3.16.15, che, come abbiamo già visto, sembrerebbe proprio spiegare tale superbia dei *iudices*. L'autore scrive, infatti, la propria opera intorno al 430 descrivendo le abitudini lussuose dei giudici e sostiene *inde ad comitium vadunt ne litem suam faciant*, pur attribuendo tali parole a Caio Tizio.

Già si è detto abbondantemente a proposito dell'inattendibilità della testimonianza storica,⁴⁸³ ma vi sono tre indizi che potrebbero indurci a sostenere che l'erudito utilizzasse l'*auctoritas* di un retore antico per fare una satira sui *iudices* del periodo a lui coetemporaneo: *in primis* il riferimento ai giudici come ad una “classe” di soggetti privilegiati, che ben si sposa con la figura dei funzionari imperiali sotto il Dominato, *in secundis* il terrore di questi ultimi nel non presentarsi in giudizio, che ha connotati giustificabili dalla costituzione riportata in CTh. 2.1.6 e per ultimo, bisogna considerare che Macrobio si stava rivolgendo ad un pubblico che doveva immediatamente comprendere il riferimento *ne litem suam faciant*: qualora

⁴⁷⁸ Sembrerebbe di questa opinione BARBATI, *Abusi*, cit., p. 356.

⁴⁷⁹ LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 204 è concorde nel tradurlo con connivenza.

⁴⁸⁰ BARBATI, *Abusi*, cit., p. 356 ss.

⁴⁸¹ *Interpretatio ad Brev. Alar. 2.1.6: ... se vel superbiam vel propter amicitia adversarii sui probaverit....*

⁴⁸² LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 204.

⁴⁸³ Come chiarito anche da DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., p. 5 ss.

si fosse riferito al rimedio esperibile sotto la vigenza del periodo formulare non lo avrebbe potuto intuire nessuno, fuorché i conoscitori del diritto classico⁴⁸⁴.

Il comportamento dei *iudices* descritto da Macrobio, inoltre, è proprio di *fastidium*, ma non si spingeva mai fino all'omissione del proprio *officium* presenziale e l'unica ragione di ciò era una responsabilità giudiziale così atterrente, come quella di CTh. 2.1.6, da indurre al presenzialismo.

Si può asserire che, in accordo con un'interpretazione sistematica di CTh. 2.1.6 e *Saturnalia* 3.16.15, alla parte interessata sarebbe bastato dimostrare l'assenza del giudice nel giorno previsto per l'udienza per fare incorrere quest'ultimo nella responsabilità suddetta, dovendosi presupporre l'elemento psicologico, quantomeno del *fastidium*, in caso di mancata comparizione senza un giustificato motivo.

Se ne deduce, dalla nostra ricostruzione, che il riferimento al *index qui litem suam fecerit* di Macrobio, attenesse non tanto ai profili sanzionatori dal lato pecuniario, in larga parte conformi con la massima ulpiana di D. 5.1.15.1⁴⁸⁵, ma alla pena della *deportatio* susseguente.

Tutto ciò induce a considerare il *litem suam facere* a cavallo tra quarto e quinto secolo come un'imputabilità per fatto doloso del *index*, che aveva assunto sempre più significati criminali.

3.4. *Ipotesi di sintesi conclusive.*

Alla fine di tale *excursus* la netta distinzione che avevamo osservato a proposito del periodo classico del diritto tra responsabilità privata e pubblica viene meno e, d'altronde, ciò

⁴⁸⁴ Invero si denota un gusto classicheggiante in Macrobio, che esorta alla lettura dei classici come è visibile da *Saturnalia* 6.9.9: *...Nam quia seculum nostrum ab Ennio et omni bibliotheca vetere descivit, multa ignoramus, quae non laterent si veterum lectio nobis esset familiaris.* Cfr. MARINONE (a cura di), *I Saturnali*, cit., p. 12. Tuttavia i classici ai quali l'autore si riferisce, come è visibile dal passo sono quelli letterari e non giuridici. In ogni caso quando vi è un termine oscuro, che poteva essere non compreso dall'uditorio, l'erudito si preoccupa di fornire adeguata spiegazione, come si evince, ad esempio, anche dal periodo successivo a quello sopra proposto di *Saturnalia* 6.9.9: *Omnes enim antiqui scriptores ut hominem equo insidentem, ita et equum, cum portaret hominem, equitem vocaverunt, et equitare non hominem tantum sed equum quoque dixerunt.* Dobbiamo, dunque, considerare *e contrario* che, non preoccupandosi Macrobio di esplicitare il significato di *litem suam facere*, esso fosse adeguatamente conosciuto dal suo uditorio.

⁴⁸⁵ Qui, però, il valore della *lis* deve essere devoluto al fisco, probabilmente perché qualora fosse stata dimostrata la giustezza della posizione della parte, l'erario avrebbe dovuto corrispondergli la somma, che poi avrebbe prelevato con un'azione di rivalsa nei confronti del *index* colpevole. È singolare come tale meccanismo abbia dei punti di contatto con quello previsto dal nostro odierno ordinamento nazionale all'art. 7, comma 1, l. 117/88.

si giustificerebbe anche con la trasformazione del *iudex* da privato cittadino a pubblico funzionario⁴⁸⁶.

Nonostante ciò, nel lungo periodo che intercorre tra l'età dei Severi a quella pregiustiniana, abbiamo incontrato in ambito giuridico due esplicite ipotesi di *litem suam facere* per il *iudex*, entrambe per *coniventia* nei confronti di una parte che si spinge sino all'ammissione di un appello illegittimo, assenza ingiustificata o i ritardi processuali dolosi.

A proposito della prima è il caso previsto da CTh. 11.36.2 e CTh. 11.36.16, che produceva una doppia responsabilità: pubblica con sanzione multatizia e privata con obbligo di risarcimento, denominata quest'ultima *litem suam facere*.

Nella prassi processuale, però, l'imputazione al giudice per tale tipo di scorrettezza non era così rigida e automatica e ciò si può evincere dalle *relationes* 16 e 33 del già citato *praefectus Urbi* Quinto Aurelio Simmaco⁴⁸⁷, dimostrandosi così, ancora una volta, una notevole distanza tra teoria e prassi processuale; il dovere di rettitudine era ancora una volta, infatti, rimesso all'etica del singolo giudice, tanto più nel caso vi fossero interessi di *potentiores*⁴⁸⁸.

In tal senso sembrerebbe propendere *Nov. Marc.* 1.pr.⁴⁸⁹ dell' 11 ottobre 450, la quale testimonia una coda di persone che avevano subito torto da parte dei giudici, dal momento che non potevano spuntarla contro qualcuno più influente.

Accanto a ciò avevamo, poi, analizzato le costruzioni sintattiche simili a *litem suam facere* che comportavano responsabilità criminale, tra le quali vi era in CTh. 9.27.5, quella di *iudex qui alienum iurgium putet suam praedam*, inteso nella connotazione di concussione giudiziale, atto punito addirittura con la pena capitale.

⁴⁸⁶ Di questo avviso anche LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 200 ss., secondo il quale vi sarebbe stato uno spostamento tra rapporto '*iudex-parti* processuali' a quello '*iudex-statuto* deontologico diretta espressione di interesse pubblico'.

⁴⁸⁷ La prima riguarda specificamente un appello inoltrato al tribunale supremo di un appello che il *iudex a quo* riteneva proposto contro un *praeiudicium*, cfr. BARBATI, *Abusi*, cit., p. 375 ss., mentre la seconda si inserisce all'interno del generico divieto di appello *ante definitivam sententiam* ed è proprio una giustificazione dello stesso *praefectus Urbi* per aver violato lo *ius potestatis* e aver ammesso un appello illegittimo. Cfr. sul punto G. DE BONFILS, *Prassi giudiziaria e legislazione nel IV secolo. Symm., rel. 33* in *BIDR* 78, 1975, p. 285 ss. (e ivi 286 ss. per il testo della *relatio*).

⁴⁸⁸ Cfr. BARBATI, *Abusi*, cit., p. 450.

⁴⁸⁹ *Nov. Marc.* 1.pr.: IMPP. VALENTINIANI ET MARCIANI AA. EDICTUM. *Multa remedium genera nostrae clementiae provincialibus suis prospicere gestienti et crebra cogitatio subpetit et ipse rerum usus adportat. Nam cum venalem iudicum ambitum radicitus amputasset et ad res privatas vel publicas sincerissime gubernandas homines spectandos atque consultos traxisset invitos - sciens quippe felicem fore rem publicam, si a nolentibus et actus publicos repulsantibus regetur -, cogitanti nostrae pietati statim occurrit, quonam modo possint longi itineris intervallo et enormibus sumptibus legitimo egentes auxilio liberari. videtis enim agmina, videtis catervas adeuntium infinitas non solum a finitimis provinciis, verum extremo orbis Romani limite confluentes et adversum suos adversarios conquerentes. Quod profecto nullatenus accidisset, si in locis integritas vel severitas iudicum florisset. Ne igitur huiusmodi flagitia etiam ulterius porrigantur, ne quis desertis laribus suis aut certe dulcibus pignoribus per incognitas mundi partes diutius pervagetur, hoc consultissimo edicto statuendum pariter et omnibus declarandum pietas nostra decernit.* Cfr. sul punto NOCERA, *La responsabilità*, cit., p. 78 ss.

Elemento finale da tenere in considerazione è dunque:

Draconzio, *Romulea*, 8(*De raptu Helenae*).31-43:

Caelicolum praetor iam sederat arbiter Idae:
Iam gremium caespes, iam surgens herbida tellus
Stabat et aetherium fuerant herbosa tribunal.
Soluerat Iliacus caeli uadimonia pastor
Et litem facit ipse suam: laudata recedit
Contempta Iunone Venus. Tunc uirgo decore
Victa dolet, nam tristis abit: heu nescia mens est,
Quae mala circumstent ausum dare iura Mineruae.
Indicis Idaei pretio sententia fertur
Damnaturque Paris; nec solus pastor habetur
Ex hac lite reus: damnantur morte parentes,
Damnantur fratres, et quisquis in urbe propinquus
Aut cognatus erat, cunctos mors explicat una.

si può notare come qui *litem suam facere* sia utilizzato per indicare un vero e proprio caso di corruzione giudiziale.

Il testo è tratto da un carme risalente circa alla metà del V secolo d.C.⁴⁹⁰, che racconta del rapimento di Elena e si riferisce, in particolare, al giudizio di Paride sulla contesa tra le dee Minerva, Giunone e Venere, per l'assegnazione del Pomo della discordia.

Già Mattioli⁴⁹¹ aveva sottolineato l'importanza del passo in chiave giuridica⁴⁹² e ciò è visibile innanzitutto dalla diffusissima quantità di riferimenti tecnico-processuali presenti, *in primis* al verso 31: *Caelicolum praetor iam sederat arbiter Idae*.

Già la resa di *Caelicolum praetor*, seguendo una traduzione letterale è di difficile intuizione, poiché si sostanzierebbe nel “pretore dei Celesti” e oscura è la connotazione di *praetor*, dal momento che ormai questa figura aveva pressoché perso i poteri della *iuris dictio*⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Per approfondimenti sulla *Romulea* (o *Carmina Profana*) di Draconzio cfr. la premessa di Draconzio. *I Carmina Profana (Romulea)* (a cura di A. GRILLO), Napoli, 2014, p. 3 e ivi per bibliografia sull'opera n. 1.

⁴⁹¹ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 59, n. 88 e ivi bibliografia precedente che ne tratta a proposito del *litem suam facere*.

⁴⁹² Tale rilevanza è messa in discussione da SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 438, n. 33, il quale sostiene che il testo non aggiunga alcunché alle fonti legislative postclassiche.

⁴⁹³ Esistevano, tuttavia, figure che si richiamavano al *praetor*, come il *praetor tutelaris*, rinvenibile in C.Th. 6.4.16=C. 1.39.1. Cfr. BARBATI, *Sugli elenchi*, cit., p. 43, n. 14. Con Giustiniano, poi, il *praefectus vigilum* venne

Al di là di tali questioni il contesto si presenta in tutto e per tutto come quello di un processo, testimoniato anche da *tribunal* al verso 33 e Paride è chiamato al verso 31 *arbiter Idae* e al verso 39 *iudex Idaeus*⁴⁹⁴.

Ciò che, però, colpisce maggiormente la nostra attenzione è il fatto che vi sia un riferimento al *litem suam facere* al verso 39 per un caso di prezzolamento del giudice (*iudicis Idaei pretio sententia fertur*), dal momento che a Paride era stato offerto da Venere l'amore della donna che avrebbe desiderato in cambio dell'assegnazione a quet'ultima del Pomo; qui vi è, dunque, un vero e proprio caso di corruzione giudiziale.

Al contrario di quanto sostenuto dagli studiosi che si sono occupati del passo⁴⁹⁵, questo non è un caso speculare a quello di CTh. 11.36.2 e CTh. 11.36.16, riconducibile alla generica *coniventia*, ma al favoritismo ai fini di lucro punito da CTh. 9.27.5; ciò si ravvisa anche dalla punizione per tale abuso giudiziale, ossia la pena di morte che colpisce il colpevole e la sua stirpe⁴⁹⁶.

Tale raffinatissimo estratto si giustifica nell'approfondita conoscenza del diritto di Draconzio, il quale giustifica la punizione della città di Troia (condannata alla distruzione e, dunque, i suoi cittadini puniti con la *poena capitis*) a causa della corruzione del giudice (Paride troiano) e il fatto che non sia stato punito il solo *arbiter Idae* è riconducibile alla potenza degli dei che travalica le regole degli uomini⁴⁹⁷.

La testimonianza è, dunque, importantissima perché vi è un utilizzo simile non solo per il significato, ma anche per il significato tra le costruzioni *alienum iurgium putare suam praedam* di CTh. 9.27.5 e *litem suam facere*: due azioni punite entrambe con la pena di morte; si è perso, dunque, qualsiasi riferimento al *litem suam facere* come causa di risarcimento "civile" del valore della *lis* da parte del *iudex*.

soppresso a Costantinopoli nel 535 (*Nov. 13*) in luogo del *praetor plebis*, che aveva le stesse funzioni. Cfr. BARBATI, *Studi*, cit., p. 43. In ogni caso anche il riferimento ai *coeli vadimonia* testimoniano un gusto classico di Draconzio nell'evocare elementi processuali antichi con riferimento al mondo celestiale.

⁴⁹⁴ Nel periodo tardo-antico la figura dell'*arbiter* era considerata in tutto e per tutto un *iudex*, al quale le parti potevano rivolgersi in luogo della giustizia statale. Cfr. BARBATI, *Studi*, cit., p. 40. Tracce di questa tendenza, come vedremo, si ritrovano anche in Giustiniano con C. 2.3.29 che si riferisce alla responsabilità di "aver fatto propria la lite" sia per i giudici che per gli arbitri.

⁴⁹⁵ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, p. 61 e SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 438, n. 33.

⁴⁹⁶ Non solo Paride, ma anche i genitori, i parenti e tutti quelli che facessero parte della medesima stirpe (vv. 41-43).

⁴⁹⁷ Infatti Draconzio al verso 38 esplica: *Quae mala circumstent ausum dare iura Minervae*.

L'autore, esperto di diritto, come dimostra il suo scritto, che compose, non a caso, nel periodo in cui esercitava la professione forense⁴⁹⁸, è, orbene, testimonianza attendibile di un utilizzo di *litem suam facere*, ormai scevro dalle logiche della responsabilità "civile", per abbracciare in *toto* le caratteristiche degli atti criminali.

Se dovessimo, quindi, sintetizzare il lungo periodo che caratterizza il diritto dall'epoca severiana sino al V secolo d.C., possiamo tracciare, per quanto riguarda l'utilizzo di *litem suam facere*, una tendenza a fuoriuscire dai rapporti di diritto privato per inserirsi sempre più nell'ambito della responsabilità criminale del *iudex*.

È bene, però, a questo punto, effettuare una sottolineatura, ossia che, come abbiamo già osservato, la responsabilità "civile" per gli abusi del giudice continuò a esistere e in alcuni casi anche per fatto colposo-omissivo, ma abbandonando gradualmente la denominazione di *litem suam facere*, perifrasi ormai sempre più compenetrata di rilievi pubblico-criminali.

Tuttavia, come si vedrà, Giustiniano ripristinerà e fisserà per tale locuzione la connotazione specifica di obbligazione tra privati, anche se con l'aggiunta di alcune caratteristiche peculiari, che ne avrebbero caratterizzato la portata anche per i secoli futuri.

⁴⁹⁸ Draconzio compose le sue opere mitologiche: *Orestis Tragoedia* e i *Romulea*, a Cartagine, parallelamente allo svolgimento del mestiere di avvocato presso il proconsole. Cfr. G. POLARA, *Letteratura latina tardoantica e altomedioevale*, Roma, 1987, p. 72.

CAPITOLO III
LA “RESTAUZIONE” E LE NOVITÀ DEL *IUDEX QUI LITEM SUAM*
FECERIT* NEL *CORPUS IURIS CIVILIS

1. *Il iudex qui litem suam fecerit inserito nella categoria dei quasi delicta.*

Il lavoro di sistemazione e revisione del *ius* compiuto sotto l'*imperium* giustiniano, è ben noto che, per quanto concerne le obbligazioni, pur fondandosi sulla tripartizione gaiana nelle *res cottidianae*, prevede una quadripartizione.

J. 3.13.2:

*Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut ex quasi maleficio.*⁴⁹⁹

Nel complesso riformatore viene colpito anche il *iudex qui litem suam fecerit*, inserito ora nel titolo V del quarto libro delle *Institutiones* dal nome *DE OBLIGATIONIBUS QUAE QUASI EX DELICTO NASCUNTUR*, nuova categoria nata proprio dalla classificazione di Triboniano e degli altri compilatori⁵⁰⁰.

Se osserviamo:

J. 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 indicantis videbitur, poenam sustinebit.

e la corrispondente parafrasi di Teofilo:

ἄλλ' οὔτε δέλικτον τοῦτο· ἔσθ' ὅτε γάρ ἐξ ἀπειρίας τοῦ δικάζειν, οὐ κακῆ διανοία, τοῦτο ἔπραξεν. ὅθεν ἐπειδὴ ἡμαρτέ τι ὁ δικαστὴς ὡς ἀπὸ τοῦ quasi delictu κατέχεται καὶ

⁴⁹⁹ Per un approfondimento del passaggio tra la tripartizione gaiana alla quadripartizione giustiniana cfr. il lavoro di D. KREMER, *Quand l'artífice devient droit. Le rôle de la fiction dans la classification romaine des obligations quasi-délictuelles et quasi contractuelles* in *Scritti per Alessandro Corbino IV*, Tricase, 2016, p. 123 ss.

⁵⁰⁰ Cfr. HOCHSTEIN, *Obligations*, cit., p. 11; GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 1; MATTIOLI, *Ricerca*, cit., p. 7.

εἰς τοσοῦτον καταδικάζεται εἰς ὅσον ἂν δοκιμάσῃ ὁ δικάζων αὐτῷ καὶ τῷ ἀδικηθέντι χρεῖναι αὐτὸν ποινῆς λόγῳ καταβάλλειν· τῷ γὰρ βλαβέντι ἢ *in factum* ἀρμόζει⁵⁰¹.

possiamo subito notare come il passo in esame sia, con alcune modifiche, corrispondente a D. 44.7.5.4 e D. 50.13.6.

Ciò che manca è il riferimento all'*actio in factum*, presente in D. 50.13.6, poiché adesso si assiste ad una vera e propria fissazione del *iudex qui litem suam fecerit*, che viene catalogato nei *quasi delicta* e, l'azione susseguente non poteva più essere *in factum*, basata sul giudizio del pretore, ma è propriamente *in ius*, in quanto viene tipizzata⁵⁰².

Dalla lettura della parafrasi di Teofilo, viene in luce, anche qui, l'utilizzo del vocabolo ἀπειρία, come abbiamo visto in *Basilicorum libri* 52.1.5.4 (SCHELTEMA, A, VI, 2420), che riferito al *iudex*, che come abbiamo visto può significare tanto ignoranza, quanto disattenzione o inesperienza.

Come abbiamo già osservato, Gaio nelle *res cottidianae* aveva trattato delle *variae causarum figurae* senza una distinzione: *quasi contractus aut quasi maleficio teneri*, ma non si era spinto fino alla divisione in due sottocategorie, dal momento che erano tutte figure che nascevano *proprio quodam iure*.

In D. 44.7.5 vi è l'elenco delle *variae causarum figurae* e le ultime quattro:

- *iudex qui litem suam fecerit*;
- *effusum vel deiectum*
- *positum aut suspensum*;
- *actiones adversus nautas, caupones aut stabularios*;

formano la categoria dei *quasi delicta*.

Come già detto in precedenza, le quattro ipotesi di obbligazione in esame non erano state incluse nei *delicta* dal giurista antoniniano perché difettevoli dell'elemento soggettivo della

⁵⁰¹ C. FERRINI (trad. ed.), p. 412: *set neque delictum est: nonnumquam enim forte per imprudentiam, non dolo malo, id fecit. Set quoniam aliquid iudex peccavit, quasi ex delicto tenebitur. et in tantum condemnabitur, quantum perebit ei, qui inter eum et illum, qui iniuria passus est, cognoscit, eum poenae nomine dare oportere. nam ei, qui laesus est, in factum actio competit.* Come conferma l'indagine compiuta da PETITO, *Il iudex*, cit., p. 455, nella parafrasi vi è un maggiore sforzo dommatico, soprattutto con riferimento alla classificazione delle obbligazioni, oltre ad una particolare considerazione dell'azione, che è ritenuta naturale portato del rapporto obbligatorio, fino ad essere identificata con esso.

⁵⁰² Sulle ipotesi della dottrina interpolazionista cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 19, n. 12 con ampia bibliografia. Si deve, di contro, mostrare come il riferimento all'*actio in factum* permanga nella Parafrasi, probabilmente non per sensibilità antiquaria, ma per rimarcare l'origine pretoria dei rimedi nella categoria dei *quasi delicta*. Cfr. PETITO, *Il iudex*, cit., p. 488 ss.

colpevolezza⁵⁰³: colpa o dolo, ma è necessario indagare su ognuna di esse per comprendere se, nel periodo giustiniano, ancora fosse corretto qualificarle come ipotesi di “responsabilità oggettiva” oppure in altro modo.

1.1. *Alcune considerazioni sull'effusum vel deiectum.*

Senza soffermarsi particolarmente sui vari aspetti dell'istituto che qui non interessano⁵⁰⁴, è necessario soffermarsi sulle caratteristiche fondamentali dell'*actio de effusis vel deiectis*.

Il passo delle *Institutiones* giustiniane che tratta dell'argomento è ripreso in modo testuale, ancora una volta, dal terzo libro degli *aurea* di Gaio, come è visibile da:

D. 44.7.5.5 (Gai., *aurea*, 3):

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...

J. 4.5.1:

Item is, ex cuius cenaculo vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat deiectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatus intellegitur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi.[...] de eo vero quod deiectum effusumve est dupli quanti damnum datum sit constituta est actio. ob hominem vero liberum occisum quinquaginta aureorum poena constituitur: si vero vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videtur, actio datur: iudex enim computare debet mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id quod inutilis factus est.

Ciò che appare dai due testi è che tale azione si sarebbe potuta esperire nei confronti di chi abitasse nella dimora *vel propria ipsius vel conducta vel in quo gratis habitat*⁵⁰⁵, dal cenacolo della quale era stato lanciato un oggetto solido e/o un liquido che aveva provocato un danno⁵⁰⁶.

⁵⁰³ Cfr. KREMER, *Quand l'artifice*, cit., p. 125.

⁵⁰⁴ Si rinvia a MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 99 ss. e per un'ampia bibliografia sull'istituto p. 88, n. 15.

⁵⁰⁵ Il *cenaculum* era un alloggio autonomo, collocato ai piani superiori degli edifici adibiti ad uso abitativo e si articolava in un corridoio centrale, detto *medianum*, sul quale si aprivano stanze adibite a dormitori, chiamate *cubicula*, e all'*exedra*, ossia la sala di ritrovo. Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 89 e in particolare n. 4, nonché per approfondimenti sulla struttura e le parti del *cenaculum* cfr. G. HERMANSEN, *The medianum and the Roman*

I due passi proposti, però, presentano delle differenze e la prima, subito evidente, si rinviene nell'aggiunta del testo giustiniano della pena per la trasgressione della norma, che nella descrizione di Gaio non viene specificata.

Durante l'epoca giustiniana vi erano tre diverse sanzioni a seconda della gravità del fatto:

- un risarcimento in *duplum* nel caso di distruzione o danneggiamento di cose e nel silenzio del precetto si deve intendere anche l'uccisione dell'animale o dello schiavo⁵⁰⁷;
- *quingenta aurea* per l'uccisione dell'uomo libero;
- *actio in quantum aequum videbitur* al giudice per il ferimento.

Altra discrasia da dover tener da conto è, inoltre, la dicitura *quasi ex maleficio obligatus intellegitur* in J. 4.5.1 in luogo di *quasi ex maleficio teneri* in D. 44.7.5.5⁵⁰⁸, ma su questo punto ci soffermeremo in seguito.

Si deve, poi notare come, in epoca classica, sicuramente, tale azione fosse stata inserita nell'editto, a differenza del *index qui litem suam fecerit* e ciò è visibile dai continui riferimenti alle parole del pretore su specifici aspetti dell'*actio de effusis et deiectis*⁵⁰⁹. Una di queste testimonianze è:

D. 9.3.1.pr. (Ulp., *ad edictum*, 23):

Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. si eo ictu homo liber perisse dicitur, quingenta 'aureorum'⁵¹⁰ iudicium dabo. si vivet nocitumque ei esse dicitur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicitur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere.

Apartment in Phoenix 24, 1970, p. 342 ss. e S. SETTIS, «Esedra» e «ninfeo» nella terminologia architettonica del mondo romano. Dall'età repubblicana alla tarda antichità in *ANRW* I, 4, Berlino-New York, 1973, p. 661 ss.

⁵⁰⁶ Vi era poi per l'*habitor* la possibilità di effettuare un'azione di rivalsa nei confronti del responsabile materiale del danneggiamento: cfr. D. 9.3.5.4 (Ulp., *ad edictum*, 23).

⁵⁰⁷ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 90.

⁵⁰⁸ Già era stato segnalato da MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 91, n. 7 è la sostituzione di *quasi ex maleficio teneri videtur* con *quasi ex maleficio obligatus intellegitur*, che testimonierebbe il definitivo superamento di ogni distinzione concettuale tra *obligari* e *teneri*.

⁵⁰⁹ Cfr. D. 9.3.1 (Ulp., *ad edictum*, 23); D. 9.3.5.6-12 (Ulp., *ad edictum*, 23), mentre in D. 9.3.5.7 (Ulp., *ad edictum*, 23) e in D. 9.3.6 (Pau., *ad edictum*, 19) si fa esplicito riferimento all'editto.

⁵¹⁰ La valuta degli *aurea* è sicuramente una modifica post-edittale e, infatti, già LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., p. 173, n. 11 sostituiva il termine *aureorum* con *sestertium quingenta milium nummorum*

e se ne rinviene che la disciplina pretoria fosse sostanzialmente identica, con i dovuti aggiustamenti, a quella descritta in J. 4.5.1, applicabile invece per il diritto dell'età giustiniana.

Dalle fonti che abbiamo a disposizione, che come detto, in parte riportano le parole dell'editto, se ne deduce, sotto la vigenza della procedura formulare, l'assenza di qualsivoglia indagine sull'elemento soggettivo dell'*habitor*, dal momento che era sufficiente l'elemento oggettivo, ossia l'*effusio* o la *deiectio* e il nesso di causalità col danno cagionato⁵¹¹.

In D. 44.7.5.4, poi, si fa riferimento all'*alterius culpa*, ossia quella dell'autore materiale dell'atto, ma è solo con l'epoca severiana che si inizia a parlare di *culpa* dell'*habitor*⁵¹².

Ciò è deducibile da:

D. 9.3.1.4 (Ulp., *ad edictum*, 23):

Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget.

Qui, infatti, si capisce come la richiesta di risarcimento all'*habitor* sia un'*actio in factum accomodata Legi Aquiliae*, come in precedenza avevamo visto essere anche per la categoria di *iudex qui litem suam fecerit*, che non poteva rientrare in un'azione di *ius civile* derivante *ex Lege Aquilia*, perché per l'*actio in duplum* prevedeva l'*infitiatio* del convenuto e la *culpa*⁵¹³.

Secondo Ulpiano, dunque, all'*habitor* sarebbe stata imputata una presunzione di colpa, che in realtà non c'è, o almeno che non deve essere verificata.

Solo Paolo in:

D. 9.3.6.2 (Pau., *ad edictum*, 19):

Habitor suam suorumque culpam praestare debet.

tratta esplicitamente di colpa per l'*habitor*⁵¹⁴.

⁵¹¹ Sul punto cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 94. e KREMER, *Quand l'artifice*, cit., p. 132.

⁵¹² Di tale avviso anche MATTIOLI, *Ricerche*, p. 96.

⁵¹³ Cfr. ZIMMERMANN, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 307 ss.

⁵¹⁴ Diversamente vi è chi ritiene il passo interpolato cfr. MITTEIS-PETERS, *Index interpolationum I*, cit., c. 158; GORDON, *The Roman Class*, cit., p. 304; R. WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, Monaco, 1972, p. 64; E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, p. 345; GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 77; ZIMMERMANN, *Effusum vel deiectum*, cit., 306; H. ANKUM, *L'édit du prêteur «de his qui effusis vel deiecerint»* in *Studia Iuridica* 41, 2003, p. 7 ss. (11, n. 37).

Non sarebbe, dunque, peregrino ipotizzare che, sotto la vigenza della dinastia severiana, il ragionamento giuridico fosse progredito a tal punto da superare la presunzione colposa per porre le basi della teorizzazione della *culpa in vigilando* in questo caso, o della *culpa in eligendo*⁵¹⁵.

Sebbene inizialmente il rimedio pretorio, come abbiamo visto, prescindesse totalmente da qualsiasi valutazione sull'elemento psicologico dell'*habitor*⁵¹⁶, si è passati prima a teorizzare una presunzione di colpa per il fatto altrui, per poi tracciare i confini di una vera e propria *culpa* nel non aver controllato i propri ospiti, vista la situazione di potenziale pericolo. Su questo punto approfondiremo più compiutamente in seguito.

1.2. *Elementi fondamentali dell'actio de posito aut suspenso e la stretta connessione con l'effusum vel deiectum.*

Strutturalmente connesso con l'*effusum vel deiectum* è l'ipotesi del *positum aut suspensum*⁵¹⁷; quest'ultimo è, infatti, spesso trattato nelle fonti in correlazione al primo, come si può evincere da:

D. 44.7.5.5 (Gai., *aurea*, 3):

...cui similis est is, qui ea parte, qua volgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest si ceciderit, alicui nocere...

J. 4.5.1:

...cui similis est is, qui ea parte, qua volgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest si ceciderit, alicui nocere: quo casu poena decem aureorum constituta est...

Entrambi i passi si presentano come inciso del paragrafo che tratta dell'*effusum vel deiectum*, chiarendo, però, nel caso del *positum aut suspensum* che l'azione poteva essere intentata sia contro gli inquilini, che contro i *domini aedium*, indipendentemente se fossero o meno

⁵¹⁵ Concordemente cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 94 ss. e ivi n. 13.

⁵¹⁶ Ciò è confermato, come abbiamo avuto modo di constatare, dalle parole di Ulpiano in D. 9.3.1.4. Cfr. per tutti G. LONGO, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis* in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo IV*, Milano, 1983, p. 399 ss. (439 ss.)

⁵¹⁷ Per approfondimenti sull'argomento cfr. LONGO, *I quasi delicta*, cit., p. 457 ss.; S. SCHIPANI, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani* in *Scintilla juris. Studi in memoria di Gino Gorla II*, Milano, 1994, p. 1103 ss.; D. ROSSI, *In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D. 9.3.5.12* in *Index* 27, 1999, p. 409 ss.; ANKUM, *L'édit du préteur*, cit., p. 16 ss.; MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 153 ss. e ivi ulteriore bibliografia n. 1.

*habitatores*⁵¹⁸. Il pericolo, dunque, poteva essere solo potenziale, poiché non era necessario il danno in concreto cagionato, ma era sufficiente l'instabilità dell'oggetto che, qualora fosse caduto, avrebbe potuto nuocere a colui che si trovava a transitare per la via sottostante⁵¹⁹.

L'unica differenza tra i due testi, come è visibile, è la pena fissa di dieci *aurea* che venne specificata come aggiunta dai compilatori⁵²⁰.

La stretta connessione tra *positum aut suspensum* ed *effusum vel deiectum* è testimoniata anche dal titolo 9.3 del Digesto dedicato appositamente alla prima delle due figure, ponendo la seconda come in rapporto di *genus a species* con questa.

Approfondiamo dunque l'argomento, attraverso le parole del pretore:

D. 9.3.5.6-7 (Ulp., *ad edictum*, 23):

*Praetor ait: Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. qui adversus ea fecerit, in eum solidorum*⁵²¹ *decem in factum iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo'. Hoc edictum superioris portio est: consequens etenim fuit praetorem etiam in hunc casum prospicere, ut, si quid in his partibus aedium periculose positum esset, non noceret.*

Come è visibile vi è qui il riferimento ad una *portio* dell'editto precedente e da ciò si evince il rapporto di stretta continuità tra le due figure⁵²².

Tralasciando le indagini formali della struttura dell'editto, ciò che emerge sicuramente è l'assimilazione con l'*effusum vel deiectum* per quanto concerne la natura *in factum* dell'azione e l'assenza assoluta nel *ius honorarium* di qualsiasi indagine sull'elemento soggettivo dell'agente⁵²³.

Al contrario di quanto esplicitato a proposito dell'*actio de effusis vel deiectis*, nel caso del *positum aut suspensum* non vi è alcuna fonte successiva che possa testimoniare una riflessione sulla *culpa* dell'*inquilinus* o del *dominus*, ma essendo le figure strettamente connesse non

⁵¹⁸ D. 9.3.5.8 (Ulp., *ad edictum*, 23): *Ait praetor: 'ne quis in suggrunda protectove'. haec verba 'ne quis' ad omnes pertinent vel inquilinos vel dominos aedium, sive inhabitent sive non, habent tamen aliquid expositum his locis.* Per approfondimenti sul punto cfr. su tutti SCHIPANI, *Il contributo dell'edictum*, cit., p. 1111.

⁵¹⁹ Cfr. R. FERCIA, *Il mistero delle 'formulae in dominum habitatoris'* in *Studi per Giovanni Nicosia III*, 2007, p. 317 ss. (317, n. 4).

⁵²⁰ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 155.

⁵²¹ Il *solidus aureus* venne introdotto da Costantino nel 310 e dunque qui vi è stato necessariamente un'adeguamento della sanzione da parte dei compilatori.

⁵²² Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 157 ss., in particolare ivi n. 6.

⁵²³ Cfr. KREMER, *Quand l'artifice*, cit., p. 130 ss.

sarebbe peregrino ipotizzare che la *sententia* di D. 9.3.6.2 potesse estendersi per analogia anche all'*actio de positis aut suspensis*⁵²⁴.

Vero è che l'ambito di applicazione dei due rimedi fosse differente, nonché, come abbiamo visto, anche i soggetti contro i quali intentare le azioni, ma vi erano anche casi dubbi nei quali utilizzare l'uno o l'altro rimedio⁵²⁵.

Tutto ciò non fa che confermare quanto sottile fosse il *discrimen* tra *effusum vel deiectum* e *positum aut suspensum* e come il criterio di imputabilità non potesse divergere più di tanto tra i due "istituti".

1.3. *Le problematiche sulla trasmissibilità passiva delle azioni alla luce di J. 4.5.2 e il rapporto col iudex qui litem suam fecerit.*

Problemi sorgono ora tra queste due azioni sovra menzionate e quella del *iudex qui litem suam fecerit* alla luce di J. 4.5.2, che già abbiamo visto, ma che conviene riportare in questa sede per un approfondimento ulteriore:

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 nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. quod et in filio familias iudice observandum est, qui litem suam fecerit.

Al di là di quanto già mostrato in precedenza sulla natura dell'azione è opportuno analizzare la struttura del passo; per quanto concerne il primo periodo non sorgono problemi, in quanto il contenuto è sostanzialmente identico a quello contenuto in:

D. 44.7.5.5 (Gai., *aurea*, 3):

*...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.*⁵²⁶

⁵²⁴ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 274.

⁵²⁵ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 173 ss., la quale mette in luce la discrasia tra D. 9.3.1.3 (Ulp., *ad edictum*, 23) e D. 9.3.5.12 (Ulp., *ad edictum*, 23) e precisa come la tendenza potrebbe essere stata quella di individuare nell'*habitor* il destinatario anche dell'*actio deposito aut suspensio* e che la differenza con l'*effusum vel deiectum* nella pratica si traducesse solamente nella circostanza dell'avvenuto danno o meno.

⁵²⁶ Su questo punto vi è concordanza anche di Ulpiano in D. 9.3.1.7 (Ulp., *ad edictum*, 23), testimoniando, da parte dei giuristi Giuliano, Gaio e Ulpiano una considerazione unanime del rimedio come personale e *poenalis*.

Gaio riporta i rimedi astrattamente esperibili, mentre nel testo giustiniano ciò non avviene, probabilmente perché sia l'*actio noxalis* sia quella *de peculio*, come abbiamo già osservato, ai tempi della compilazione triboniana, probabilmente, non venivano più esperite nei confronti dei *fili familias*⁵²⁷.

Al di là delle motivazioni sul perché si dovesse agire direttamente contro il figlio e non contro il padre⁵²⁸, ne emerge già dal diritto classico la natura *poenalis* di queste due azioni, in contrasto con il *iudex qui litem suam fecerit*, per il quale non vi è tale specificazione, che invece, evidentemente, conservava tali caratteristiche.

Occorre ripetere, infatti, che da quanto emerge in D. 44.7.5.4 e D. 50.13.6, si desume come la categoria descritta da Gaio sia prettamente risanatoria e in tale contesto giova ricordare l'opinione giuliana, come riportata in D. 5.1.16 (Ulp., *ad edictum*, 5), sulla trasmissibilità passiva dell'azione agli eredi: *Iulianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere*.

Dalla *sententia* di Giuliano, dunque, come del resto da quella di Gaio, se ne deduce che ciò che rilevava era il puro danno economico subito da una parte che, quindi, comportava un'obbligazione *creditum-debitum*, da valutarsi secondo il *bonum et aequum*.

Il dato, dunque, della risarcibilità personale del *filius familias* nei limiti del *peculium* espressa in D. 5.1.15.pr. (Ulp., *ad edictum*, 21) contrasta con quella natura di azione risarcitoria, come emerge dall'opinione giuliana in D. 5.1.16⁵²⁹, che viene definita dallo stesso Ulpiano *vera non est et a multis notata est*.

Se, dunque, quanto abbiamo sostenuto fosse corretto non può che desumersi che l'inciso *quod et in filio familias iudice observandum est, qui litem suam fecerit* sia stata un'aggiunta dei compilatori, dal momento che l'opinione di Giuliano si limitava a riconoscere l'azione diretta contro il *filius* solo nel caso di *positum aut suspensum* e di *effusum vel deiectum*.

Per tale motivo sarebbe intervenuta la mano di Giustiniano, aggiungendo quel periodo per indicare che anche il *litem suam facere* rientrasse ora nello schema dei rimedi "punitivi" e personali, uniformando, di fatto, la disciplina delle quattro figure, trasmissibili attivamente, ma non passivamente.

Cfr. per approfondimenti su J. 4.5.2 in tal senso G. LUCHETTI, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004, p. 227 ss.

⁵²⁷ Secondo PUGLIESE, *Il processo*, cit., p. 282, il quale ritiene che al figlio era almeno riconosciuta già dal diritto classico la possibilità di agire *ex contractu*.

⁵²⁸ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 141 ss.

⁵²⁹ Per un'opinione contraria cfr. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 404, n. 21 e MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 68 ss.

In tal senso, dunque, si giustificherebbe l'inserimento da parte dei compilatori nel Digesto di D. 5.1.15.1, il quale, pur presupponendo il dolo come elemento costitutivo dell'illecito, delinea un rimedio che si scardina da quel solco di perseguibilità contro gli eredi del *iudex*.

Si chiarisce, dunque, il perché dell'inserimento di quella *sententia* così eterogena col sistema come D. 5.1.15: unicamente come prodromica a D. 5.1.16, ossia chiarificatrice delle ragioni di natura punitiva che sottendono all'impossibilità di un'eredità passiva dell'azione contro il *iudex qui litem suam fecerit*, dal momento che pone rilievo sull'elemento soggettivo dell'agente.

In questo modo, dunque, sembrerebbe che l'*imprudencia* ora venisse utilizzata come sentore di colpevolezza e imputabilità del *iudex*, il quale, per sua colpa, aveva compiuto un errore. Su questo punto si ritornerà più compiutamente in seguito.

1.4. *Le actiones in factum adversus nautas, caupones et stabularios: uno sguardo d'insieme.*

Dobbiamo ora chiudere il quadro con l'ultima obbligazione della categoria: le *actiones in factum adversus nautas, caupones et stabularios* e tracciare delle linee conclusive sui *quasi delicta* in relazione al *iudex qui litem suam fecerit*.

Innanzitutto si può notare come anche questa sia una categoria di azioni *in factum*, che però non ha trovato una perifrasi altrettanto includente come *litem suam facere* e a differenza di questa rimane una categoria anche sotto il diritto giustiniano.

Tali rimedi trovano compiutezza in quanto le azioni di *ius civile* a tutela del furto e del danneggiamento avrebbero potuto essere non sufficienti per la tutela dei danni subiti da *vectores* e *viatores*⁵³⁰, in epoca classica furono istituite dal pretore delle tutele *in factum* contro *nautae* (armatori), *caupones* (albergatori) e *stabularii* (stallieri)⁵³¹.

Se analizziamo i testi:

J. 4.5.3:

Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de dolo aut furto, quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus

⁵³⁰ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 187 ss. L'azione a tutela del *furtum* sia *manifestum*, che *nec manifestum* era già presente ai tempi della *Lex XII Tabularum*, mentre per il danneggiamento vi era l'*actio legis Aquiliae*.

⁵³¹ Per un approfondimento *ex professo* su tali rimedi cfr. su tutti F.M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum. Studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il caupo e lo stabularius*, Bari, 1952, nonché il più recente contributo di R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione del rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino, 2002.

eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. in his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.

D. 44.7.5.6 (Gai., *aurea*, 3):

Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur.

notiamo che la responsabilità per i soggetti sopra menzionati fosse automatica in caso di danno o furto e, infatti, l'imputabilità per essi poteva venire meno solo per caso fortuito o forza maggiore⁵³².

I due passi si differenziano oltre che per il dato formale del diverso modo e tempo di *sum* nel primo periodo, anche per la sostituzione di *damno* con *dolo* e l'aggiunta del periodo finale da parte dei compilatori⁵³³.

Proprio tale ultimo periodo aggiunto dai compilatori, va chiarito, presenta il richiamo alle *actiones in factum*, assente nella descrizione delle altre figure *quae quasi ex delicto nascuntur*, perché, come abbiamo già sostenuto in precedenza durante la trattazione delle *actiones in factum*, nel diritto giustiniano si considerano tali tutti i rimedi esperibili per azioni *non corpore*⁵³⁴.

Per tale ragione gli studiosi che si sono cimentati sul punto⁵³⁵ individuano in tale figure le c.d. *actiones damni et furti in factum adversus nautas, caupones et stabularios* per il periodo classico, che è corretto definire *actiones doli et furti in factum* per il periodo giustiniano.

Il danneggiamento o il furto, infatti, non venivano commessi direttamente e, dunque, *corpore* dal *nauta*, dal *caupo* o dallo *stabularius*, altrimenti si sarebbe configurato un delitto e un'azione diretta per furto o danneggiamento in capo a quest'ultimi⁵³⁶.

⁵³² Si evince ciò da D. 4.9.3.1 (Ulp., *ad edictum*, 14). Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 189, n. 4.

⁵³³ Per quanto concerne la sostituzione di *damno* con *dolo* la ragione si rinverirebbe nella tendenza bizantina a configurare il dolo come una figura a sé di *delictum* civile. Cfr. G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano* in *AUPA* 45,1, p. 221 ss. (342). Per il problema della intrasmissibilità passiva e la trasmissibilità attiva all'erede di tali azioni cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 240 ss., la quale sottolinea la presenza di questa norma già in D. 4.9.7.6 (Ulp., *ad edictum*, 18).

⁵³⁴ Vedi *supra* J. 4.3.16. Cfr. DESANTI, *La legge Aquilia*, cit., p. 68.

⁵³⁵ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 190, n. 5 per bibliografia.

Il richiamo alle *actiones in factum* sarebbe, dunque, qui specificato, al contrario delle altre figure della categoria, dal momento che si trattava di rimedi da poter essere utilizzati al posto delle corrispettive azioni dirette, in quanto non si conoscevano gli autori materiali degli illeciti e non vi poteva essere l'azione di regresso, quindi, contro questi.

Si deve specificare, inoltre, che il pretore aveva inserito nell'editto questi rimedi, sebbene Pomponio ritenesse che la posizione dei danneggiati potesse essere adeguatamente tutelata da altri rimedi già presenti nel *ius civile*⁵³⁷, a testimonianza del fatto che lo stesso soggetto poteva utilizzare diverse strategie processuali per poter far valere la propria pretesa.

In tale porzione edittale, probabilmente, come per le altre figure della categoria, non vi era nessuna indagine intorno all'elemento psicologico del *nauta*, del *caupo* o dello *stabularius*, ma già Gaio parlava per essi di *aliquatenus culpa*, formula ripresa dai compilatori giustiniani.

C'è chi ha sostenuto che tale forma avverbiale indefinita servisse a voler giustificare una responsabilità per fatto altrui⁵³⁸, altri hanno, invece, scorto nell'avverbio una sorta di presunzione di colpa⁵³⁹; indubbiamente tale locuzione è stata mantenuta dai compilatori giustiniani per giustificare il fondamento di *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*⁵⁴⁰, ma a me sembra che l'utilizzo fattone da Gaio fosse del tutto diverso.

Se analizziamo letteralmente il termine *aliquatenus* indica un qualcosa di incompleto, che non si spinge fino al limite massimo e, dunque, di limitato; a mio giudizio, dunque, *aliquatenus culpa* indicherebbe, secondo il riferimento gaiano, una colpa non piena, qualcosa cioè che rientra nell'ambito dell'imputabilità, ma non può essere definita come *culpa* piena, alla stregua dell'*imprudencia* nel *index qui litem suam fecerit*⁵⁴¹.

Tale visione è corroborata, inoltre, dalla descrizione gaiana delle obbligazioni *ex variis causarum figuris* ossia che nascono *proprio iure*⁵⁴²; secondo tale impostazione, come abbiamo già

⁵³⁶ Cfr. su tutti F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 2002, p. 109.

⁵³⁷ D. 4.9.3.1 (Ulp., *ad edictum*, 14): *Ait praetor: "nisi restituent, in eos iudicium dabo". ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit.* Per approfondimenti sul punto cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 189, n. 4 e ivi bibliografia sul punto.

⁵³⁸ Cfr. FERCIA, *Criteri di responsabilità*, cit., p. 40 ss., n. 38.

⁵³⁹ Cfr. su tutti F.M. VITRANO, *Note intorno alle azioni «in factum» di danno e di furto contro il «nauta» il «caupo» e lo «stabularius»*, Palermo, 1909, p. 43, n. 2 e ivi letteratura citata; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, p. 94 ss. e più recentemente MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 196, n. 17.

⁵⁴⁰ Cfr. sul punto MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 197 n. 18 e p. 238 ss.

⁵⁴¹ Sulla comunanza di forme indefinite per la responsabilità delle obbligazioni *quae quasi ex delicto nascuntur* cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 196, n. 16.

⁵⁴² Cfr. D. 44.7.1.pr (Gai, *aurea*, 2).

ribadito, non si potevano applicare i medesimi criteri dei contratti e delitti e, pertanto, nemmeno le categorie soggettive di dolo o colpa.

Nonostante ciò Gaio nella descrizione delle obbligazioni *quasi ex maleficio teneri* per non spingersi sino alla qualificazione di *culpa* per le *actiones in factum adversus nautas, caupones et stabularios*, aveva attenuato con l'avverbio *aliquatenus* l'elemento minimo integratore delle fattispecie delittuose.

Nella mente del giurista antoniniano, dunque, l'indeterminatezza era necessaria proprio per non definire il grado di responsabilità, ma in qualche modo escluderlo dall'alveo della colpa piena, che, invece, caratterizzava i *delicta*.

Iniziali profili di *culpa in eligendo* si ravvisano in:

D. 4.9.7.4 (Ulp., *ad edictum*, 18):

Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpa scilicet sui qui tales adhibuit...

ove si profilerebbe una giustificazione dell'imputabilità dell'*exercitor*⁵⁴³, per la colpa di aver assunto il dipendente che aveva causato il danno.

Secondo tale impostazione, dunque, si potrebbe dedurre che in età severiana si sia cominciato a gettare le basi sulla responsabilità come *culpa in eligendo* e *in vigilando* per quanto concerne l'*actio adversus nautas, caupones et stabularios*, concetto che si sarebbe poi sviluppato sotto Giustiniano.

1.5. *La differenza tra l'impostazione gaiana e giustiniana nelle obbligazioni quasi ex maleficio teneri in relazione alla responsabilità giudiziale per litem suam facere.*

È giunto il momento di definire i contorni della nostra indagine sulle figure *quae quasi ex delicto nascuntur*.

Si deve, innanzitutto, notare che a differenza della tripartizione gaiana delle obbligazioni, contenuta nel secondo e terzo libro degli *aurea*⁵⁴⁴, ove si tratta prima dei *contractus*, poi dei *delicta* e infine delle *variae causarum figurae*, la quadripartizione giustiniana consta nell'ordine di *contractus, quasi contractus, delicta e quasi delicta*⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 198, n. 20.

⁵⁴⁴ Cfr. D. 44.7.1 (Gai., *aurea*, 2); D. 44.7.4 (Gai., *aurea*, 3); D. 44.7.5 (Gai., *aurea*, 3).

⁵⁴⁵ Cfr. J. 3.13 ss. ove si tratta delle *obligationes* e subito dopo dei *contractus* e *quasi contractus*. Da J. 4.1 a 4.4 sono poi espliciti i *delicta* e in J. 4.5 i *quasi delicta*.

Ciò dimostra come nella visione compilatoria da una parte vi fossero i contratti e i quasi contratti e dall'altra i delitti e i quasi delitti, al contrario delle *variae causarum figurae* gaiane che erano un insieme di rimedi nati dal *factum*, cioè *proprio iure*⁵⁴⁶ e pertanto una serie di figure difettose.

Per quanto concerne specificamente i *quasi delicta* ora, dunque, sulla base degli studi appena condotti possiamo affermare che, attraverso la dicitura *quasi ex maleficio*, non si suole indicare più una responsabilità senza colpa, ma qualcosa di diverso, che dobbiamo analizzare.

Avevamo già accennato, per quanto riguardava l'*effusum vel deiectum*, al passaggio da *quasi ex maleficio teneri* in D. 44.7.5.5 a *quasi ex maleficio obligatus intellegitur* nel corrispettivo J. 4.5.1⁵⁴⁷ e ciò avviene perché la prima perifrasi ancora non si spingeva a qualificare una nuova forma di obbligazione, ma a delineare i confini nei quali far rientrare il *factum* che produce obbligazione; con l'utilizzo di *obligatus intellegitur*, invece, siamo in presenza di un riconoscimento da parte di una nuova fonte di obbligazione: il quasi delitto⁵⁴⁸.

Ciò è deducibile, anche, da quanto emerge dalla Parafrasi di Teofilo di J. 4.5.pr., ove, si utilizza il termine *quasi delicton* in luogo di *quasi ex maleficio*, testimoniando un'evoluzione ormai avvenuta⁵⁴⁹.

Bisogna, però, ora trovare il minimo comun denominatore dei *quasi delicta*, ossia i punti in comune delle figure di questa categoria che appare eterogenea.

Già abbiamo osservato che, a differenze delle *variae causarum figurae*, da trattarsi *quasi ex maleficio*, che si fondavano su una "responsabilità fattuale", per le medesime fattispecie, già dal periodo severiano erano emersi profili di colpevolezza per i "responsabili"⁵⁵⁰.

Si era tentato, quindi, attraverso tale categoria di dare alle suddette figure la "delittuosità strutturale che non avevano naturalmente"⁵⁵¹.

Le opinioni, tuttavia, sul motivo di riunione di tali figure sono state le più disparate⁵⁵², tra le quali spiccano la responsabilità per fatto altrui, la responsabilità "oggettiva" o l'assenza di una colpevolezza piena, nonché anche una minor riprovevolezza sociale rispetto ai *delicta*⁵⁵³.

⁵⁴⁶ Di tale opinione sembrerebbe KREMER, *Quand l'artifice*, cit., p. 144 ss.

⁵⁴⁷ Per un approfondimento sul punto cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 267 ss.

⁵⁴⁸ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 268 ss.; KREMER, *Quand l'artifice*, cit., p. 146 ss.

⁵⁴⁹ Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 270.

⁵⁵⁰ Per il *index qui litem suam fecerit* viene evidenziato il dolo in D. 5.1.15.1 (Ulp., *ad edictum*, 21), per l'*effusum vel deiectum*, il comportamento rientra nell'alveo della *culpa* in D. 9.3.6.2 (Pau., *ad edictum*, 19) e sempre di colpa si tratta in D. 4.9.7.4 (Ulp., *ad edictum*, 18) a proposito delle *actiones in factum adversus nautas, caupones et stabularios*. Rimane fuori il *positum aut suspensum*, che per analogia può essere però assimilato all'*effusum vel deiectum*. Cfr. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 273 ss.

⁵⁵¹ "D'où l'effort accompli par les commissaires pour tenter, par deux procédés distincts, de donner aux quasi-délits la délictuosité structurelle qu'ils n'ont pas naturellement.". KRAMER, *Quand l'artifice*, cit., p. 146.

⁵⁵² Cfr. per tutta la disamina MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 278 ss.

Se sotto il profilo di imputabilità “oggettiva” abbiamo già sottolineato la differenza tra l'impostazione gaiana e quella giustiniana, per quanto concerne la responsabilità per fatto altrui vale lo stesso discorso con l'aggiunta che l'ipotesi del *iudex qui litem suam fecerit*, per come evolutesi sino a Giustiniano, rimarrebbe difficilmente collocabile in questa categoria⁵⁵⁴.

A proposito del giudice “che fa propria la lite” si intuisce che quell'*imprudencia* che ai tempi di Gaio era considerata alla stregua di una responsabilità fattuale, rientra nel periodo giustiniano a tutti gli effetti nella *culpa*, alla stregua della *neglegentia* e dell'*imperitia*, ma si devono comprendere le ragioni di questo cambio di visuale.

Ciò è testimoniato anche da una mutazione terminologica nella Parafrasi di J. 4.5.pr. ove viene utilizzato il termine ἀπειρία⁵⁵⁵, più generico rispetto ad ἄγνοια di *Basilicorum libri* 54.14.6 (SCHELTEMA, A, VII, 2506), corrispondente di D. 50.13.6.

Si deve, pertanto, proprio partire dal *iudex qui litem suam fecerit*, la figura più eterogenea delle quattro, per tentare di cogliere quale sia, ove esista, l'elemento unificante dei *quasi delicta* in epoca giustiniana.

2. Le costituzioni giustiniane sulla responsabilità “civile” del *iudex*.

Abbiamo osservato il recupero che è stato fatto da parte di Giustiniano della terminologia classica *litem suam facere* con l'ambizione di indicare la generalità delle condotte che provocano responsabilità “civile” per il *iudex*.

All'interno del *Corpus Iuris*, però, come approfondiremo, soltanto una costituzione si riferisce espressamente alla responsabilità per *litem suam facere* ed è C. 2.3.29, ma numerose sono le cosiddette “tracce di *litem suam facere*”⁵⁵⁶ ivi contenute.

È necessario, dunque, analizzare dapprima tali fonti che si rinvergono nel *Codex*, effettuare una comparazione tra esse e le fonti del *Corpus* che direttamente trattano del *litem suam facere* e, infine, verificare se vi sia stato e nel caso quali effetti abbia avuto l'apporto delle *Novellae Constitutiones* ai fini dell'argomento della nostra indagine.

2.1. Tracce di *litem suam facere* nel *Codex Iustinianus*.

⁵⁵³ Cfr. per tale ultima ipotesi KREMER, *Quand l'artifice*, cit., p. 146 ss.

⁵⁵⁴ Di tale opinione anche MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 297.

⁵⁵⁵ Il quale viene utilizzato anche in *Basilicorum libri* 52.1.5.4 (SCHELTEMA, A, VI, 2420), che, però, essendo la trasposizione di D. 44.7.5.4, ossia del *iudex qui litem suam fecerit* inserito nelle *variae causarum figurae*, probabilmente risentiva dell'impostazione giustiniana delle *obligationes*.

⁵⁵⁶ Definizione di SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 467 a proposito di C. 4.20.19 che analizzeremo in seguito.

Una particolare attenzione per il *Princeps* nei confronti dei profili dell'omessa o ritardata giustizia si evincono già nella ricostruzione di C. 3.1.12, verosimilmente del 527/528⁵⁵⁷, la quale prevedeva il ricorso al tribunale imperiale per i suddetti casi.

Nella legislazione giustinianea un punto di partenza per la responsabilità giudiziale sembrerebbe essere costituito dalla prescrizione contenuta in C. 9.44.3 del 529⁵⁵⁸:

IMP. IUSTITINIANUS A MENAE P.P. Criminales causas omnimodo consultum incidisse intra duos annos a contestatione litis connumerandos finire censemus nec ulla occasione ad ampliora produci tempora, sed post biennii excessum minime ulterius lite durante accusatum absolui, ductionem vel examinationem distulerint, poena vicenarum librarum auri ferientur. D. K. APRIL. DECIO VC. CONS.

Dalla costituzione, però, notiamo come la prescrizione in esame, che imponeva il termine finale del processo in due anni dalla *litis contestatio*, fosse limitata alle *criminales causae* e producesse risvolti per il *index* esclusivamente sotto il profilo c.d. “penale-disciplinare”, in quanto si evince che la multa di venti *librae* dovesse essere irrogata nelle casse dell'erario.

Si tratta, dunque, di qualcosa ancora non ascrivibile a quelle “tracce” di *litem suam facere* di cui abbiamo accennato.

Punto di origine, per quanto può ricavarsi dalla nostra conoscibilità, può, in tal senso scorgersi in:

C. 3.1.13.6:

Sive autem alterutra parte absente sive utraque praesente lis fuerit decisa, omnes indices, 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. CONSS.

⁵⁵⁷ Sul punto si rinvia a F. GORIA, *C. 3.1.12 e la celerità del processo civile come valore nella legislazione giustinianea in Valori e principi del diritto romano. Atti di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni* (Torino, 12 ottobre 2007), Napoli, 2009, p. 129 ss. La costituzione si ricava da *Basilicorum libri* 7.6.12 (SCHELTEMA, A, I, 350) e per ulteriori approfondimenti cfr. BARBATI, *Abusi e illeciti*, cit., p. 404, in particolare n. 129.

⁵⁵⁸ Cfr. BARBATI, *Abusi e illeciti*, cit., p. 403.

Tale precetto del 530⁵⁵⁹, indirizzato al prefetto del pretorio Giuliano, prescrive che in caso di decisione del processo in presenza di entrambe le parti o in assenza di una di esse, tutti i giudici avrebbero dovuto condannare il soccombente a pagare le spese processuali al vincitore, nella misura di quanto dichiarato con giuramento. In caso di trasgressione a tale vincolo, i *iudices* avrebbero dovuto corrispondere l'entità del danno alla parte lesa⁵⁶⁰.

Il rapporto tra spese processuali e giuramento sembrerebbe essere un retaggio del rapporto tra *sacramentum* e *ius iurandum* dell'antica *legis actio sacramenti*⁵⁶¹, ma ciò che più colpisce è il concetto di limite della condanna da parte del *iudex*, che ricorda molto da vicino i vincoli imposti dalla *formula* nella *taxatio* e nella *condemnatio* di cui tratta Gai. 4.52 e che, secondo il *prudens*, in caso di mancata osservanza, generavano per il giudice *litem suam facere*.

Effettivamente come nel caso descritto nelle *institutiones* gaiane il giudice, che non abbia necessariamente agito dolosamente, assumerà in proprio il danno causato ad una delle due parti e dovrà trarre dal proprio patrimonio, nei confronti di attore o convenuto lesi, un ammontare a titolo di risarcimento⁵⁶². Pur nella non esplicitazione del *litem suam facere* vi sono, dunque, tutte le componenti che lo tratteggiano.

Diverse sono, poi, le prescrizioni giustinianee sul punto del successivo anno 531, come si evince da:

⁵⁵⁹ Si fa riferimento in C. 3.1.13 a diversi precetti che il *princeps* impartisce al prefetto del pretorio Giuliano, oltre a C. 3.1.13.6 deve segnalarsi, per quanto concerne la responsabilità "penale-disciplinare" del *iudex* anche C. 3.1.13.8: *Sin autem utraque parte imminente et litem peragere cupiente iudex eam accipere noluerit vel propter amicitias vel inimicitias vel turpissimi lucri gratia vel per aliud quicquam vitium, quod miserrimis animis huiusmodi iudicum innasce potest, litem ipse ausus fuerit protelare et propter hoc triennium fuerit transactum, iudex, si quidem in magistratu positus est vel in maiore dignitate usque ad illustratus gradum, decem libras auri privatis nostris largitionibus inferre per scholam palatinam compellatur: sin autem iudex minor fuerit, trium librarum auri multa plectetur per eandem scholam exigenda et nostro aerario applicanda, et eo removendo alter iudex in locum eius subrogetur sub similibus poenae formidine: his omnibus locum habentibus, cum unus iudex omnem causam ab initio peragat. D. VI k. april. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. conss.* Per approfondimenti sul testo cfr. BARBATI, *Abusi e illeciti*, cit., p. 354 ss. Si tratta di responsabilità "penale-disciplinare" perché è esplicitato che le sanzioni pecuniarie, le quali si differenziavano a seconda della posizione del *iudex*, dovevano riversarsi nelle casse dell'erario. Si deve, invece, notare quel *vel propter amicitias vel inimicitias vel turpissimi lucri gratia* che ricorda, ad eccezione della specificazione *lucri*, la descrizione di D. 5.1.15.1 di Ulpiano del *litem suam facere*, che ora però comportava sanzioni sotto un profilo diverso da quello della responsabilità tra privati.

⁵⁶⁰ Cfr. SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 474 ss. per ulteriori approfondimenti sul passo.

⁵⁶¹ Tenute da conto le dovute differenze per il fatto che il *sacramentum* era dovuto all'erario, si cfr. su tutti per un approfondimento G. PUGLIESE, *Il processo civile romano I. Le legis actiones. Corso di diritto romano Anno accademico 1961-1962*, Roma, 1963, p. 288 ss., nonché più specificamente per il rapporto tra *sacramentum* e *ius iurandum* R. SANTORO, *Potere e azione nell'antico diritto romano in AUPA* 30, 1967, p. 104 ss. (475 ss.).

⁵⁶² Secondo SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 475, il danno poteva prodursi soltanto nei confronti del vincitore e non del soccombente, ma se analizziamo la genericità della prescrizione *quantum pro solitis expensis litium iuraverit* indica che l'errore del *iudex* poteva avvenire sia in negativo che in positivo e, dunque, provvedendo ad una condanna alla spese minore o maggiore di quanto dichiarato nel giuramento. In questo secondo caso il danno sarebbe, quindi, occorso al soccombente e non al vincitore, dovendosi, dunque, prevedere un risarcimento in capo al primo da parte del *iudex*. Parallelamente in Gai. 4.52 il *prudens* trattava del *litem suam facere* sotto la vigenza del processo formulare come condanna sia maggiore che minore rispetto ai limiti imposti dalla *formula*.

C. 4.20.19:

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 iuriurando credendum esse testium putaverunt hi qui eos produxerunt, 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 iudices 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. CONSTANIPOLI LAMPADIO ET ORESTA VV. CC. CONSS.

C. 3.1.15:

Sancimus omnes iudices sive in hac florentissima civitate sive in provinciis, si quando absens persona citata postea apparuerit, non aliter ei iudicalem aditum revelare, sed omnem claudere ei iudiciorum copiam, nisi prius omnia damna restituat ex huiusmodi vitio adversariis eius inflicta sive circa ingressus litis sive circa honoraria advocatorum vel alias causas, quae in iudicio vertuntur: aestimatione iudicis quantitate eorum definienda, postquam iuratum ab eo fuerit qui fecit expensas: exsecutoribus negotiorum modis omnibus dispositiones 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. CONSTANIPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTIS VV. CC.

alle quali va aggiunta C. 2.3.29, che esplicitamente fa riferimento al *litem suam facere* e che tratteremo più approfonditamente in una sezione ivi dedicata.

Le due costituzioni appena proposte, però, indirizzate ancora una volta a Giuliano trattano entrambi di aspetti che riguardano l'ambito della responsabilità "civile" del giudice: la prima, per quello che a noi più strettamente interessa, riguarda il caso di una testimonianza non resa per fatto imputabile al *iudex*, mentre la seconda riguarda la responsabilità giudiziale

(e di ufficiali giudiziari) per aver disatteso le disposizioni sul risarcimento del danno da costituzione tardiva del convenuto.

La disposizione che risulta da C. 4.20.19 è la seguente: in una causa civile, qualora una parte avesse deciso di produrre in giudizio la testimonianza di un soggetto reticente a comparire, quest'ultimo avrebbe avuto la facoltà di nominare un garante per la propria comparizione al fine di evitare la custodia carceraria. I giudici, dunque, avrebbero dovuto avvertire i testimoni della data prefissata per l'udienza e questi sarebbero stati suscettibili di coazione per un periodo di quindici giorni, nei quali i *iudices* avrebbero provveduto alla cognizione dei fatti sui quali i *testes* sarebbero stati interrogati. Trascorso tale termine il *iudex* non avrebbe potuto riconvocarli e qualora per tale negligenza ci si trovasse nell'impossibilità di escutere la testimonianza, il soggetto giudicante avrebbe dovuto risarcire la parte lesa col proprio patrimonio⁵⁶³.

La condotta del *iudex* che ritarda la produzione di un mezzo di prova fino a decretarne *de facto* l'impossibilità dell'assunzione ricorda il comportamento descritto come *litem suam facere* in *Pap. Ant.* 22, col. II *rectum*, che produceva la *mors litis* e che abbiamo già avuto modo di analizzare.

La prescrizione contenuta in C. 3.1.15 ha dei punti in contatto con quanto abbiamo visto in C. 3.1.13.6 dal momento che dalla lettura del testo si può desumere come un giudice non dovesse porre a conoscenza della persona citata, non costituitasi immediatamente, gli iniziali atti processuali e qualsiasi informazione sullo stato del giudizio, fino a quando quest'ultima non avesse risarcito tutta una serie di voci di spesa all'avversario.

Il giudice avrebbe dovuto stimare il risarcimento sulla base del giuramento effettuato dalla parte costituitasi per prima e qualora avesse disatteso tali disposizioni avrebbe dovuto provvedere alla compensazione del danneggiato con le proprie sostanze⁵⁶⁴.

C. 3.1.13.6 e C. 3.1.15, dunque, sono entrambe disposizioni che riguardano il rapporto tra giuramento emesso dalla parte e spese processuali, ma nella seconda riguardano solo quelle relative agli atti iniziali, espletate dall'attore.

⁵⁶³ Cfr. D. SIMON, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozeß*, Monaco, 1960, p. 214; U. VINCENTI, 'Duo genera sunt testium'. Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano, Padova, 1989, p. 190; VOCI, *Azioni*, cit., p. 29; SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 469 e ivi n. 63 per l'interpretazione degli aspetti tecnici del passo.

⁵⁶⁴ Cfr. sul passo per approfondimenti B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* III, Milano, 1954, p. 379; U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, p. 251 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana* II, Milano, 1973, p. 780 ss.; SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 472 ss.

Si può, dunque, come prima conclusione, denotare che ci siano dei punti in contatto nelle tre costituzioni proposte con l'originario *litem suam facere* del periodo classico e gli atteggiamenti specificati vengono qui sanzionati non necessariamente per fatti dolosi.

2.2. C. 2.3.29 e il caso esplicito di iudex qui litem suam facit: una prospettiva di sintesi.

È giunto il momento, orbene, di analizzare una costituzione di Giustiniano successiva a quelle sinora proposte che, finalmente, utilizza la locuzione *litem suam facere* per indicare i rilievi civilistici di comportamenti giudiziali.

C. 2.3.29:

*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. CONSTANIPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTAE VV. CC.*⁵⁶⁵

La prescrizione, indirizzata al prefetto del pretorio Giovanni, ammonisce tutti i giudici (compresi anche gli arbitri⁵⁶⁶) ad osservare i precetti descritti per non incappare in *litem suam facere*.

⁵⁶⁵ La prescrizione è contenuta in forma ridotta e con alcune differenze anche in C. 1.3.50. Come sostenuto da GIUSTO, *Per una storia*, cit., p. 468, n. 36, a differenza di quest'ultima in C. 2.3.29 vi è un riferimento all'*edictum praetoris* e al *litem suam facere*, che potrebbe indurre a sostenere che Triboniano e gli altri compilatori avessero un testo classico tra le mani e, dunque, tale documento fosse servito ad esplicitare l'*edictum de pactis*. Tutto ciò, però, come sostenuto da LAMBERTINI, *Giustiniano*, cit., p. 13, n. 47, è ai nostri fini irrilevante dal momento che se i compilatori hanno deciso di mantenere tale terminologia, lo hanno fatto con consapevolezza. Non può non considerarsi, infatti, il gusto "arcaicizzante" con cui l'intera opera del *Corpus Iuris* è realizzata. Se, infatti, consideriamo le successive costituzioni *Nov. 24*, *Nov. 25*, *Nov. 26* e *Nov. 29* del 535 sono istitutive rispettivamente del *praetor Pisidiae*, del *praetor Lycaoniae*, del *praetor Thraciae* e del *praetor Paphlagoniae* cfr. S. PULIATTI, "Arcaismi" come valori nella legislazione pubblicistica di Giustiniano in *Iura* 61, 2013, p. 180 ss. (184 ss.).

⁵⁶⁶ Vi è qui un'equiparazione totale della figura di *iudex* e di *arbitr ex compromisso*. Cfr. K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, Monaco, 1971, p. 223 ss.; LAMBERTINI, *Giustiniano*, cit., p. 14. Per

Si evince dal testo che, qualora durante la fase introduttiva del processo si dovesse accertare la competenza del giudice ed una parte avesse rinunciato ad avvalersi della *praescriptio fori*⁵⁶⁷ pur avendone facoltà, era dubbio se la convenzione scritta dovesse o meno considerarsi valida ovvero se fosse lasciata a quest'ultima la possibilità di prescindere dalla rinuncia e servirsi del suo diritto.

L'intervento del *princeps* sanciva, dunque, in ogni caso, l'inviolabilità del *pactum* e dunque il principio che i giudici dovessero osservare tale disposizione a pena di *litem suam facere*.

La *ratio* della norma nasceva dalla moltitudine di fori speciali che si erano venuti a creare, aventi competenza non solo per territorio e materia, ma anche per la condizione sociale e professionale del convenuto⁵⁶⁸. Per tale motivo si era verificata, dunque, una superfetazione di eccezioni di incompetenza da parte dei convenuti, i quali attestavano a sostegno dell'impugnazione il loro particolare *status*.

Il giudice che, quindi, non avesse tenuto in considerazione tali precetti sarebbe incorso in *litem suam facere*⁵⁶⁹, ma occorre ora comprendere se ci sia e, in caso di risposta affermativa, quale sia una sorta di elemento psicologico desumibile dalle condotte scorrette astrattamente configurabili.

Gli studiosi che si sono interrogati sul passo⁵⁷⁰ sostengono vi fosse responsabilità "oggettiva", non essendoci indizi che possano far propendere per una rilevanza dello *status* interiore.

A me pare, però, che non si possa prescindere dal verbo utilizzato: *neglexerint*, che lascerebbe trapelare una, seppur minima, compartecipazione soggettiva all'oggettività della condotta, come avevamo già visto con Marciano in D. 48.10.1.3⁵⁷¹; il sostantivo del verbo *neglego* è, infatti, *neglegens*, ossia il soggetto che agisce con *neglegentia*, che già dal periodo classico

un approfondimento sulla figura degli arbitri e dell'arbitrato cfr. BARBATI, *Sugli elenchi*, cit., p. 74; F. SITZIA, *Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustiniano e bizantino* in *AUPA* 57, 2014, p. 239 ss.

⁵⁶⁷ Sul punto cfr. G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano* I-II, Torino, 1989, p. 417. Strettamente legato a ciò è il concetto di *index suspectus* nel diritto giustiniano su cui cfr. F. LA ROSA, *Index suspectus* in *Scritti per Alessandro Corbino IV*, Tricase, 2016, p. 157 ss.

⁵⁶⁸ Cfr. SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 464.

⁵⁶⁹ Secondo SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 464, tale responsabilità sarebbe concorsa con quella pubblicistica. Sicuramente concorre con il *litem suam facere* una responsabilità di tipo diverso e ciò è testimoniato dal termine *etiam* e probabilmente, come sostenuto da LAMBERTINI, *Giustiniano*, cit., p. 14, verosimilmente era di carattere disciplinare.

⁵⁷⁰ Cfr. SCEVOLA, *In margine*, cit., p. 465 ss.; MATTIOLI, *Ricerche*, cit., p. 64, n. 96.

⁵⁷¹ V. *supra*, cfr. LAMBERTINI, *Giustiniano*, cit., p. 4, n. 5, il quale utilizza per l'orientamento della sintetica *sententia* marcianea il testo tratto da P.S. 5.25.4, che chiarifica quale comportamento volontario del *index* la condotta incriminabile.

del diritto, almeno, indicava chiaramente una componente psicologica con rilievi nell'alveo della colpevolezza⁵⁷².

Vi è chi ha sostenuto, addirittura, che per i giustinianeî *culpa* e *neglegentia* avessero il medesimo significato⁵⁷³, ma oggi tale impostazione parrebbe superata in virtù di un orientamento che caratterizzerebbe la *culpa* giustiniana come “una condotta riprovevole, spesse volte, ma non sempre, costituita da un atto negligente, cui consegue un danno di cui si risponde”⁵⁷⁴.

Anticipando ciò che analizzeremo più compiutamente in seguito, non si vuole sostenere che per quanto concerne il *litem suam facere* giustiniano (o per le altre figure appartenenti alla categoria dei *quasi delicta*) vi fosse, nella prassi processuale, un'indagine sull'elemento psicologico del convenuto ovvero vi fosse un'onere probatorio per l'attore di dover dimostrare la *culpa* di questi, ma più probabilmente si procedeva tramite una “presunzione di colpevolezza” sulla base della condotta.

Se infatti tracciamo un profilo delle costituzioni del *Codex* analizzate nel paragrafo precedente sicuramente C. 4.20.19 descrive l'ipotesi di un atteggiamento negligente⁵⁷⁵ da parte del *iudex*, ma le altre, compresa C. 2.3.29 si riferiscono alla mancata attuazione di disposizioni di costituzioni imperiali, probabilmente per ignoranza delle stesse.

Una tale condotta, giustificata nel processo formulare, non può, nella logica del processo cognitorio, essere esente da colpevolezza, in quanto la stessa procedura delle *cognitio* si caratterizza come attuazione della *voluntas principis* e, dunque, se ne ricava l'obbligo per il giudice di studio delle norme imperiali: ciò è testimoniato anche dalle sanzioni che se ne deducono dalla già citata testimonianza di P.S. 5.25.4 per violazione di sacre costituzioni contrarie al *ius publicum* o anche per:

⁵⁷² “Il significato usuale di *culpa* è quello di comportamento negligente.” VOCI, *Diligentia*, cit., p. 41. In termini di *culpa* come *neglegentia* ne trattano in particolare le fonti classiche come: D. 17.2.72 (Gai., *res cottidianae*, 2): *Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.*; D. 36.1.23.3 (Ulp., *disputationes*, 5): *Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem et vel servi decesserint vel aliae res perierint, placet non cogi eum reddere quod non habet: culpae plane reddere rationem, sed eius quae dolo proxima est. et ita Neratius libro primo responsorum scribit. sed et si, cum distrabere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta neglegentia, huiusmodi rei rationem reddet. sed et si aedes ustae sunt culpa eius, reddet rationem. praeterea si qui partus extant et partuum partus, quia in fructibus hi non habentur. sed et ipse si quem sumptum fecit in res hereditarias, detrabet. quod si sine facto eius prolixitate temporis aedes usu adquisitae sint, aequissimum erit nihil eum praestare, cum culpa careat.*; D. 50.16.213.2 (Ulp., *regulae*, 1): “*Lata culpa*” est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt. ed in particolare 50.16.226 (Pau., *manuales*, 1): *Magna neglegentia culpa est: magna culpa dolo est.*, ove si profilerebbe un rapporto di *neglegentia*, *culpa* e *dolo* come una *climax* ascendente di gravità del profilo soggettivo dell'agente.

⁵⁷³ Cfr. su tutti F.M. DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana* I, 1966, p. 39 ss. e ivi n. 1 per bibliografia precedente.

⁵⁷⁴ SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., p. 473.

⁵⁷⁵ Per certi versi simile a quello sanzionato da Costantino in CTh. 2.6.2 che abbiamo analizzato *supra*.

CTh. 1.2.7 (=BREV. 1.2.5):

IMP. CONSTANTINUS A. ET IULLANO C. AD TAURUM P(RAEFECTUM) P(RAETORIUM). *Multabuntur iudices, qui rescripta contempserint aut distulerint. DAT. III. NON. IUL. MEDIOLANO CONSTANTIO A. VIII. ET IULLANO C. CONSS.*

che riguarda i rescritti⁵⁷⁶.

Tale precetto che prevede una sanzione disciplinare sia per chi *contempserint*, quanto per chi *distulerint* tali tipi di norme, profilando quindi una violazione rispettivamente volontaria o meno delle stesse, sancisce, ancora una volta, un obbligo cognitorio da parte del *iudex*.

La *diligentia* di quest'ultimo, dunque, verrebbe meno qualora non si adoprasse in tale *officium*, che non era richiesto al *iudex privatus* del processo formulare⁵⁷⁷, ma che è, invece, requisito principale del giudice-funzionario pubblico.

Se ne deduce che l'*imprudencia* descritta da J. 4.5.pr. come requisito minimo di imputabilità giudiziale deve essere qualificata anch'essa come *culpabilis*, al contrario di quella menzionata da Gaio nel libro terzo delle *res cottidianae*, proprio in virtù della mutata figura del *iudex* nelle due procedure: *per formulas* e *cognitiones*⁵⁷⁸.

Tale conclusione è valevole se consideriamo il *licet per imprudentiam* descritto da J. 4.5.pr. quale ignoranza delle norme, non ignoranza sul fatto posto a fondamento di un atto (definitorio o endoprocedimentale) che come abbiamo visto, invece, facilmente poteva verificarsi nella procedura formulare⁵⁷⁹.

La norma contenuta in C. 2.3.29 potrebbe, dunque, rappresentare l'origine per il *princeps* di un riutilizzo della terminologia classica⁵⁸⁰, che sarà compiutamente utilizzata nelle *Istitutiones*,

⁵⁷⁶ Nei quali sembrerebbero rientrare anche i *mandata*, cfr. G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legislazione processuale di Giustino I (9 luglio 518 – 1 agosto 527)* in *SDHI* 37, 1971, p. 119 ss. (191).

⁵⁷⁷ Con riguardo alla preparazione dei giudici F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. it. G. NOCERA), Firenze, 1968, p. 9: "Il *iudex* classico non era un giurista, o lo era soltanto per accidens: ad occhi romani la conoscenza professionale del diritto non era parte delle sue qualificazioni; egli era il rappresentante del senso comune."

⁵⁷⁸ Tale potrebbe essere la ragione della già notata diversificazione di vocaboli adoperata: *ἄγνοια* in *Basilicorum libri* 54.14.6 (SCHELTEMA, A, VII, 2506) = D. 50.13.6 e *ἀπειρία* in *Basilicorum libri* 52.1.5.4 (SCHELTEMA, A, VI, 2420) = D. 44.7.5.4 e in *Teoph. Paraphr.* 4.5.pr. Sembrerebbe concorde, secondo alcuni aspetti CENTOLA, *Contra constitutiones indicare*, p. 153 ss.

⁵⁷⁹ Indizio in tal senso può essere desunto da *Nov.* 125, come approfondiremo in seguito.

⁵⁸⁰ Quello che LAMBERTINI, *Giustiniano*, cit., p. 15 definisce un "tentativo revitalizzante" e, infatti le *Istitutiones Iustiniani sive Elementa*, da cui è escerpito J. 4.5.pr. sono del 533 e, dunque, successive a tale costituzione. cfr. R. BONINI, *L'età giustiniana e bizantina* in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (a cura di M. TALAMANCA), Milano, 1989, p. 743 ss.

al fine della qualificazione di un illecito che ha punti in contatto con la disciplina del II secolo d.C., ma che presenta coloriture peculiari⁵⁸¹ in virtù della nuova procedura.

Prima di elaborare con precisione la portata del *iudex qui litem suam fecerit* nel periodo giustiniano, però, è necessario indagare anche sulla legislazione successiva al secondo *Codex*⁵⁸².

2.3. L'apporto delle *Novellae Constitutiones al litem suam facere*.

Nel 534 finisce l'era della compilazioni e vi è il periodo della legislazione “corrente” giustiniana che si estende dal 535 al 565⁵⁸³ e finisce per novellare anche la disciplina della responsabilità “civile” del *iudex*, pur non sussistendo alcun riferimento esplicito al *litem suam facere*.

Invero bisogna, però, considerare uno scolio al già analizzato *Basilicorum libri* 54.14.6 che, giova ricordarlo, ricalca D. 50.13.6:

Sch. ad Bas. 54.14.6 (Heimbach, V, 138):

ὁ δικαστῆς] Ἀνάγνωθι περὶ δικαστῶν καὶ νεαρὰν πβ'. καὶ ριγ'. φησὶ γάρ, ὥστε κατὰ τοὺς γενικοὺς νόμους ἐξετάζειν, καὶ μηδὲ θεῖον τύπον ἢ κέλευσιν δεχομένουσ παρα τὸν νόμον τι ποιεῖν. καὶ νεαρὰν ριε'. κεφαλ. α'. καὶ β'. καὶ νεαρὰν κε'. ἀνάγνωθι καὶ νεαρὰν ξ'. κεφαλ. β'. ἐν ᾧ φησὶ τοῦ μὴ γίνεσθαι τὰς τῶν δικῶν προκατάρξεις παρα τοῖς παρέδροις.

e la traduzione:

iudex] *Lege de iudicibus et Novellam 82. et 113. Dicit enim, eos secundum leges generales causas examinare debere, nec vel sacram formam vel iussionem admittentes quidquam contra ius facere. Idem Nov. 115 cap. 1. et 2. et Nov. 25. Lege et Novellam 60. cap. 2. ubi dicitur, litium contestationes apud assessorem non fieri.*

⁵⁸¹ Sulla diversa sfumatura rispetto alla disciplina classica sembrerebbe essere MATTIOLI, *Ricerche*, p. 64.

⁵⁸² Che entrò in vigore nel 534 cfr. BONINI, *L'età giustiniana*, cit., p. 749 ss.

⁵⁸³ Tale periodo di trent'anni di legislazione può suddividersi in due segmenti: il primo dal 535 al 542 cfr. BONINI, *L'età giustiniana*, cit., p. 754 ss. e il secondo dal 543 al 565, cfr. *ivi* p. 759 ss.

Il testo appare come un'annotazione per la parola *index* e non viene riportato nell'edizione dei *Basilicorum libri* di Scheltema⁵⁸⁴; pur essendo tale *scholium* una mera annotazione di *Novellae* riguardanti doveri del *index*, a me sembra che non possa che considerarsi rilevante la circostanza che tali glosse fossero poste in occasione dell'esplicazione del *litem suam facere*.

Se ne deduce, infatti, che l'anonimo scoliasta avesse ritenuto che gli obblighi normativi ai quali il *index* avrebbe dovuto sottostare per non incappare nella responsabilità per *litem suam facere*. Le norme citate fanno parte tutte parte delle *Novellae* in quanto erano quelle scritte in greco e, probabilmente, più comprensibili e più attuali per i bizantini.

Nov. 82 del 539 è intitolata *De iudicibus, et ut nullatenus cum iureiurando eligatur aliquis index quod permanet ei. et ut appellationes accipiant modis omnibus iudices. et ut in media lite factae formae, quo modo oporteat decidi cognitionem, non attendat iudices* e come innovazione principale istituisce a Costantinopoli il corpo dei *diatetai*, dodici giudici delegati stabilmente nella metropoli e ai quali il sovrano e i funzionari giurisdicenti delegavano delle cause civili ivi radicate, secondo il loro insindacabile apprezzamento⁵⁸⁵.

Dalla lettura dello Scolio, connessa a *Nov.* 82 è *Nov.* 113 del 541, che ha come epigrafe *In medio litis non fieri sacras formas aut sacras iussiones, sed secundum generales leges dirimi negotia*; si denota, dunque, una certa comunanza di temi, testimoniata soprattutto dalla coincidenza tra *Nov.* 82.13 e *Nov.* 113.1 a proposito del divieto di tener conto dei rescritti che fornissero direttive nel merito quando già la causa era iniziata (a meno di delucidazioni interpretative)⁵⁸⁶ e tra *Nov.* 82.14 e sempre *Nov.* 113.1 per il caso di un dubbio *de lege*, nel quale il giudice era tenuto a rivolgersi all'imperatore e a decidere la causa secondo le indicazioni contenute nella risposta di quest'ultimo⁵⁸⁷.

La seconda coppia di norme presentate nello scolio è *Nov.* 115.1-2 e *Nov.* 25; la prima è un indizio della sopravvivenza della *consultatio ante sententiam* ancora nel 542⁵⁸⁸ e nel *caput* I si rimarca quella tendenza a considerare l'istituto in questione come una specie di gravame anticipato e, dunque, non un chiarimento su questioni formali, ma una vera e propria

⁵⁸⁴ Nell'edizione di H.J. SCHELTEMA – D. HOLWERDA – N. VAN DER WAL, *Basilicorum libri LX*, Groningen, 1953-1985 degli *scholia* non sono presenti quelli che si rinvergono tra *Basilicorum libri* 49-57 e, pertanto, neanche quello del quale ci stiamo occupando.

⁵⁸⁵ Cfr. BARBATI, *Abusi*, cit., p. 410, n. 143. I *diatetai* erano privati cittadini e con tale termine venivano indicati anche gli arbitri. Cfr. BARBATI, *Studi*, cit., p. 534.

⁵⁸⁶ A queste, per comunanza di temi, si aggiunge anche *Nov.* 69.4. Cfr. F. GORIA, *La giustizia nell'impero romano d'Oriente: organizzazione giudiziaria in La giustizia nell'alto medioevo (secoli V-VIII)*, 7-13 aprile 1994 I, Spoleto, 1995, p. 259 ss. (280, n. 64).

⁵⁸⁷ Non si tratta in questo caso di *consultatio ante sententiam*, in quanto è assente, nelle due costituzioni, alcun riferimento al rigoroso *iter* processuale previsto per tale istituto. Cfr. SITZIA, *Consultatio*, cit., p. 11.

⁵⁸⁸ Cfr. SITZIA, *Consultatio*, cit., p. 12.

richiesta di quale dovesse essere il risultato finale della statuizione giudiziale⁵⁸⁹. Ivi viene prescritto, infatti, che una volta terminata la fase istruttoria e presentate le *allegationes* delle parti, il giudice avrebbe potuto, qualora incerto, fare ricorso alla *consultatio* per identificare il diritto applicabile⁵⁹⁰.

Allo scopo di evitare tecniche dilatore, il *caput* II stabilisce che il giudice, terminata la fase istruttoria, qualora una parte avesse prodotto le sue *allegationes*, avrebbe dovuto intimare per tre volte alla controparte di *allegationes renuntiare* entro 30 giorni, nel caso in cui avesse affermato di avere *aliquid quod proponat*⁵⁹¹.

Nel caso in cui, poi, fossero trascorsi, inutilmente, tre mesi, il giudice avrebbe potuto scegliere se procedere direttamente all'emanazione di una sentenza *legibus consonantem* ovvero, qualora lo ritenesse più opportuno, inviare una *relatio* al competente giudice *ad quem*.

Passando a *Nov.* 25, ossia *νεαράν κε'*, è una costituzione del 535 probabilmente riportata per un errore del copista, poiché tratta *De praetore Lycaoniae*⁵⁹², argomento del tutto eterogeneo rispetto a quelli delle altre costituzioni citate. Molto probabilmente il reale riferimento era a *νεαράν πκε'*, ossia *Nov.* 125 con eprigrafe *De iudicibus*.

Tale costituzione del 543 introduce il divieto per i *iudices* di ricorrere alle *suggestiones*, che fino ad allora non solo erano consentite, ma previste come cogenti nel caso di dubbio *de lege*⁵⁹³ e, secondo alcuni studiosi, abolisce l'istituto della *consultatio ante sententiam*⁵⁹⁴; la *Novella*, però, si inserisce nell'ambito di interventi normativi volti ad una più rapida decisione definitiva delle controversie e, pertanto, l'abolizione della *consultatio*, ormai alla stregua di un appello anticipato, si configurerebbe come un intervento di segno opposto⁵⁹⁵.

Se ne dedurrebbe che il divieto posto da *Nov.* 125 dovesse intendersi restrittivamente, anche alla luce del richiamo all'obbligo previsto in *Nov.* 82.13-14 e *Nov.* 113.1, ossia soltanto ai casi in cui il ricorso al *princeps* non fosse necessario, in quanto determinato da dubbi

⁵⁸⁹ Cfr. G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano, 1983, p. 77.

⁵⁹⁰ Cfr. SITZIA, *Consultatio*, cit., p. 13 e ivi n. 40, ove si specifica che il testo di *Nov.* 115.1 sembra potersi riferire a tutte le ipotesi di *relatio ante sententiam*, non solo quelle al tribunale imperiale. Non vi sono specificazioni di un obbligo del giudice *a quo* di trasmissione del fascicolo al giudice *ad quem*, ma secondo la ricostruzione dello studioso, le disposizioni contenute nella *Novella* sembrerebbero descrivere una procedura destinata a chiudersi con la pronuncia di quest'ultimo, non appellabile soltanto nel caso si trattasse di richiesta all'imperatore.

⁵⁹¹ Cfr. SITZIA, *Consultatio*, cit., p. 14.

⁵⁹² Su tale costituzione cfr. PULIATTI, "Arcaismi", cit., p. 188 ss.

⁵⁹³ Cfr. SITZIA, *Consultatio*, cit., p. 17.

⁵⁹⁴ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio I*, Milano, 1967, p. 42, n. 106; GORIA, *La giustizia*, cit., p. 279; BARBATI, *Studi*, cit., p. 97, n. 50. Possibilista è E. FRANCIOSI, *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su Nov. 13 e Nov. 80*, Milano, 1998, p. 52 ss.

⁵⁹⁵ Cfr. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore*, cit., p. 110 ss.; SITZIA, *Consultatio*, cit., p. 21 e per certi versi F. PERGAMI, *Amministrazione della giustizia e interventi imperiali nel sistema processuale della tarda antichità*, Milano, 2007, p. 90.

interpretativi che non avevano ragione di sussistere o dall'incapacità di assumersi proprie responsabilità derivanti dal ruolo, ovvero addirittura per passiva acquiescenza o collusione con la parte che avesse avuto interesse ad allungare il procedimento⁵⁹⁶.

Si può trarre, dunque, come prima conclusione che le quattro costituzioni appena analizzate rimarcassero il dovere dei giudici ad agire secondo la legge e a chiedere, in caso di dubbio, l'intervento interpretativo dell'imperatore.

L'ultima norma citata nello scolio è *Nov.* 60.2 del 537 che prescrive in quali fasi l'*administrator*, ossia il pubblico funzionario giurisdicente dovesse presenziare personalmente e non potesse delegare il compito al proprio consigliere giuridico (*adessor* o *consiliarius*)⁵⁹⁷.

Tra questi momenti processuali vi era anche quello dell'udienza ove avveniva la *litis contestatio* e infatti all'interno dello *scholium*, la descrizione del contenuto di *Nov.* 60.2 è *ubi dicitur, litium contestationes apud assessorem non fieri*.

Si può trarre come conclusione che lo scoliasta, dunque, avesse annotato quali fossero doveri del *index*, che, se disattesi, avrebbero comportato per quest'ultimo responsabilità per *litem suam facere* nei confronti della parte che si ritenesse danneggiata. Non possiamo conoscere se questa fosse la sua singola opinione o invece fosse condivisa, ma può sicuramente essere un indizio su ciò che significasse il *index qui litem suam facit* per i bizantini.

Vi sono, però, altre costituzioni di tale periodo che trattano di responsabilità del *index*, senza fare alcun riferimento al *litem suam facere*⁵⁹⁸; dal punto di vista della responsabilità "civile" sembrerebbero esserci tre *Novellae* in tal senso: *Nov.* 82.7 e *Nov.* 86.4 del 539 e *Nov.* 124.3⁵⁹⁹ del 545.

Nov. 82.7 (nella versione latina):

Nulloque praesumente transcendere quae in sportulis aut in litis expensis a nobis disposita sunt, sed omnibus in his contentis et formidantibus poenam quam in talibus sacra nostra constitutio terminavit. His qui causas praeparant sic existentibus, sicut et militiae figura hactenus definivit. Unoquoque tamen iudice

⁵⁹⁶ Cfr. PULIATTI, *Officium iudicis*, cit., p. 131; F. SITZIA, *Giudici e legislatori: il divieto stabilito da Nov. 125 nella storia del diritto bizantino* in *Tradizione romanistica e costituzione* II, Napoli, 2006, p. 1403 ss. (1413).

⁵⁹⁷ Cfr. S. BARBATI, *Giudici delegati e giudici locali nel diritto giustiniano* in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia, 2011, p. 467 ss. (504 ss.). Le fasi in cui doveva presenziare necessariamente l'*administrator* erano nell'udienza in cui avviene la *litis contestatio*, in quella in cui le parti determinavano le proprie conclusioni, nella pronuncia della sentenza e nella ricezione dell'eventuale appello e nella decisione di possibili questioni ad esso relative.

⁵⁹⁸ Per l'elenco delle *Novellae* che trattano della responsabilità criminale del *index* cfr. BARBATI, *Abusi*, cit., p. 394, n. 111. C'è da notare per quanto concerne la responsabilità "penale-disciplinare" anche *Nov.* 80.2-3 e *Nov.* 86.1, entrambe del 539. Cfr. BARBATI, *Abusi*, p. 358 ss. e ivi n. 4.

⁵⁹⁹ Vi è anche descritta la responsabilità per i *referendarii*, ausiliari del giudice, in *Nov.* 124.4. Cfr. LAMBERTINI, *Testi e pervorsi*, cit., p. 224.

duobus quidem exceptoribus utente et duobus causas praeparantibus et compellentibus, non valentibus eis pluribus quam duobus omnino ministrare iudicibus. Hos autem omnino locupletes et probatos esse, ut neque ab eis aliquid peccetur neque prodatur neque maligne agatur, sed periculo officiorum aut scholarum aut scriniarum praebentium eis super eos electionem simul et ministerium <esse>, et vel si quid ab eis peccatur, ad illos qui deputant eos referri exinde periculum, qui omne damnum eorum causa factum his qui ab eis laesi sunt curabunt. Necessitatem habentibus etiam competentibus iudicibus, si eis interpellatio fiat, praeparare modis omnibus eos qui ex suis officiis aut scholis aut scriniis eligunt ministrantes hinc laesis damnum curare. Si vero iudex senserit aliquam malignitatem ab aliquo ministrantium fieri, expellat quidem auditorio suo eos qui non cum utili opinione causis utuntur, alios autem instituat sententia et electione eorum quibus hoc, sicuti praediximus, periculi est.

Ivi, in sintesi, viene precisato che il corpo giudiziario dei *diaitetai* avrebbe avuto come collaboratori due *exsecutores* scelti fra i membri degli *officia*, delle *scholae* o dagli *scrinia* di corte⁶⁰⁰ e vi era in capo ai *iudices* suddetti un potere di rimozione e sostituzione di tali collaboratori. Accanto a tale responsabilità “penale-disciplinare”, per gli *exsecutores* era previsto anche il risarcimento del danno nei confronti di coloro che avevano subito le conseguenze dell’errore, ma tale obbligo solidale con il responsabile dell’*officium*⁶⁰¹ e, dunque anche i *iudices*.

La natura civilistica di tale imputabilità è simile a quella osservata nelle precedenti costituzioni giustinianee⁶⁰² C. 3.1.15, C. 3.1.13.6 e C. 4.20.19 e ciò conferma, dunque, dei punti in contatto con il *litem suam facere*.

Proseguendo con *Nov.* 86.4 (nella versione latina):

Si tamen contigerit quendam nostrorum subiectionum ab ipso clarissimo provinciae iudice laedi, iubemus eum adire sanctissimum illius civitatis episcopum, et ipsum indicare inter clarissimum provinciae iudicem et eum qui putatur laedi ab eo. Et si quidem contigerit iudicem legitime aut iuste adiudicari a sanctissimo episcopo, satisfacere eum omnibus modis ei qui interpellavit adversus eum. Si vero refutaverit iudex hoc agere, et pervenerit ad nos ipsa lis, si quidem invenerimus quia iuste et secundum leges addictus a sanctissimo episcopo ea quae condemnatus est non fecit, novissimis suppliciis subdi praecipimus, quoniam qui debet vindicare oppressum ipse opprimere reperitur.

⁶⁰⁰ Chi avesse il compito di tale scelta non è molto chiaro, secondo BARBATI, *Giudici delegati*, cit., p. 470, n. 10, sarebbe stato il preposto a tale *officium*, mentre secondo S. LIVA, *Ricerche sul iudex pedaneus. Organizzazione giudiziaria e processo*, in *SDHI* 73, 2007, p. 159 ss. (192 ss.) sarebbero state le corporazioni.

⁶⁰¹ Cfr. BARBATI, *Giudici delegati*, cit., p. 407 ss.

⁶⁰² Tale parallelismo era stato notato già da LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 224, n. 78.

si evince che nel caso taluno avesse ritenuto di aver subito un torto dal *praeses provinciae* (che aveva funzioni non solo giudiziarie)⁶⁰³ avrebbe dovuto adire il vescovo, che qualora avesse giudicato responsabile il governatore, quest'ultimo avrebbe dovuto risarcire totalmente il ricorrente; in caso di rifiuto sarebbe stata inflitta al *praeses* la pena capitale.

Vi sono, dunque, due tipi di responsabilità descritte: “civile” in prima istanza e, qualora vi fosse stato inadempimento, “criminale”.

Dal tenore della prescrizione sembrerebbe che il risarcimento fosse dovuto per comportamenti non tipizzati⁶⁰⁴ e dovesse, inoltre, sostanziarsi nella totalità del danno subito, fungendo, dunque, Nov. 86.4 da regola generale come il *litem suam facere*.

Si può ipotizzare, tuttavia, che tale prescrizione valesse unicamente per il *praeses provinciae*, mentre per i giudici minori continuava a sussistere il *litem suam facere* come regola generale, giustificandosi ciò con il particolare *status* del governatore.

Conferme in tal senso si evincono dalla chiusura della norma in questione *quoniam qui debet vindicare oppressum ipse opprimere reperitur*, ossia che ha commesso soprusi chi avrebbe dovuto sopprimerli.

Ulteriori norma che concerne la responsabilità “civile” del giudice si rinviene, infine, in Nov. 124.3 (nella versione latina):

Et hoc quoque praecipimus ab omnibus iudicibus tam militaribus quam civilibus in omni loco nostrae reipublicae custodiri, ut neque magistrarianis neque praefectianis neque alio cuiusque executori concedant aliquid amplius a quacumque persona sportularum nomine percipere quam nostris legibus declaratum est, nec si sacram nostrae tranquillitatis proferant iussionem. Sed si quem invenerint aliquid amplius exigentem, licentiam habeant et comprehendere hunc et includere et quadruplum exigere quod plus acceperit, ut simplex quidem damnum passo reddatur, triplum vero inferatur aerario. Si autem civilis aut militaris iudex sive interpellatus seu quolibet modo neglexerit laesum, sicut diximus, vindicare, ex sua substantia quadruplum secundum praedictum exigetur modum. Ipsam vero poenam exigere iubemus per comitem nostrarum privatarum et competentes iudices, si cognoverint aliquos ex suis officiis executores sportularum nomine contra nostras leges aliquid exigere et hoc neglexerint vindicare. Damus licentiam exactis nihil amplius exigentibus quam ex nostra constitutione definitum est dare, et si quid amplius exigere eos voluerint, habeant licentiam eis resistendi.

⁶⁰³ La norma, dunque, travalica i comportamenti scorretti in ambito giudiziario, come mostrato già da PULIATTI, *Officium iudicis*, cit., p. 112; LAMBERTINI, *Giustiniano*, cit., p. 12; BARBATI, *Abusi*, cit., p. 430 ss., n. 117.

⁶⁰⁴ Cfr. LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 224 ss.

Si deduce in tale prescrizione che tutti i giudici civili e militari erano tenuti a vegliare sui propri *executores*, affinché non pretendessero *sportulae* in misura maggiore rispetto a quelle previste legalmente. In caso di pagamento superiore l'*executor* sarebbe stato condannato al pagamento del quadruplo della parte eccedente, di cui il triplo sarebbe andato al fisco e la parte rimanente come risarcimento al danneggiato⁶⁰⁵.

Si prevedeva, quindi, una complementarità di responsabilità “penale-disciplinare” e responsabilità “civile” alle quali sarebbero stati soggetti anche i giudici che non avessero condannato a ciò i propri ufficiali giudiziari responsabili.

Tali norme speciali non si sposavano perfettamente con il *iudex qui litem suam fecerit* descritto in J. 4.5.pr., dal momento che, mentre in questi casi il risarcimento si basava su base oggettiva e consisteva nel danno subito dalla parte, il quasi-delitto giustiniano prevedeva un giudizio equitativo per quanto concerne il ristoro dell'errore giudiziario.

Lo *scholium ad Bas.* 54.14.6 che abbiamo analizzato, però, ci fornisce un indizio della sopravvivenza del *litem suam facere* nel diritto bizantino e, dunque, anche nel periodo successivo all'emanazione delle *Novellae*, ma relegato, almeno nel periodo successivo al 534, ad ipotesi residuale per fattispecie non tipizzate, applicandosi, per ciò che ne rileva dal quadro di insieme, soprattutto ai giudici inferiori⁶⁰⁶.

Gli obblighi che potevano essere violati per un *iudex* erano, dunque, molteplici, ma al fine dell'inquadramento del *litem suam facere* nel periodo giustiniano, possiamo concludere che l'*iniuria* giudiziale rientrasse nel quasi-delitto soltanto ove non fosse stata tipizzata con apposita sanzione, chiarendo ancora una volta che la classificazione delle obbligazioni descritta nelle *Institutiones* era, nella complessità delle fattispecie normative, estraneamente semplificatoria⁶⁰⁷.

3. Conclusioni sul *iudex qui litem suam fecerit* nel periodo giustiniano.

Siamo giunti, dunque, al momento di trarre le fila del nostro percorso sul giudice “che fa sua una lite” nel diritto giustiniano.

L'ultima fonte in ambito giuridico, prima di C. 2.3.29 del 531, che aveva menzionato il *litem suam facere* era, come abbiamo già visto, CTh. 11.36.16 del 364 con coloriture di illecito doloso, mentre addirittura in contesto letterario *Romulea*, 8(*De raptu Helenae*).31-43, della metà

⁶⁰⁵ Cfr. LAMBERTINI, *Testi e percorsi*, cit., p. 224.

⁶⁰⁶ Sul punto cfr. ROBINSON, *Justinian and the Compilers' View*, cit., p. 393 ss., secondo il quale il vocabolo *iudex* come soggetto del *litem suam facere* nel diritto giustiniano venisse inteso come il *iudex pedaneus*.

⁶⁰⁷ Cfr. LAMBERTINI, *Giustiniano*, cit., p. 13.

del V secolo, ne certifica un utilizzo addirittura di corruzione criminale, adoprato, oltretutto, da un esperto di diritto come Draconzio.

Una distanza siderale da quell'*obligatio quasi ex maleficio teneri* descritta nelle *res cottidianae* di Gaio, che però ci viene in controtendenza restituita da Giustiniano in una sorta di tentativo revitalizzante⁶⁰⁸; tale volontà, però, deve fare i conti con due fattori che incidono nella realtà socio-giuridica del tempo in modo sostanziale: l'apporto giurisprudenziale del periodo postclassico e la mutazione della figura del *iudex* con l'avvento delle *cognitiones extra ordinem*.

Sotto il primo profilo, già si è visto come tutte le *variae causarum figurae quasi ex maleficio teneri* avessero assunto nelle opinioni dei giuristi severiani connotazioni di colpevolezza e, in modo preponderante il *iudex qui litem suam fecerit*, che addirittura si era profilato come un delitto doloso.

Tutta l'evoluzione del tardo-antico, con le costituzioni imperiali che utilizzano il termine *litem suam facere* in scarsissime occasioni, fa presumere in un mutamento nel senso contrario a quello che Giustiniano vorrebbe riportare in auge e, tuttavia, si può sostenere, al termine di quest'indagine che sia stato proprio il *princeps* a fissare dei criteri duraturi per tale "obbligazione".

Procediamo con ordine: come abbiamo visto, il *iudex* della *cognitio*, divenuta ormai l'unica procedura è soggetto, in quanto pubblico funzionario, a diversi tipi di responsabilità: criminale nei confronti della *civitas*, che si concretizza nella figura del *princeps*, "penale-disciplinare" in relazione al fisco per i danni che deve subire quest'ultimo, "civile" riguardo al danneggiato dall'errore giudiziale.

Tale pluri-imputibilità rimane pressochè invariata durante il periodo giustiniano, ma *litem suam facere*, lessema che nei secoli ha avuto uno scarso utilizzo e che, per la sua vaghezza come significante, si apriva a molteplici significati, assume ora sedimentazione e coerenza.

Il significante riprende, con delle modifiche sostanziali dettate dall'evoluzione socio-giuridica, la connotazione di Gaio, inserendosi nell'insieme di quella *legum permutatio* giustiniana che al diritto fluido della *scientia iuris* contrappone la *legum doctrina*⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ Cfr. LAMBERTINI, *Giustiniano*, cit., p. 17.

⁶⁰⁹ Ciò è chiaramente palesato dallo stesso Giustiniano in *Const. Imperatoriam 3: Cumque hoc deo propitio peractum est, Triboniano viro magnifico magistro et exquaestore sacri palatii nostri nec non Theophilo et Dorotheo viris illustribus antecessoribus, quorum omnium sollertiam et legum scientiam et circa nostras iussiones fidem iam ex multis rerum argumentis accepimus, convocatis specialiter mandavimus, ut nostra auctoritate nostrisque suasionibus componant institutiones: ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere et tam aures quam animae vestrae nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum optinet argumentis accipiant: et quod in priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones imperatorias legerent, hoc vos a primordio ingrediamini digni tanto honore tantaque reperti felicitate, ut et initium vobis et finis legum eruditionis a voce principali procedat. La scientia iuris ivi è*

Ciò che viene descritto in J. 4.5.pr. aveva, infatti, a tutti gli effetti valore di legge, al pari delle *constitutiones*⁶¹⁰, delle quali C. 2.3.29 rappresenterebbe l'*incipit* di tale recupero.

Serve dunque, ora, rispondere cosa accomuni *index qui litem suam fecerit, effusum vel deiectum, positum aut suspensum* e *actiones adversus nautas, caupones et stabularios* nella categoria dei *quasi delicta*; se per la classificazione gaiana il minimo comun denominatore doveva ricercarsi nell'imputabilità "oggettiva" delle *variae causarum figurae quasi ex maleficio teneri*, rinvenibile persino nella responsabilità per fatto altrui, tale criterio non può trovare fondamento per i *quasi delicta* giustinianeî, alla luce dei mutamenti analizzati.

La ragione principale, dunque, per la quale vengono trattenute queste figure sembrerebbe essere la volontà di mantenere l'impostazione gaiana, non tanto per un "gusto arcaizzante"⁶¹¹ o "mero ossequio alla tradizione"⁶¹², quanto per un intento pedagogico⁶¹³ e a conferma di ciò sembrerebbero testimoniare J. 1.1.2⁶¹⁴, ove si ribadisce la necessità di un'esposizione agile e semplice e *Const. Imperatoriam* 6⁶¹⁵, che cita sia le *institutiones* che le *res cottidianae* di Gaio come fonte prediletta delle *Institutiones* imperiali.

L'importanza, *in primis*, del manuale istituzionale di Gaio nel tardo-antico è ribadita anche in *Const. Omnem* 1⁶¹⁶, dal momento che ormai era, secondo Giustiniano, uno dei pochi testi giuridici che gli studenti riuscivano ad imparare.

Si deve notare, però, che la classificazione delle *obligationes* nelle *Institutiones* imperiali riprenda, però, elementi da entrambe le opere del giurista antoniniano, poiché non si limita alla *summa divisio contractus-delicta* presente nelle *institutiones* gaiane, ma riporta tutte le fonti di

addirittura appellata come *antiquae fabulae*. Cfr. su tutti F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010, p. 3.

⁶¹⁰ Il testo di *Const. Imperatoriam* 6, infatti, attribuisce al manuale istituzionale giustiniano *plenissimum nostrarum constitutionum robur*. Cfr. GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., p. 2.

⁶¹¹ SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 541.

⁶¹² GIUSTO, *Per una storia*, cit., p. 468, n. 36.

⁶¹³ Tale posizione sembra condivisa da ROBINSON, *Justinian and the Compilers' View*, cit., p. 392.

⁶¹⁴ J. 1.1.2: *His generaliter cognitis et incipientibus nobis exponere iura populi Romani ita maxime videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici, 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 perducamus, ad quod leniore via ductus sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perducî potuisset.*

⁶¹⁵ *Const. Imperatoriam* 6: *Quas ex omnibus antiquorum institutionibus et praecipue ex commentariis Gaii nostri tam institutionum quam rerum cottidianarum aliisque multis commentariis compositas cum tres praedicti viri prudentes nobis optulerunt, et legimus et cognovimus et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.* Cfr. per approfondimenti sul passo LUCHETTI, *Nuove ricerche*, cit., p. 4 ss.

⁶¹⁶ *Const. Omnem* 1: *Et antea quidem, quemadmodum et vestra scit prudentia, ex tanta legum multitudine, quae in librorum quidem duo milia, versuum autem tricies centena extendebatur, nihil aliud nisi sex tantummodo libros et ipsos confusos et iura utilia in se perraro habentes a voce magistra studiosi accipiebant, ceteris iam desuetis, iam omnibus inviis. in his autem sex libris Gaii nostri institutiones et libri singulares quattuor, primus de illa veteri re uxoria, secundus de tutelis et tertius nec non quartus de testamentis et legatis connumerabantur...* Per approfondimenti cfr. LUCHETTI, *Nuove ricerche*, cit., p. 119 ss.

obbligazioni delle due opere⁶¹⁷, recuperando anche i contratti *litteris*, già espunti dalle *res cottidianae* e presenti nella prima opera, pur precisando ormai la desuetudine degli stessi⁶¹⁸.

Probabilmente per una necessità di maggior schematizzazione e per valorizzare maggiormente le obbligazioni da fatto lecito (presenti nel terzo libro delle *Institutiones* giustiniane) e quelle da fatto illecito (che aprono il quarto libro dell'opera), le *variae causarum figurae* vengono divise in *quasi contractus* e *quasi delicta*, nel modo che avevamo già anticipato in precedenza, inserendo i primi subito dopo i *contractus* e i secondi appena dopo i *delicta*⁶¹⁹.

Per quanto concerne i *quasi delicta*, le quattro figure erano ormai del tutto marginali e sussidiarie, ancor più che al tempo di Gaio e la più eterogenea, il *index qui litem suam fecerit* aveva assunto nel tardo-antico contorni ancora più distintivi rispetto alle altre, ma la revitalizzazione di Giustiniano ha ricondotto il *litem suam facere* nell'alveo di queste figure assimilabili agli illeciti, di natura ora colposa, ma non eccessivamente riprovevoli socialmente: un misto tra tradizione e innovazione.

La legislazione successiva giustiniana, racchiusa nelle *Novellae*, infatti, non sminuisce, a mio giudizio, il quadro di cogenza, ora acquisita definitivamente, di tale imputabilità giudiziale, ma limita la portata a figure non tipizzate e non diversamente disciplinate.

In conclusione se e è vero che la *permutatio* giustiniana, per quanto concerne il *index qui litem suam fecerit*, abbia inciso in maniera sostanziale, l'esegesi dei passi di D. 5.1.15.1 e 5.1.16 (i quali vengono inseriti nei *Digesta*, è doveroso ribadirlo, al fine di inquadrare tale imputabilità nell'alveo della responsabilità personale, non trasmissibile agli eredi) potrebbe aprire l'occhio dello studioso sull'*iter* evolutivo di tale figura problematica, consentendo, a mio avviso, seppur parzialmente e involontariamente, quel recupero dell'"eredità perduta"⁶²⁰ di tale locuzione giuridica.

⁶¹⁷ Nelle *Institutiones* imperiali viene inserito nei *quasi contractus* anche il caso di *aliquos communis sit res sine societate*, assente nelle *variae causarum figurae* delle *res cottidianae*.

⁶¹⁸ Cfr. LAMBERTINI, *Giustiniano*, cit., p. 13.

⁶¹⁹ Per corroborare la nuova comunanza tra *contractus* e *quasi contractus*, al termine delle trattazioni di questi ultimi, nelle *Institutiones* imperiali vengono inseriti due titoli che chiudono il terzo libro J. 3.28 *Per quas personas nobis obligatio acquiritur* e J. 3.29 *Quibus modis obligatio tollitur*, che riprendono in gran parte passi delle *institutiones* gaiane riferite ai contratti, adattandoli ad entrambe le categorie.

⁶²⁰ L'espressione appartiene a GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., p. 5.

CONSIDERAZIONI FINALI

Giunti al termine dell'indagine è il momento di tirare le fila di questa ricerca, mettendo in risalto i risultati conseguiti e i possibili futuri campi d'indagine.

Quella che abbiamo visto essere una locuzione nata in ambito retorico-letterario, *litem suam facere*, viene ad essere utilizzata nel secondo secolo d.C. per indicare la prima forma di generale responsabilità "civile" del *iudex* (v. *sub cap. I*).

L'*actio in factum* nata con tale denominazione prescindeva dall'indagine sull'elemento psicologico del giudice e nasceva dalla necessità sociale di limitare l'arbitrio e gli errori del soggetto giudicante; la condanna era, dunque, equitativa sulla base del danno procurato.

Tale rimedio viene poi ad estinguersi nell'epoca severiana con la progressiva instaurazione delle *cognitiones* come processo ordinario e l'istituzione dell'appello quale gravame per la riparazione dei torti della giustizia (v. *sub cap. II*); l'*actio adversus iudicem qui litem suam fecit* è, ora, sempre un'*actio in factum*, ma per ipotesi dolose e specifiche di parzialità del *iudex*.

In questo quadro, dunque, *litem suam facere* è una locuzione utilizzata per indicare responsabilità dell'organo giudicante che vengono a confluire mano a mano nelle pene criminali, fino a confondersi, nella metà del V secolo, con la vera e propria corruzione giudiziale: due ipotesi che nel diritto "classico" erano ben separate.

Con l'opera di restaurazione giustiniana, poi, quella che era stata per secoli un'espressione linguistica così vaga da aprirsi ad un'evoluzione così radicale nei secoli, viene a prendere coerenza e schematizzazione all'interno della categoria dei *quasi delicta*, recuperando elementi delle origini in una mistura tra tradizione e innovazione (v. *sub cap. III*).

L'analisi diacronica che abbiamo affrontato si era prefissata l'obiettivo (con l'auspicio di avere, almeno in parte, raggiunto) di indagare sulle motivazioni socio-giuridiche di quest'evoluzione nelle fasi della storia del diritto romano e di un confronto con le possibili conseguenze nella prassi processuale delle ipotesi sulla responsabilità per *litem suam facere* del *iudex*.

Si deve, pertanto, ribadire come, prima dell'intervento di Giustiniano, numerose siano le fonti che ci inducono a considerare pressoché poco effettive le azioni intentate per *litem suam facere* e che, per primo, il *princeps* ha fornito, con la coerenza delle costituzioni C. 2.3.29 e J. 4.5.pr., tecnica e rilevanza ad una locuzione, fino ad allora, polisemantica.

L'importanza di fornire dignità al *iudex qui litem suam fecerit* non è da scorgersi tanto nella sua collocazione sistematica all'interno della categoria dei quasi delitti (che pure si è conservata sino al *Code Napoléon* del 1804⁶²¹ e ai successivi codici su di esso modellati, come il Codice civile italiano del 1865⁶²²), ma perché è stata la prima, almeno a noi conoscibile, teorizzazione di garanzia patrimoniale generale per gli errori giudiziari.

Fino alla compilazione diretta da Triboniano vi erano sicuramente fattispecie, che con applicazioni più o meno effettive nella prassi processuale, ambivano al ristoro equitativo o al risarcimento dei torti giudiziari, ma la responsabilità per *litem suam facere* era considerata come un'ipotesi marginale.

Sicuramente anche i compilatori avevano avuto quest'approccio e inserirono tale figura solo per ragioni sistematiche, pedagogiche e di deferenza alla tradizione, ma in questo modo gli studiosi dei secoli successivi hanno potuto ricevere testimonianza della prima forma teorica-generale, a noi conosciuta, di "responsabilità civile" dei giudici.

A questo scopo, dunque, si potrebbe ampliare l'orizzonte della ricerca, ossia indagando quali elementi il *litem suam facere* abbia conservato nelle varie fasi storiche successive sino alle forme di responsabilità civile dei magistrati nei Paesi odierni, sempre tenendo bene a mente le enormi differenze che la locuzione ebbe nelle varie fasi storiche.

Analisi in tal senso, invero, sono state compiute da studiosi italiani⁶²³ e americani⁶²⁴, ma naturalmente in maniera parziale, dal momento che il periodo storico intercorrente tra la nascita dell'"istituto" e il periodo contemporaneo è vastissimo.

⁶²¹ Art. 1310: *Il n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit.*; art. 1348: *Elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. Cette seconde exception s'applique, 1. Aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits...*; art. 1370: *Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi. Les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déléguée. Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits. Ils font la matière du présent titre.* e nella rubrica della sezione ivi dedicata art. 1382-1386. Come è visibile non vi è una definizione dei quasi delitti, termine che viene sempre posto insieme a delitto nel testo, confermando già allora una differenziazione del tutto storica e non attuale delle due categorie. Cfr. C.A. CANNATA, s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti* in E.D. XXXVIII, Milano, 1987, p. 25 ss. (33 ss.).

⁶²² Viene citato come termine all'art. 1097, nella rubrica della sezione ivi dedicata art. 1151-1156 ed esplicitamente in quest'ultimo sempre accorpato al termine delitto, in sintonia con l'impostazione del *Code Napoléon* e per le ragioni esposte nella nota precedente tale distinzione "delitto o quasi-delitto" venne disattesa nel Codice civile italiano del 1942, pur essendoci ancora voci critiche sul punto, cfr. V. SCIALOJA, *In difesa dei termini giuridici fuori d'uso* in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante* II, Roma, 1931, p. 229 ss. (235 ss.).

⁶²³ Cfr. ad esempio A. LA TORRE, *Genesi e metamorfosi della responsabilità civile* in *Roma e America. Diritto romano e comune* 8, 1999, p. 61 ss. (= in *Cinquant'anni col diritto (saggi)* I. *Diritto civile*, Milano, 2008, p. 105 ss., da cui si cita, in particolare n. 154, p. 155), nonché per spunti comparatistici limitati al diritto comune cfr. A. PETRUCCI-A. LANDI, *"Iudex qui litem suam facit". La responsabilità del giudice dal diritto romano al diritto comune* in *Estudios sobre la responsabilidad jurídica del Juez, el Servidor Público y los Profesionistas*, Città del Messico, 2013, p. 85 ss.

Ciò che sarebbe opportuno realizzare è come la necessità sociale che ha permesso la nascita della responsabilità per *litem suam facere*, non sia troppo dissimile da quella contemporanea.

Rilevante ad esempio è la discussione avutasi nel nostro paese dagli anni '80 sino ai giorni nostri, dal momento che il Codice di procedura civile agli articoli 55, 56 e 74 poneva grandi limitazioni all'esperimento dell'azione di risarcimento dei danneggiati nei confronti del magistrato. Con il referendum abrogativo dell'8 e 9 novembre 1987, condizionato dal mediatico errore giudiziario che coinvolse il presentatore televisivo Enzo Tortora, il 65,11% degli aventi diritto con l'80,21% dei voti favorevoli abrogò i suddetti articoli in favore di una facilitazione nell'esperimento del risarcimento civile da parte di magistrati inquirenti e giudicanti.

Ulteriore punto di contatto è stata, però, l'ineffettività della legge 117/88 che ha fatto seguito al referendum suddetto, la quale ha ampliato le critiche, alimentate anche dalla Corte di Giustizia Europea, producendo la l. 18/2015, che ha armonizzato la disciplina italiana con quella del diritto dell'UE, con l'obiettivo di facilitare l'esperimento dell'azione civile nei confronti dei magistrati.

Ciò che si è voluto mostrare, in estrema sintesi, è che sia il profilo della competenza dei giudici, che quello dell'effettività della responsabilità di questi, rientrano nel più ampio campo del rapporto tra norma e giudizio, ancora del tutto irrisolto e che avrebbe bisogno di un approccio storico-sociale molto ampio, a partire dal diritto romano.

⁶²⁴ Cfr. M.H. HOEFLICH, *Regulation of Judicial Misconduct from Late Antiquity to the Early Middle Ages* in *Law and History Review* 2, 1984, p. 79 ss.; J. PLESCIA, *Judicial Accountability and Immunity in Roman Law* in *The American Journal of Legal History* 45, 2001, p. 51 ss. e soprattutto M. ADORNETTO MONAHAN, *The problem of 'the judge who makes the case his own': notions of judicial immunity and judicial liability in ancient Rome* in *Catholic University Law Review* 49, 1999-2000, p. 429 ss.

BIBLIOGRAFIA

- Adornetto Monahan M., *The problem of 'the judge who makes the case his own': notions of judicial immunity and judicial liability in ancient Rome* in *Catholic University Law Review* 49, 1999-2000, p. 429 ss.
- Albanese B., «*Definitio periculosa*»: un singolare caso di «*duplex interpretatio*» in *Studi in onore di G. Scaduto III*, Padova, 1970, p. 229 ss.
- Albanese B., *La menzione del merities in XII Tab. 1,6-9* in *AUPA* 42, 1992, p. 95 ss.
- Albanese B., *Papiniano e la definizione di 'obligatio' in J. 3, 13 pr.* in *SDHI* 50, 1984, p. 167 ss.
- Ankum H., *L'édit du préteur «de his qui effusis vel deiecerint»* in *Studia Iuridica* 41, 2003, p. 7 ss.
- Arangio-Ruiz V., *L'eccezione in diminuzione della condanna*, 1930, p. 5 ss. (= in *Idem, Scritti di diritto romano II*, Napoli, 1974, p. 265 ss.)
- Arangio-Ruiz V., *Recensione di C.H. Roberts (trad. e note), The Antinoopolis Papyri I*, Londra, 1950 in *Iura* 2, 1951, p. 344 ss.
- Arangio-Ruiz V., *Sulla scrittura della formula nel processo romano* in *IURA* 1, 1950, p. 15 ss.
- Arcaria F.–Licandro O., *Diritto romano I – Storia costituzionale di Roma*, Torino, 2014
- Arcaria F., *Costituzione e processo nella trattistica di diritto romano dell'Ottocento e del primo Novecento*, Napoli, 2017
- Arcaria F., «*Litterae dimissoriae sive apostoli*». *Contributi allo studio del procedimento d'appello in diritto romano* in *LR* 1, 2012, p. 127 ss.
- Arcaria F., *Senatus censuit. Attività giudiziale ed attività normativa del Senato in età imperiale*, Milano, 1992
- Arnese A., *Delictum, maleficium e variae causarum figurae: l'obligatio da atto o fatto illecito in Gaio*, Bari, 2004
- Arnese A., *La ragionevole durata del processo: religio iusiurandi e utilità comune* in *SDHI* 82, 2016, p. 1 ss.
- Arnese A., *Maleficium. Le obbligazioni da fatto illecito nella riflessione gaiana*, Bari, 2011
- Balzarini M., *Considerazioni in tema di 'iudicia legitima'* in *Studi in onore di Edoardo Volterra III*, Milano, 1971, p. 449 ss.

- Barbati S., *Abusi e illeciti dei giudici nel processo tardo-antico* in *Atti dell'accademia Romanistica Costantiniana. XIX Convegno Internazionale. Organizzare, sorvegliare, punire. Il controllo dei corpi e delle menti nel diritto della tarda antichità*, Roma, 2013, p. 335 ss.
- Barbati S., *Giudici delegati e giudici locali nel diritto giustiniano* in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia, 2011, p. 467 ss.
- Barbati S., *Sugli elenchi degli organi giudiziari* in *Jus* 58, 2010, p. 37 ss.
- Barbati S., *Studi sui 'iudices' nel diritto romano tardo antico*, Milano, 2012
- Bartocci U.–Diliberto O.–Di Ottavio D.–Di Trolino G.–Dursi D.–Sanna M.V., *Le parole del diritto. L'età arcaica*, Cagliari, 2016
- Bartoli L., *Du Juge «qui litem suam facit»*, Parigi, 1909
- Bassanelli Sommariva G., *Costanzo e Costante hanno davvero abolito il processo formulare?* in *RDR* I, 2001, p. 1 ss.
- Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano, 1983
- Bassanelli Sommariva G., *La legislazione processuale di Giustino I (9 luglio 518 – 1 agosto 527)* in *SDHI* 37, 1971, p. 119 ss.
- Berger A., s.v. *Delictum* in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia, 1953, p. 430
- Bertoldi F., *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Torino, 2003
- Beseler G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* I, Tübinga, 1910
- Bianchi P., *Il principio di imparzialità del giudice: dal codice Teodosiano all'opera di Isidoro di Siviglia* in *Ravenna capitale. Uno sguardo ad Occidente. Romani e Goti – Isidoro di Siviglia*, Bologna, 2012, p. 181 ss.
- Biondi B., *Il diritto romano cristiano* III, Milano, 1954
- Biondi B., *La terminologia romana come prima dommatica giuridica* in *Scritti giuridici* I, Milano, 1965, p. 181 ss.
- Biondi B., *Le 'actiones noxales' nel diritto romano classico*, Cortona, 1925
- Biondi B., *Studi sulle «actiones arbitrariae» e l'«arbitrium iudicis»*, Palermo, 1913
- Birks P.B.H.–Rodger A.–Richardson J.S., *Further aspects of the Tabula Contrebiensis* in *JRS* 74, 1984, p. 45 ss.
- Birks P.B.H., *A New Argument for a Narrow View of Litem Suam Facere* in *TR* 52, 1984, p. 473 ss.
- Biscotti B., *Dispositivo e parte motiva nella sentenza: idee vecchie e nuove* in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese* I, Padova, 2012, p. 303 ss.

- Bona F., *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973
- Bonifacio F., «*Iudicium legitimum*» e «*iudicium imperio continens*» in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz* II, 1953, p. 207 ss.
- Bonifacio F., *L'estinzione del giudizio per mors litis* in *Archivio giuridico* 142, 1952, p. 34 ss.
- Bonini R., *L'età giustiniana e bizantina* in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (a cura di M. Talamanca), Milano, 1989, p. 743 ss.
- Botta F., *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari, 1996
- Branca G., *La prohibitio e la denuncia di nuova opera come forme di autotutela cautelare* in *SDHI* 7, 1941, p. 313 ss.
- Broggin G., *Iudex arbitere. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957
- Brutti M., *Il "vadimonium" nelle azioni nossali* in *RISG* 77, 1970, p. 261 ss.
- Brutti M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana I*, Milano, 1973
- Brutti M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana II*, Milano, 1973
- Burdese A., *Ancora sul "iudex qui litem suam facit"* in *EPKOS. Studi in onore di F. Sartori*, Padova, 2003, p. 21 ss.
- Burdese A., *In margine alla responsabilità del giudice di diritto romano* in *Fraterna munera. Studi in onore di L. Amirante*, Salerno, 1998, p. 53 ss. da cui si cita (= in Idem, *Miscellanea Romanistica*, Madrid, 1994, p. 101 ss.)
- Burdese A., *Note sulla responsabilità del "iudex privatus"* in *Studi in onore di L. Mazza* I, *Teoria e storia. Diritto amministrativo generale*, Padova, 2007, p. 40 ss.
- Burdese A., *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare* in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 Dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, p. 151 ss. da cui si cita (= in Idem, *Miscellanea Romanistica*, Madrid, 1994, p. 77 ss.)
- Cannata C.A., *La cosiddetta 'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti'* in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto (Napoli, 18-20 ottobre 2001)*, Napoli, 2003, p. 201 ss.
- Cannata C.A., *Lo splendido autunno delle due scuole* in *Pacte, convention, contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Bâle – Francofort-sur-le-Main, 1998, p. 433 ss. (in Idem, *Scritti scelti di diritto romano II*, Torino, 2012, p. 327 ss. da cui si cita)
- Cannata C.A., *Profilo istituzionale del processo privato romano II. Il processo formulare*, Torino, 2000

- Cannata C.A., s.v. *Quasi-contratti e quasi-delitti* in *E.D.* XXXVIII, Milano, 1987, p. 25 ss.
- Cannata C.A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996
- Caravaglios A., *Gaio e le fonti dell'obbligazione da fatto illecito: il «malefċium»* in *Index* 40, 2012, p. 745 ss.
- Carcaterra A., *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli, 1966
- Carcaterra A., *Semantica degli enunciati normativo giuridici romani. Interpretatio iuris*, Bari, 1972, p. 34 ss.
- Carro V., *La promessa unilaterale. Studio sulla formazione unilaterale del rapporto obbligatorio tra diritto romano, tradizione romanistica e prospettive future*, Napoli, 2012
- Casavola F., *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960
- Cascione C., *Profondità e margini di una ricerca in Il processo decisionale. Risultati del convegno. Napoli, 27 novembre 1999*, Napoli, 2000, p. 201 ss.
- Catalano P., *Contributi allo studio del diritto augurale I*, Torino, 1960
- Cenderelli A., *Il trattato e il manuale in BIDR* 101-102, 1998/1999, p. 61 ss.
- Centola D.A., *Contra constitutiones iudicare. Alle origini di una dialettica nell'età dei Severi*, Napoli, 2017
- Centola D.A., *Riflessioni sulla problematica della motivazione della sentenza nel processo romano in SDHI* 78, 2012, p. 407 ss.
- Cerami P., *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche. I. L'interpretazione degli atti autoritativi*, in *AUPA* 38, 1985, p. 5 ss.
- Chastagnol A. – Le Roux P. – Leglay J., *'Lex Irnitana'* in *AE*, 1986, p. 88 ss.
- Cherchi A., *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, 2012
- Chiazzese L., *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane in AUPA* 16, 1931, p. 3 ss.
- Chiazzese L., *Introduzione allo studio del diritto romano*³, Palermo, 1948
- Chiazzese L., *Ius iurandum in litem*, Milano, 1958
- Cichorius C., *Untersuchungen zu Lucilius*, Berlino, 1908
- Coma Fort J.M., *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid, 1996
- Cordopatri F., *L'abuso del processo I. Presupposti storici*, Padova, 2000
- Cosentini G., *Appunti sull'operis novi nuntiatio in AUCT* 4, 1950, p. 19 ss.

- Cossa G., *I giuristi e la retorica in Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen*, Trento, 2012, p. 299 ss.
- Costa E., *Cicerone giureconsulto I²*, Bologna, 1927
- Costa E., *Cicerone giureconsulto II²*, Bologna, 1928
- Cremades I.-Paricio J., *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»* in *AHDE* 54, 1984, p. 179 ss.
- Cujas J., *Opera omnia I*, Napoli, 1758
- Cujas J., *Opera omnia VII*, Napoli, 1758
- Cuneo P., *Codice Teodosiano, Codice Giustiniano e diritto nel tardo Impero* in *Labeo* 42, 1996, p. 208 ss.
- Cursi M.F., *Dalla tipicità della tutela del danno extracontrattuale alle clausole generali di responsabilità* in *Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*, Napoli, 2012, p. 5 ss.
- Cursi M.F., *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008
- Cursi M.F., *Recensione a G. Rossetti, 'Poena' e 'rei persecutio' nell'actioex lege Aquilia* in *IURA* 64, p. 458 ss.
- D'ippolito F., *Questioni decemvirali*, Napoli, 1993, p. 93 ss.
- D'Ors A., *La ley Flavia Municipal (traducción española)* in *AHDE* 54, 1984, p. 535 ss.
- D'Ors A., *"La nueva copia Irnitana de la Lex Flavia Municipalis"* in *AHDE* 52, 1983, p. 5 ss.
- 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, p. 1 ss.
- D'Ors A., *«Litem suam facere»* in *SDHI* 48, 1982, p. 368 ss.
- D'orta M., *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, Napoli, 1990
- De Bonfils G., *Prassi giudiziaria e legislazione nel IV secolo. Symm., rel. 33* in *BIDR* 78, 1975, p. 285 ss.
- De Francisci P., *La prova giudiziale (A proposito di Gellio N.A. 14,2)* in *Helikon* 1, 1961, p. 594 ss.
- De Francisci P., *Studii sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano, 1912

- De Koninck C., *Iudex qui litem suam fecit. La responsabilité quasi-délictuelle du iudex privatus dans la procédure formulaire* in *Viva vox iuris Romani. Essays in Honour of Johannes Emil Spruit*, Amsterdam, 2002, p. 79 ss.
- De Martino F., *'Litem suam facere'* in *BIDR* 91, 1988, p. 1 ss. da cui si cita (= in *Diritto, economia e società nel mondo romano I. Diritto privato*, Napoli, 1995, p. 687 ss.)
- De Meo C., *Lingue tecniche del latino²*, Bologna, 1986, p. 87 ss.
- De Robertis F.M., *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana I*, 1966
- De Robertis F.M., *Le sentenze contra constitutiones e le sanzioni penali a carico del giudicante* in *ZSS* 62, 1942, p. 255 ss.
- De Robertis F.M., *Receptum nautarum. Studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il caupo e lo stabularius*, Bari, 1952
- De Visscher F., *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947
- Desanti L., *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, 2015
- Devoto G., *Storia della lingua di Roma*, Bologna, 1991, p. 270 ss.
- Di Lella L., *Querela inofficiosi testamenti*, Napoli, 1972
- Di Salvo S., «Ignorantia» del «iudex», «actio indicati» e «beneficium competentiae» in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino III*, Napoli, 1984, p.1421 ss.
- Diliberto O., *I destinatari delle «Noctes Atticae»* in *Labeo* 42, 1996, p. 277 ss.
- Diliberto O., *Le promesse unilaterali come fonte di obbligazione: dal diritto romano alla discussione contemporanea* in *Xueshuo huiquan/Digesta* 4, Pechino, 2012, p. 13 ss.
- Diliberto O., *Materiali per la palingenesi delle XII tavole I*, Cagliari, 1992
- Dillon J. N., *The Justice of Constantine. Law, communication and Control*, Ann Arbor, 2012
- Domingo R., *Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio I. El edicto por desacato al decreto del magistrado municipal*, Santiago de Compostela, 1992
- Donadio N., *Vadimonium e contendere in iure. Tra "certezza della tutela" e "diritto alla difesa"*, Milano, 2011
- Donellus H., *Commentarii de iure civili IX⁶*, Norimberga, 1826
- Dupont C., *La procédure civile dans le constitutions de Constantin. Traits caractéristiques* in *RIDA* 21, 1974, p. 191 ss.
- Dupont C., *Les droit criminel dans les constitutions de Constantin. Les infractions*, Lilla, 1953, p. 108 ss.
- Dupont C., *Les textes constantiniens et le préfet de la ville* in *RHD* 47, 1969, p. 613 ss.

- Dursi D., «*Viva vox*». *Qualche riflessione intorno a MARC. Ist. 1, 1, 8* in *BIDR* 111, 2017, p. 188 ss.
- Fabbrini F., *Per una storia della «restitutio in integrum»* in *Labeo* 13, 1967, p. 200 ss.
- Falcone G., *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano* in *AUPA* 45,1, p. 221 ss.
- Falcone G., *La trattazione di Gai. 3.140-141 sul pretium nella compravendita, tra 'regulae' e ius controversum* in *AUPA* 58, 2015, p. 37 ss.
- Falcone G., «*Obligatio est iuris vinculum*», Torino, 2003
- Falcone G., *Officium e vinculum giuridico: alle origini della definizione classica dell'obligatio* in *Ius Antiquum* 16.2, 2005, p. 67 ss.
- Falcone G., *Tagliacarte* in *Labeo* 43, p. 298 ss.
- Fargnoli I., *Il magistrato in prima linea. I 'iudicia imperio continentia'* in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese III*, 2015, Padova, p. 141 ss.
- Fargnoli I., «*Si eam rem in urbe Roma ... iudicari iussisset*». *Sulla 'legittimità' dei giudizi nella lex Irnitana* in *Iura* 50, 2012, p. 246 ss.
- Fascione L., *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983
- Fasolino F., *Interessi della collettività e dei vicini nell'operis novi nuntiatio* in *Labeo* 45, 1999, p. 45 ss.
- Fasolino F., *Studi sulle usurae*, Salerno, 2006
- Fedeli P., *Q. Orazio Flacco, Le Opere. Le Satire, le Epistole, l'Arte Poetica* II.2, Roma, 1994
- Fercia R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione del rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino, 2002
- Fercia R., *Il mistero delle 'formulae in dominum habitatoris'* in *Studi per Giovanni Nicosia III*, 2007, p. 317 ss.
- Fercia R., «*Litem suam facere*» da Adriano ai Severi in *Diritto@Storia* 10, 2012 <http://dirittoestoria.it/10/Tradizione-Romana/Fercia-Litem-suam-facere-Adriano-Severi.htm> (= in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese, III*, Padova, 2015, p. 917 ss. da cui si cita)
- Fercia R., «*Querela inofficiosi testamenti*» e «*iudicatum*» in *Res indicata* II, Napoli, 2015, rispettivamente p. 287 ss.

- Fernández F.–Del Amo y De la Hera M., *La 'Lex Irnitana' y su contexto arqueológico*, Siviglia, 1990
- Ferrary J.L.–Schiaivone A.–Stolfi E., *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, 2018, in particolare p. 397 ss.
- Ferrini C.–Zachariae Von Lingenthal, *Institutionum graeca Paraphrasis Teophilo antecessori*, Milano, 1884
- Fiori R., 'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della «recezione» dei iudicia bonae fidei in *BIDR* 101-102, 1998-1999, p. 165 ss.
- Fiori R., *La gerarchia come criterio di verità: 'boni' e 'mali' nel processo romano arcaico* in *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli, 2013, p. 169 ss.
- Fiori R., *Le formule dell'actio iniuriarum* in *Acta juridica e politica* 65, 2004, p. 147 ss.
- Földi A., *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti in Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, III, Napoli, 2001, p. 411 ss.
- Fraccaro P., *Studi sui Gracchi* in *Studi storici* 6, 1913, p. 123 ss.
- Franchini L., *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*. *Questioni di merito e di metodo*, Napoli, 2015
- Franchini L., *Osservazioni in merito alla recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'* in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. *In ricordo di Mario Talamanca*. II, Padova, 2011, p. 113 ss.
- Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su Nov. 13 e Nov. 80*, Milano, 1998, p. 52 ss.
- Frier B.W., *The rise of roman jurists*, Princeton, 1959
- Frosini V., s.v. *Equità (nozione)* in *Enciclopedia del diritto* 15, 1966, p. 69 ss.
- Fucecchi M., *Cicerone. Difesa di Cluenzio*, Milano, 2004
- Fuenteseca M., *El enigmático significado de litem suam facere* in *Iura* 63, 2015, p. 29 e ss.
- Gagliardi L., *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002
- Gagliardi L., *La figura del giudice privato 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*, Milano, 2007, p. 199 ss.
- Galeotti S., *Ricerche sulla nozione di damnum. I. Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli, 2015
- Gallo F., 'Ars boni et aequi' e 'ius naturale' in *SDHI* 75, 2009, p. 15 ss.
- Gallo F., *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino, 2014
- Gallo F., *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997

- Gallo F., *La definizione celsiana del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente* in TSDP 3, 2010, http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=125#_ftn1
- Gallo F., *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris* in BIDR 76, 1973, p. 171 ss.
- Gallo F., *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in SDHI, 62, 1996, pp. 1 ss.
- Galsterer H., *“La loi municipale des Romains: chimère ou réalité?”* in RHDFE 65-2, 1987, p. 181 ss.
- Garofalo L., *Livio e il diritto arcaico: una prospettiva particolare* in IURA 65, 2017, p. 171 ss.
- Gasquy A., *Cicéron jurisconsulte*, Parigi, 1887
- Gaudemet J., *Constitutions constantiniennes relatives à l'appel* in ZSS 98, 1981, p. 47 ss.
- Genovese M., *Gli interventi edittali di Verre in materia di decime sicule*, Milano, 1999
- Giménez-Candela T., *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1982
- Giménez-Candela T., *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990
- Giménez-Candela T., *Una revision de pap. Ant. 22 in Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d'Ors I*, Pamplona, 1987, p. 557 ss.
- Giodice Sabbatelli V., *Gli iura populi romani nelle Istituzioni di Gaio*, Bari, 1996, p. 22 ss.
- Gioffredi C., *Ius, Lex, Praetor. Forme storiche e valori dommatici* in SDHI 13-14, 1947-1948, p. 7 ss.
- Giuffrè V., *“Regulae” e metodi della “scientia iuris”* in *Divagazioni intorno al diritto romano*, Napoli, 2014, p. 388 ss.
- Giuffrè V., *«Necessitas probandi». Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli, 1984, pp. 135 ss.
- Giunti P., *Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione* in Iura 61, 2013, p. 47 ss.
- Giusto M., *Litem suam facere (a proposito di una recente monografia)* in SDHI 72, 2006, p. 389 ss.
- Giusto M., *Per una storia del 'litem suam facere* in SDHI 71, 2005, p. 459 ss.
- Gómez-Iglesias Casal Á., *La acción subsidiaria del fragmento argenteratense de Ulpiano* in *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero II*, Madrid, 1992, p. 269 ss.

- Gómez-Iglesias Casal Á., *Lex Irnitana cap. 91: lis iudici damni sit* in *SDHI* 72, 2006, p. 465 ss.
- González J., *El ius latii y la lex Irnitana* in *Athenaeum* 75, 1987, p. 317 ss.
- González J., *The 'Lex Irnitana': A New Copy of the Flavian Municipal Law* in *JRS* 76, 1986, p. 147 ss.
- Gordon W.M., *Roman Quasi-Delicts and Scots Law* in *BIDR* 100, 1997, p. 101 ss.
- Gordon W.M., *The Roman Class of Quasi-delicts* in *Temis* 21, 1967, p. 303 ss.
- Gorla F., *C. 3.1.12 e la celerità del processo civile come valore nella legislazione giustiniana* in *Valori e principii del diritto romano. Atti di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, Napoli, 2009, p. 129 ss.
- Gorla F., *La giustizia nell'impero romano d'Oriente: organizzazione giudiziaria* in *La giustizia nell'alto medioevo (secoli V-VIII). 7-13 aprile 1994 I*, Spoleto, 1995, p. 259 ss.
- Graves J.T., s.v. *Callistratus* in *Dictionary of greek and roman biography and mythology*, Londra, 1844, p. 579
- Grillo A. (a cura di), *Draconzio. I Carmina Profana (Romulea)*, Napoli, 2014
- Grosso G., *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1945
- Guarino A., «*Actiones in aequum conceptae*» in *Labeo* 8, 1962, p. 7 ss. da cui si cita (= in *Pagine di diritto romano* 7, Napoli, 1995, p. 24 ss.)
- Guarino A., «*Praesenti litem addicito*» in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 5, 1993, p. 81 ss.
- Guarino A., *Giavoleno e le definizioni* in *Pagine di diritto romano* V, Napoli, 1994, p. 155 ss.
- Guarino A., s.v. *Equità. Diritto romano*. in *Novissimo Digesto italiano* VI, Torino, 1960, p. 621 ss.
- Guizzi F., *La decisione giudiziaria* in *Il processo decisionale. Risultati del convegno. Napoli, 27 novembre 1999*, Napoli, 2000, p. 69 ss.
- Harries J., *Constructing the judge: judicial accountability and the culture of criticism in late antiquity* in *Constructing identities in late antiquity*, Londra-New York, 1999, p. 214 ss.
- Hassan R., *La poesia e il diritto in Orazio. Tra autore e pubblico*, Napoli, 2014
- Haubold C.G., *De Edictus Monitorius ac Brevibus*, Lipsia, 1804
- Heimbach K.G.E., *Basilicorum libri LX I*, Lipsia, 1833
- Heimbach K.G.E., *Basilicorum libri LX V*, Lipsia, 1850
- Hermansen G., *The medianum and the Roman Apartment* in *Phoenix* 24, 1970, p. 342 ss.
- Heumann H.G.–Seckel E., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, 1891

- Hochstein R., *Obligationes quasi ex delicto. Untersuchung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldensunabhängiger Deliktshaftung unter besonderer Berücksichtigung des 16. bis 18. Jahrhunderts*, Stoccarda-Berlino-Köln-Magonza, 1971
- Hoefflich M.H., *Regulation of Judicial Misconduct from Late Antiquity to the Early Middle Ages* in *Law and History Review* 2, 1984, p. 79 ss.
- Huang M., *La promessa unilaterale come fonte di obbligazione. Dai fondamenti romanistici al prossimo Codice Civile Cinese*, Napoli, 2018
- Hübner H., *Zur Haftung der «iudex qui litem suam fecit»* in *Iura* 5, 1954, p. 200 ss.
- Huschke P.E., *Iurisprudentiae Antejustinianae quae supersunt*, Lipsia, 1866
- Iannotta L., *La decisione giuridica I* in *Il processo decisionale. Risultati del convegno. Napoli, 27 novembre 1999*, Napoli, 2000, p. 97 ss.
- Jones A.H.M.-Martindale J.R.-Morris J., *The Prosopography of the Later Roman Empire I*, Cambridge, 1992
- Kaser M., *Divisio obligationum* in *Studies on Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, Londra, 1983, p. 73 ss.
- Kaser M., *Zur juristischen Terminologie der Römer* in *Studi in onore di B. Biondi I*, Milano, 1965, p. 95 ss.
- Kelly J.M., *Roman Litigation*, Oxford, 1966
- Kelly J.M., *Studies in the civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford, 1976
- Kolitsch W., *Praescriptio und exceptio ausserhalb des Formularverfahrens* in *ZSS* 76, 1959, p. 265 ss.
- Kremer D., *Originalité de la notion de «maleficium»* in *Carmina Iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Parigi, 2012, p. 419 ss.
- Kremer D., *Quand l'artifice devient droit. Le rôle de la fiction dans la classification romaine des obligations quasi-délictuelles et quasi contractuelles* in *Scritti per Alessandro Corbino IV*, Tricase, 2016, p. 123 ss.
- La Rosa F., *Iudex suspectus* in *Scritti per Alessandro Corbino IV*, Tricase, 2016, p. 157 ss.
- La Torre A., *Genesi e metamorfosi della responsabilità civile* in *Roma e America. Diritto romano e comune* 8, 1999, p. 61 ss. (= in *Cinquant'anni col diritto (saggi) I. Diritto civile*, Milano, 2008, p. 105 ss., da cui si cita)
- Lafferty S.D.W., *Law and society in the age of Theodoric The Great. A study of the Edictum Theodorici*, Cambridge, 2013
- Lamberti F., *Riflessioni in tema di "litem suam facere"* in *Labeo* 36, 1990, p. 218 ss.

- Lamberti F., *La maggiore età della 'lex Irnitana'. Un bilancio di diciotto anni di studi* in *Minima Epigraphica et Papirologica* 3, 2000, p. 249 ss.
- Lamberti F., *'Tabulae Irnitanae'. Municipalità e 'ius romanorum'*, Napoli, 1993, p. 362 ss.
- Lambertini R., *Cons. 8, il 'vetus iurisconsultus' e il giudice in causa propria (Aspetti della responsabilità del giudice nel tardoantico)* in *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C. Atti del convegno (Parma 18-19 giugno 2009)*, Parma, 2010, p. 183 ss.
- Lambertini R., *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit*, 2010, <http://www.studitaroantichi.org/einfo2/file/1290518727-Lambertini%202.pdf>
- Lambertini R., *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino, 2010
- Lantella L., *Dinamica semantica e modelli strutturali nella terminologia giuridica romana* in *Atti del convegno internazionale «Il latino del diritto» (Perugia 8-10 ottobre 1992)*, Perugia, 1994, p. 39 ss.
- Lanza C., *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di «diritto classico»* in *BIDR* 90, 1987, p. 467 ss.
- Lemosse M., *Cognitio: étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique*, Parigi, 1944
- Lenel O., *Das edictum perpetuum*³, Lipsia, 1927
- Lenel O., *Palingenesia iuris civilis* II, Lipsia, 1889
- Licandro O., *«Aegyptum imperio populi Romani adieci»*, Torino, 2008
- Licandro O., *Edictum Theoderici. Un misterioso caso librario del Cinquecento*, Roma, 2013
- Licandro O., *Domicilium. Il principio dell'inviolabilità dalle XII Tavole all'età tardo antica. Lezioni di esegesi*, Torino, 2009
- Lieberg G., *Considerazioni sull'etimologia e sul significato di religio* in *Rivista di filologia e istruzione classica* 102, 1974, p. 34 ss.
- Liebs D., *Gaius und Pomponius* in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1966, p. 61 ss.
- Litewski W., *Die römische Appellation in Zivilsachen I* in *RIDA* 12, 1965, p. 347 ss.
- Litewski W., *Die römische Appellation in Zivilsachen II* in *RIDA* 13, 1966, p. 231 ss.
- Liva S., *Appellationem recipere vel non. Il 'filtro' in appello* in *Teoria e Storia del Diritto Privato* 9, 2016, http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2016/contributi/2016_Contributi_Liva.pdf

- Liva S., *Ricerche sul iudex pedaneus. Organizzazione giudiziaria e processo*, in *SDHI* 73, 2007, p. 159 ss.
- Liva S., *Temere appellare. Rimedi e sanzioni contro le impugnazioni dilatorie*, Torino, 2017
- Lizzi Testa R., *Senatori, popolo, papi: il governo di Roma al tempo dei Valentiniani*, Bari, 2004
- Longo G., *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis* in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo IV*, Milano, 1983, p. 399 ss.
- Luchetti G., *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004
- Luraschi G., *Sulla “Lex Irmitana”* in *SDHI* 55, 1989, p. 349 ss.
- Mac Cormick D.N., «*Iudex qui litem suam fecit*» in *Acta Juridica. Essays in Honour of Ben Beinart II*, Cape Town, 1977, p. 149 ss.
- MacCormack G., *Culpa* in *SDHI* 38, 1972, p. 123 ss.
- MacCormack G., *The Liability of the Judge in the Republic and Principate* in *ANRW* II, 14, Berlino-New York, 1982, p. 16 ss.
- Malcovati E., *Oratorum Romanorum fragmenta liberae republicae*, Torino, 1955, p. 201 ss.
- Mantovani D., *Il «bonus praeses» secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del «de officio proconsulis» di Ulpiano* in *BIDR* 96-97, 1993-1994, p. 203 ss.
- Mantovani D., *La ‘diei diffissio’ nella ‘Lex Irmitana’. Contributo all’interpretazione e alla critica testuale del cap. LXXXXXI* in *Studi in onore di Mario Talamanca V*, Napoli, 2001, p. 213 ss.
- Mantovani D., *Le formule del processo privato romano*², Padova, 1999
- Marinone N. (a cura di), *I Saturnali di Macrobio Teodosio*, Torino, 1967
- Marongiu A., *Giovenale e il diritto* in *Letterature comparate: problemi e metodo. Studi in onore di E. Paratore II*, Bologna, 1981, p. 681 ss.
- Marrone M., *Contributi allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano in Mélanges en l’honneur de Carlo Augusto Cannata*, Basilea-Ginevra-Monaco, 1999, p. 53 ss.
- Marrone M., *Eccezione di dolo generale ed eventi sopravvenuti alla litis contestatio* in *AUPA* 50, 2005, p. 181 ss.
- Marrone M., *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006
- Marrone M., *L’efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano* in *AUPA* 24, 1955, p. 5 ss.
- Marrone M., *Note di diritto romano sul c.d. beneficium competentiae* in *AUPA* 36, 1976, p. 43 ss. da cui si cita (= in *Studi in onore di A. Arena III*, Padova, 1981, p. 1339 ss.)
- Martini R., *Gaio e le Res cottidianae* in *AUPA* 55, 2012, p. 171 ss.
- Martini R., *Il mito del consenso nella dottrina del contratto* in *Iura* 42, 1991, p. 97 ss.

- Martini R., *La legislazione giudiziaria di Augusto e la durata dei processi* in *Seminarios complutenses de derecho romano* 1, 1990, p. 93 ss.
- Martini R., *Le definizioni dei giuristi*, Milano, 1966
- Martini R., *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano, 1969
- Masi Doria C., *Variazioni in tema di 'regulae iuris'* in *Regulae iuris. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Napoli, 2016, p. 1 ss.
- Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna, 2010
- May J.M.–Wisse J., *Cicero. On the ideal orator*, New York-Oxford, 2001
- Melillo G., *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato* in *ANRW* II, 14, Berlino-New York, 1982, p. 450 ss.
- Melillo G., *Il latino giuridico quale tramite tra il II e il IV secolo e i suoi rapporti con l'età del primo principato* in *Labeo* 39, 1993, p. 169 ss. da cui si cita (= in *Atti del convegno internazionale «Il latino del diritto» (Perugia 8-10 ottobre 1992)*, Perugia, 1994, p. 241 ss.)
- Mellano L.D., *Sui rapporti tra governatore provinciale e giudici locali alla luce delle Verrine*, Milano, 2007
- Mentxaca R., *El senado municipal en la Bética hispana a la luz de la Lex Imitana*, Vitoria-Gasteiz, 1993
- Metro A., Traduzione di D. 30.50.1 in *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae* V.1 Milano, 2014, p. 221
- 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, p. 177 ss.
- Michels A.K., *The versatility of religio* in *The mediterranean world. Papers presented in honour of Gilbert Bagnani*, San Pietroburgo, 1976, p. 36 ss.
- Milazzo A., *'Iniuria iudicis': ingiustizia della sentenza e riflessi della cosa giudicata* in *Res iudicata* II, 2015, p. 67 ss.
- Minale V.M., *L'appello nell'ultima età dei Severi. Per uno studio sul de appellationibus di Emilio Macro*, Napoli, 2017
- Mitteis L.-Peters H., *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur* I, Weimar, 1929
- Mitteis L.-Peters H., *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis esse dicuntur* II, Weimar, 1931

- Modugno F. (a cura di), *Diritto pubblico*³, Torino, 2017
- Mollá Nebot S., *Iudex unus. Responsabilidad judicial e iniuria iudicis*, Madrid, 2010
- Mollá Nebot S., *Presupuestos para el estudio de la responsabilidad del «iudex unus»* in *Iustel* 13, 2009, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=408477
- Mommsen T., *Ueber die Lage des prätorischen Tribunals* in *Gesammelte Schriften* III, Berlino, 1907
- Mourgues J.L., *The so-called letter of Domitian at the end of the lex Irnitana* in *JRS* 77, 1987, p. 78 ss.
- Mozzillo A., *Contributi allo studio delle “stipulationes praetoriae”*, Napoli, 1960, p. 155 ss.
- Nasti F., *L'attività normativa di Alessandro Severo I. Politica di governo riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli, 2006
- Natali C. (trad., introd. e note), *Aristotele. Etica Nicomachea*, Bari, 1999
- Nocera G., *La responsabilità del giudice (riflessioni storico-giuridiche)* in *L'educazione giuridica* III – *La responsabilità del giudice*, Perugia, 1978, p. 75 ss.
- Nörr D., *Ethik von Jurisprudenz in Sachen Schatzfund* in *BIDR* 75, 1972, p. 1 ss.
- Nörr D., *L'esperienza giuridica di Gellio ('Noctes Atticae' XIV 2)* in *Filellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'Impero. Convegno internazionale, Roma 27-28 aprile 1995*, Roma, 1996, p. 33 ss.
- Orestano R., *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano*², Torino, 1953
- Padoa Schioppa A., *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio* I, Milano, 1967
- Palazzo G.A., *Obbligazioni quasi ex delicto*, Parma, 1919
- Palazzolo N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II sec. d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali*, Milano, 1974
- Palma A., *Il luogo delle regole*, Torino, 2016
- Palma A., *La decisione giuridica II* in *Il processo decisionale. Risultati del convegno. Napoli, 27 novembre 1999*, Napoli, 2000, p. 107 ss.
- Palma A., *Legge e giudice, norma e regola* in *BIDR* 109, 2015, p. 19 ss.
- Palma A., *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano* in *SDHI* 81, 2015, p. 45 ss.
- Pampaloni M., *Studi sopra il delitto di furto* II, Torino, 1900
- Paricio J., *Iurare sibi non liquere'* in *Atti III seminario romanistico gardesano, 22-25 Ottobre 1985*, Milano, 1988, p. 413 ss.
- Paricio J., *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, Milano, 1986

- Paricio J., *Genesis e natura dei «bonae fidei iudicia»* in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Atti del convegno in onore di A. Biscardi. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001* in *Rivista di diritto online* 1, 2001, p. 207 ss. <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/attipontignanoparicio.pdf>.
- Paricio J., *La denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico*, Barcellona, 1982, p. 203 ss.
- Paricio J., *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, Madrid, 1987
- Paricio J., *Notas sobre la sententia del arbiter ex compromisso. Sanción contra el árbitro que no dió sentencia* in *RIDA* 31, 1984, p. 283 ss.
- Paricio J., *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de lo jueces privados*, Madrid, 1987
- Pergami F., *Amministrazione della giustizia e interventi imperiali nel sistema processuale della tarda antichità*, Milano, 2007
- Pergami F., *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, p. 280 ss.
- Pergami F., *La legislazione di Valentiniano e Valente (364-375)*, Milano, 1973
- Pergami F., *La repressione dell'adulterio nella legislazione tardoimperiale* in *Index* 40, 2012, p. 493 ss. da cui si cita (= in *Idem, Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2014, p. 29 ss.)
- Pergami F., *La responsabilità dei giudici nella consultatio ante sententiam* in *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2010, p. 127 ss.
- Pergami F., *Organizzazione giudiziaria e responsabilità dei funzionari imperiali nell'esercizio dell'attività giurisdizionale* in *Atti dell'accademia Romanistica Costantiniana. XIX Convegno Internazionale. Organizzare, sorvegliare, punire. Il controllo dei corpi e delle menti nel diritto della tarda antichità*, Roma, 2013, p. 739 ss. da cui si cita (= in *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2014, p. 65 ss.)
- Petit A., *Il iudex qui litem suam fecerit nella Parafrasi di Teofilo in Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, 2006, p. 453 ss.
- Petrucci A.-Landi A., *"Iudex qui litem suam facit". La responsabilità del giudice dal diritto romano al diritto comune* in *Estudios sobre la responsabilidad jurídica del Juez, el Servidor Público y los Profesionistas*, Città del Messico, 2013, p. 85 ss.
- Pfaff I., *Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere*, Vienna, 1892
- Plescia J., *Judicial Accountability and Immunity in Roman Law* in *The American Journal of Legal History* 45, 2001, p. 51 ss.

- Pocetti P., *Latino e diritto: vicende di una specularità* in *Atti del convegno internazionale «Il latino del diritto»* (Perugia 8-10 ottobre 1992), Perugia, 1994, p. 3 ss.
- Polara G., *Letteratura latina tardoantica e altomedioevale*, Roma, 1987
- Pringsheim F., «*Bonum et aequum*» in ZSS 52, 1932, p. 105 ss. (= in *Gesammelte Abhandlungen* I, Heidelberg, 1961, p. 190 ss.)
- Provera G., *Lezioni sul processo civile giustiniano I-II*, Torino, 1989
- Pugliese G., *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano* in *Conferenze romanistiche*, Milano, 1960, p. 225 ss. da cui si cita (= in *Scritti giuridici scelti* II. *Diritto romano*, Napoli, 1985, p. 3 ss.)
- Pugliese G., *Il processo civile romano I. Le legis actiones. Corso di diritto romano Anno accademico 1961-1962*, Roma, 1963
- Pugliese G., *Il processo civile romano II. Il processo formulare*, Milano, 1963
- Pugliese G., *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991
- Pugliese G., *L'orazione per Aulo Cluenzio Abito*, Milano, 1972
- Pugliese G., *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano* in *Studi in onore di E. Betti*, Milano, 1962, p. 727 ss. da cui si cita (= in *Scritti giuridici scelti* II, *Diritto Romano*, Napoli, 1985, p. 29 ss.)
- Pugliese G., *Principi teorici e realtà pratica nei processi romani* in TDR 35, 1982, p. 291 ss.
- Pugsley D., *Litem suam facere* in *The Irish Jurist* 4, 1969, p. 351 ss.
- Puliatti S., *Alla ricerca della verità. La discrezionalità del giudice tra retorica e diritto*, Bari, 2011
- 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 Modena, 21-22 Maggio 1998)*, Milano, 2000, p. 43 ss.
- Quadrato R., *D. 1.2.1: Gaio fra storia e retorica* in LR 4, 2015, p. 227 ss.
- Quadrato R., *Favor rei ed aequitas. La regola di D. 50.17.125* in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle concezioni moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo* II, Napoli, 1997, p. 171 ss. da cui si cita (= in *Idem, Gaius dixit: la voce di un giurista di frontiera*, Bari, 2010, p. 179 ss.)
- Quadrato R., *Retorica e giurisprudenza da Quintiliano a Gaio* in *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio Trani, 22-23 maggio 2009*, Bari, 2011, p. 141 ss.
- Raggi L., *La restitutio in integrum nella "cognitio extra ordinem". Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano, 1965

- Raggi L., *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano I*, Milano, 1961, p. 80 ss.
- Rampazzo N., *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli, 2012, pp. 141 ss.
- Riccobono S., *La definizione del ius al tempo di Adriano* in *AUPA* 20, 1949, p. 5 ss.
- Riccobono S., *La fusione del ius civile e del ius praetorium* in *Festschrift für E. Zitelmann*, Monaco-Lipsia, 1913, p. 503 ss.
- Richardson J.S., *The Tabula Contrebiensis: Roman Law in Spain in the Early First Century B.C.* in *JRS* 73, 1983, p. 33 ss.
- Roberts C.H., *The Antinoopolis Papyri I*, Londra, 1950
- Robinson O.F., *Justinian and the Compilers' View of the iudex qui litem suam fecerit* in *Status familiae. Festschrift für A. Wacke zum 65. Geburtstag am 28. April 2001*, Monaco, 2001, p. 389 ss.
- Robinson O.F., *Justinian's institutional classification and the class of quasi-delict*, in *JHL* 19, 1998, p. 245 ss.
- Robinson O.F., *The "iudex qui litem suam fecerit" explained* in *ZSS* 116, 1999, p. 195 ss.
- Romano M.T., *La rilevanza invalidante del dolo sul consenso romano (can. 1098 C.I.C.): dottrina e giurisprudenza*, Roma, 2000
- Rosivach V.J., *The "Lex Fannia sumptuaria" of 161 BC* in *The Classical Journal* 102, 2006, p. 1 ss.
- Rossaro S., *Genealogia del giuramento* in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I*, 2013, p. 431 ss.
- Rossetti G., *'Poena' e 'rei persecutio' nell'actio ex lege Aquilia*, Napoli, 2015
- Rossi D., *In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D. 9.3.5.12* in *Index* 27, 1999, p. 409 ss.
- Rotondi G., *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911
- Rudorff A.F., *De iurisdictione edictum. Edicti perpetui qua reliqua sunt*, Lipsia, 1869
- Ruggiero I., *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano, 2017
- Salomone A., *L'iniuria iudicis' tra assistenza nella lite, assunzione del giudizio e appello di terzo* in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese III*, Padova, 2015, p. 825 ss.
- Salomone A., *Indicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007
- Santalucia B., *«Regulae iuris»* in *Labeo* 20, 1974, p. 259 ss.

- Santoro R., *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche* in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di Diritto romano, Siena 14-15 aprile 1989*, Napoli, 1991, p. 109 ss.
- Santoro R., *Potere e azione nell'antico diritto romano* in *AUPA* 30, 1967, p. 104 ss.
- Sargenti M., *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano* in *Iura* 39, 1989, p. 24 ss. da cui si cita (= in *Scritti di M. Sargenti: (1947-2006)*, Napoli-Roma, 2011, p. 1212 ss.)
- Scevola R., *L'applicazione del diritto nei processi privati: modello romano e realtà locali in età imperiale. Il caso del 'litem suam facere'* in *Pluralidad e integración en el mundo romano*, Pamplona, 2010, p. 357 ss.
- Scevola R., *La 'collusio' nella prospettiva della giurisprudenza classica: origini storiche, aspetti concettuali e profili rimediali* in *Res iudicata* II, Napoli, 2015, p. 174 ss.
- Scevola R., *In margine al litem suam facere in età postclassica e giustiniana* in *SDHI* 79, 2013, p. 423 ss.
- Scevola R., *La responsabilità del index privatus*, Milano, 2004
- Scheltema H.J.–Van Der Wal N., *Basilicorum libri LX A I*, Groningen, 1955
- Scheltema H.J.–Holwerda D.–Van Der Wal N., *Basilicorum libri LX A II*, Groningen, 1956
- Scheltema H.J.–Van Der Wal N., *Basilicorum libri LX A VI*, Groningen, 1969
- Scheltema H.J.–Van Der Wal N., *Basilicorum libri LX A VII*, Groningen, 1974
- Scheltema H.J.–Holwerda D.–Van Der Wal N., *Basilicorum libri LX B IX*, Groningen, 1985
- Schiavone A., *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi* in *SDHI* 79, 2003, p. 3 ss.
- Schiavone A., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente²*, Torino, 2017
- Schiavone A., *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971
- Schipani S., *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani* in *Scintilla juris. Studi in memoria di Gino Gorla* II, Milano, 1994, p. 1103 ss.
- Schipani S., *Pluralità di prospettive e ruolo della culpa come criterio elaborato dalla scienza del diritto nell'interpretazione della lex Aquilia* in *Studia Iuridica* 12, 1985, p. 251 ss. da cui si

- cita (= in Idem, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2009, p. 29 ss.)
- Schipani S., *Responsabilità «ex lege Aquilia». Criteri di imputazione e problema della «culpa»*, Torino, 1969, p. 1 ss.
 - Schöll R., *Legis duodecim tabularum reliquiae*, Lipsia, 1866
 - Schulz F., *Storia della giurisprudenza romana* (trad. it. G. Nocera), Firenze, 1968
 - Scialoja V., *In difesa dei termini giuridici fuori d'uso* in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante II*, Roma, 1931, p. 229 ss.
 - Seidl E., *Juristische Papyrskunde* in *SDHI* 18, p. 324 ss.
 - Serrao F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 2002
 - Serrao F., *La responsabilità per fatto altrui in diritto romano* in *BIDR* 66, 1963, p. 19 ss.
 - Settis S., «*Esedra*» e «*ninfeo*» nella terminologia architettonica del mondo romano. *Dall'età repubblicana alla tarda antichità* in *ANRW I*, 4, Berlino-New York, 1973, p. 661 ss.
 - Simon D., *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozeß*, Monaco, 1960
 - Simshäuser W., *La jurisdiction municipale à la lumière de la lex Irnitana* in *RHD* 67, 1989, p. 629 ss.
 - Sitzia F., *Consultatio ante sententiam e Nov. 125* in *Studi in onore di Antonino Metro VI*, Milano, 2010, p. 1 ss.
 - Sitzia F., *Giudici e legislatori: il divieto stabilito da Nov. 125 nella storia del diritto bizantino* in *Tradizione romanistica e costituzione II*, Napoli, 2006, p. 1403 ss.
 - Sitzia F., *Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustiniano e bizantino* in *AUPA* 57, 2014, p. 239 ss.
 - Sixto M., *La llamada in integrum restitutio ob absentia* in *Studi in onore di Antonino Metro VI*, 2010, p. 26 ss.
 - Spina A., *I volti della fides e la tutela impuberum. Dal tutor suspectus al falsus tutor*, Roma, 2018
 - Stein P., *The nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law*, in *RIDA* 5, 1958, p. 567 ss., da cui si cita (= *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»*, in *Jus* 9, 1958, p. 369 ss.)
 - Stojcevic D., *Index qui litem suam fecit* in *RHD* 26, 1958, p. 308 ss.
 - Stojcevic D., *Sur le caractère des quasi-délits en droit romain* in *Iura* 8, 1957, p. 57 ss.
 - Stolfi E., *Dal ius controversum alle antinomie* in *LR* 6, 2017, p. 377 ss.
 - Stolfi E., *I casi e la regula: una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza. Convegno Aristec Roma 22-23 febbraio 2013*, Napoli, 2014, p. 1 ss.

- Stolfi E., *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio* in *SDHI* 63, 1997, p. 5 ss.
- Stolfi E., *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le «sententiae prudentium» nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano* in *Rivista di diritto romano* 1, 2001, <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano0102stolfi.pdf>, p. 40 ss.
- Stolfi E., *Studi sui libri ad edictum di Pomponio I*, Napoli, 2001
- Tafaro S., *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980
- Talamanca M., *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001
- Talamanca M., *Il riordinamento augusteo del processo privato romano*, Napoli, 1990 p. 230 ss.
- Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990
- Talamanca M., *Pubblicazioni pervenute alla direzione* in *BIDR* 94-95, 1991-92, p. 543 ss.
- Talamanca M., *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano, 1958
- Terzaghi N., *Lucilio*, Roma, 1934
- Tomulescu C.St., *problèmes de droit romain* in *IURA* 24, 1973, p. 69 ss.
- Tondo S., *Classificazione delle fonti d'obbligazione* in *Labeo* 41, 1995, p. 371 ss.
- Torrent A., *Los Duoviri en la lex Irnitana. III. El cursus honorum. Desde la lex Irnitana al Bajo Imperio* in *IURA* 65, 2017, p. 199 ss.
- Triggiano A., *Prove decisorie e poteri dell'organo giudicante* in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese III*, Padova, 2015, p. 741 ss.
- Tuzov D., *'Contra ius pronuntiar'. Sull'invalidità della sentenza contraria a diritto nella riflessione giurisprudenziale tardoclassica* in *Zeszyty Prawnicze* 16.1, 2016, p. 219 ss.
- Tuzov D., *Contra ius sententiam dare. Profili dell'invalidità della sentenza contraria a diritto nella riflessione giurisprudenziale tardoclassica* in *'Res iudicata'* II, Napoli, 2015, p. 251 ss.
- Usteri P., *Die privatrechliche Verantwortlichkeit des römischen Richters gegenüber den Parteien (Judex qui litem suam facit)*, Zurigo, 1877
- Valditara G., *Dalla Lex Aquilia all'art. 2043 del codice civile* in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano Copanello 3-7 giugno 2000*, Napoli-Roma, 2004, p. 173 ss.
- Valiño E., *Actiones utiles*, Pamplona, 1974
- Venturini C., *El juez en Roma: funciones y responsabilidad* in *El juez en Roma: funciones y responsabilidad*, Madrid, 2010, p. 11 ss.

- Venturini C., *La responsabilità del giudice nell'età classica, tra negligenza e corruzione* in *Index* 41, 2013, p. 455 ss.
- Venturini C., *Leges sumptuariae* in *Index* 32, 2004, p. 360 ss.
- Veronese B., *I rapporti tra il giudice e le parti* in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese III*, Padova, 2015, p. 679 ss.
- Vincenti U., *Ante sententiam appellari potest*, Padova, 1986
- Vincenti U., *'Duo genera sunt testium'. Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova, 1989
- Vincenti U., *Per uno studio sugli appelli ante sententiam* in *BIDR* 86/87, 1984, p. 65 ss.
- Vitrano F.M., *Note intorno alle azioni «in factum» di danno e di furto contro il «nauta» il «caupo» e lo «stabularius»*, Palermo, 1909
- Voci P., *Azioni penali e azioni miste* in *SDHI* 64, 1998, p. 1 ss.
- Voci P., *'Diligentia', 'custodia', 'culpa': i dati fondamentali* in *SDHI* 56, 1990, p. 29 ss.
- Von Lübton U., *Zum römischen Injurienrecht* in *Labeo* 15, 1969, p. 131 ss.
- Wieacker F., *Römische Rechtsgeschichte*, Monaco, 1988
- Wieacker F., *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960
- Wittmann R., *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, Monaco, 1972
- Wolf J.G., *«Intertium» und kein Ende* in *BIDR* 100, 1997, p. 1 ss.
- Wolf J.G., *Iurisdictio Irnitana* in *SDHI* 66, 2000, p. 29 ss.
- Wolodkiewicz W., *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico* in *RISG*³ 14, 1970, p. 194 ss.
- 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, p. 1277 ss.
- Wubbe F., *Gaius et les contrats réels* in *TR* 35, 1967, p. 500 ss.
- Zablocki J., *Appunti sull'«officium iudicis» nelle «Noctes Atticae»* in *Au-Delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz II*, Varsavia, 2000, p. 1115 ss.
- Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Torino, 1992
- Zanon G., *'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti'. Consultazione di un vecchio giureconsulto*, Napoli, 2006
- Zanon G., *«De intertium dando»* in *SDHI* 58, 1992, p. 309 ss.

- Zanon G., *Indicazioni del metodo giuridico della 'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti'*, Napoli, 2009
- Zhang L., *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazione di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007
- Zhang L., *Studies on actio in factum civilis in Aus der Werkstatt römischer Juristen. Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka*, Berlino, 2016, p. 487 ss.
- Ziegler K.-H., *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, Monaco, 1971
- Zilletti U., *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965
- Zimmermann R., *Effusum vel deiectum in Festschrift H. Lange*, Stoccarda-Berlino-Köln, 1992, p. 301 ss.
- Zoz M.G., *A proposito dei rapporti tra giurisprudenza classica e legislazione imperiale in φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi IV*, Napoli, 2007, p. 2877 ss.

INDICE DELLE FONTI

FONTI NON GIURIDICHE

		<i>De legibus</i>	
ANONIMUS		1.53	11
		<i>De finibus</i>	
<i>Ethicae Nicomacheae Paraphrasis</i>		2.12.36	64 ²²⁰
249.12-14	57 ¹⁸⁹		
		<i>De officiis</i>	
ARISTOTELES		1.37	82 ²⁸⁹
<i>Ἠθικὰ Νικομάχεια</i>		1.42-60	36 ¹⁰²
5.12.1136b.32-1137a.1	55	2.12.36-37	63 ²²⁰
5.14.1137a.32-1137b.1	56 ¹⁸⁸	3.10.43-44	54 ¹⁷⁷
5.14.1137b.1	57 ¹⁹²	3.15.61	59 ²⁰²
5.14.1137b.6	56-57	3.17.70	59 ²⁰³
		3.77	96 ³³³
		<i>De oratore</i>	
CICERO		1.8.31	53 ¹⁶⁷
<i>Academia</i>		2.75.305	8; 14; 16; 17; 29; 98
2.47.146	63 ²²⁰		
<i>Ad Atticum</i>		<i>Pro Balbo</i>	
5.21.13	14	28.65	35; 36 ⁹⁹
<i>Brutus</i>		<i>Pro Caecina</i>	
142	59 ²⁰⁰	4	53 ¹⁶⁸
164	66	50	14
165-166	22 ⁵⁶		
167	22 ⁵⁶	<i>Pro Caelio</i>	
<i>De inventione</i>		31.74	35; 35 ⁹⁸
2.108	35; 35 ⁹⁷		

<i>Pro Murena</i>				
12.27	80 ²⁷⁹	FESTUS		
<i>Pro Roscio Amerino</i>			<i>De verborum significatione</i>	
130-131	42	s.v. <i>reus</i>		83 ²⁸⁹
<i>Pro Roscio Comoedo</i>		GELLIUS		
42	53 ¹⁶⁹		<i>Noctes Atticae</i>	
<i>In Verrem II</i>			2.4.5	60 ²¹¹
2.32	20 ⁴⁵		10.1.1-5	94-95
2.33	19		10.1.5	98
2.57	18		12.13	41 ¹²⁰
			14.2	1 ⁴ ; 64 ²²⁰ ; 79;
<i>Pro Caelio</i>				84; 95; 98
2	15 ³³		14.2.1	80 ²⁸⁰ ; 84; 96 ³²⁸
			14.2.1-2	41
<i>Pro Cluentio</i>			14.2.8	96 ³²⁹
13.39	13		14.2.10-11	84
39.108	13		14.2.14-16	96 ³³⁰
			14.2.17	96 ³³¹
<i>Pro Flacco</i>			14.2.22-23	96
50	13-14		14.2.25	54 ¹⁷⁹
			14.2.26	97 ³³³
<i>Pro Murena</i>			16.4.4	83 ²⁹⁰
			20.1	84 ²⁹⁴
<i>Pro Roscio Comoedo</i>			20.1.7-8	3 ¹³
54	11		20.1.8	54 ¹⁷⁷
DRACONTIUS			HORATIUS	
<i>Romulea</i>			<i>Sermones</i>	
8.31-43	141; 173		1.9.35-42	12; 14 ²⁹

2.3.103	11; 11 ²³		
		<i>In Ethicam nicomacheam commentarium</i>	
IUVENALIS			
		65.16	57 ¹⁸⁹
<i>Saturae</i>			
16.36.50	92; 133 ⁴⁶⁰	OVIDIUS	
16.59	93 ³²¹		
		<i>Heroides</i>	
LIVIUS		7.160	86 ³⁰⁰
<i>Ab urbe condita</i>			
2.24.3	22 ⁵⁰	PLATO	
3.72	18	<i>Νόμοι</i>	
		875c	57 ¹⁸⁹
MACROBIUS			
		<i>Πολιτικός</i>	
<i>Saturnalia</i>		294a	57 ¹⁸⁹
3.15.7-8	23 ⁵⁹		
3.16.1-9	23 ⁵⁹	PLAUTUS	
3.16.9	23 ⁵⁹		
3.16.10	23 ⁵⁹	<i>Asinaria</i>	
3.16.14	22 ⁵⁵ ; 23 ⁶⁰	823-826	10
3.16.15	138		
3.16.15-16	21	<i>Heautontimorumenos</i>	
3.16.16	24	652	58; 58 ¹⁹⁹
6.9.9	139 ⁴⁸³		
		<i>Menaechmi</i>	
MARTIALIS		580	58; 58 ¹⁹⁸
<i>Epigrammaton libri</i>		<i>Mostellaria</i>	
7.65	91; 133 ⁴⁶⁰	1142-1145	10
MICHAEL EPHESINUM		<i>Rudens</i>	

10-12	9	<i>De lingua latina</i>	
		5.15.83	58; 58 ¹⁹⁶
<i>Trinummus</i>			
314	86 ³⁰⁰	FONTI GIURIDICHE	
RHETORICA AD HERENNIUM			
		I. <u>Fonti pregiustinianee</u>	
2.32	38 ¹⁰⁷		
3.2.3	118 ³⁹⁸	BREVIARIUM ALARICIANUM	
		1.2.5	166
SENECA		2.1.6	137
		2.2.1	135
<i>Consolatio ad Polybium</i>		2.6.2	130
12.2	8; 16; 17	11.6.1	128 ⁴³⁶ ; 128 ⁴³⁸ ; 133
		11.11.5	128 ⁴³⁶ ; 128 ⁴³⁸
SVETONIUS		16.1.5	128 ⁴³⁶
<i>De vita duodecim Caesarum libri VIII</i>			
8.DIVUS VESPASIANUS.10	93; 133 ⁴⁶⁰	CODIX THEODOSIANUM	
		1.2.7	166
		1.5.9	132 ⁴⁵⁷
SYMMACHUS		1.15.1	132 ⁴⁶⁰
		1.15.16	129 ⁴⁴⁴
<i>Relationes</i>		1.16.3	132; 133
16	127 ⁴³³ ; 140	1.16.4	132 ⁴⁶⁰
33	140	1.16.7	129 ⁴⁴⁸
39.4-5	130 ⁴⁵¹	2.1.6	137; 138; 139
VALERIUS MAXIMUS		2.2.1	135; 136
		2.6.1	131 ⁴⁵²
<i>Factorum et dictorum memorabilium</i>		2.6.2	130; 131; 132; 137; 165 ⁵⁷⁴
8.2.2	53 ¹⁷⁰	2.10.5	136 ⁴⁷¹
VARRO		2.13.1	132 ⁴⁶⁰
		2.13.2	132 ⁴⁶⁰

6.4.16	141 ⁴⁹²	15.8.2	111 ³⁷⁶
6.30.17	128 ⁴³⁹	16.5.24	128 ⁴³⁸
8.10.1	130 ⁴⁴⁸	16.5.46	128 ⁴³⁸
9.27.4	132	16.6.6.pr.	111 ³⁷⁶
9.27.5	132 ⁴⁵⁷ ; 134; 140;		
	142	CONSTITUTIONES SIRMUNDIANAE	
9.40.1	125 ⁴²⁶	12	128 ⁴³⁸
9.45.5	128 ⁴³⁹	14	128 ⁴³⁸
11.16.8	132 ⁴⁶¹		
11.16.11	128 ⁴³⁸ ; 133; 133 ⁴⁶¹	CONSULTATIO VETERIS CUIUSDAM	
11.30.2	125 ⁴²⁶ ; 126 ⁴²⁹	IURISCONSULTI	
11.30.25	129 ⁴⁴³	8.1	136; 137
11.30.44	133 ⁴⁶²	8.8	136
11.30.58.1	129 ⁴⁴³		
11.30.59	128 ⁴³⁸ ; 129 ⁴⁴³	EDICTUM THEODORICI REGIS	
11.31.2	131 ⁴⁵²	30	128 ⁴³⁶
11.32.1	130 ⁴⁵¹ ; 131	69	128 ⁴³⁶
11.36.1	125 ⁴²⁶ ; 126 ⁴²⁹	114	128 ⁴³⁶ ; 128 ⁴³⁸ ; 128 ⁴⁴⁶
11.36.2	124; 126 ⁴²⁸ ; 127;		
	128; 128 ⁴³⁴ ; 133;	FRAGMENTA ARGENTORATENSIS	
	140; 142	<i>Ib versum</i>	60 ²¹⁰ ; 104; 104 ³⁵⁵
11.36.3	126 ⁴²⁸		
11.36.5	127 ⁴³²	FRAGMENTA AUGUSTODUNENSIA	
11.36.10	128 ⁴³⁸	4.99	77 ²⁶⁷
11.36.15	127 ⁴³³	4.100	77 ²⁶⁸
11.36.16	125; 126; 127;		
	127 ⁴³³ ; 128; 133;	FRAGMENTA VATICANA	
	134; 140; 142;	8	65 ²²³
	173	10	65 ²²³
11.36.25	127 ⁴³²		
11.36.26	128 ⁴³⁸	GAIUS	
11.36.30	127 ⁴³²		
15.2.1	111 ³⁷⁶	<i>Institutiones</i>	

1.128	36 ¹⁰⁴		
2.181	36 ¹⁰⁴	LEX ROMANA BURGONDIONUM	
3.88-89	33	42	135 ⁴⁶⁸
3.91	34 ⁹²		
3.124	108 ³⁶⁸	MOSAICARUM ET ROMANARUM LEGUM	
3.141	34 ⁹²	COLLATIO	
3.142	34 ⁹²	2.5.1	117 ³⁹¹
3.146	34 ⁹²	12.7.8	45 ¹³⁶
3.182	35		
3.211	38; 43 ¹²⁶	NOVELLA MARCIANI	
3.219	47 ¹⁴³	1.pr.	140; 140 ⁴⁸⁸
4.10	52; 59 ²⁰⁵	1.2	132 ⁴⁶⁰
4.34-35	64 ²²⁰		
4.52	2 ⁶ ; 26; 29; 60 ²⁰⁹ ; 62; 65 ²²⁴ ; 94; 160; 160 ⁵⁶¹	NOVELLA VALENTINIANI	
		6.1	128; 128 ⁴³⁹
4.62	52 ¹⁶³	PAULI SENTENTIAE	
4.75	36 ¹⁰⁴ ; 37; 100; 100 ³⁴⁰	2.14.5	54 ¹⁷⁶
		5.25.4	119; 119 ⁴⁰² ; 134 ⁴⁶⁴ ; 164 ⁵⁷⁰ ; 165
4.77-78	37 ¹⁰⁵		
4.103-104	77 ²⁶⁷	5.26.4	54 ¹⁷⁶
4.105	77 ²⁶⁸	5.5a.10	53 ¹⁶⁵
4.109	77 ²⁶⁹		
4.112	36 ¹⁰⁴	II. <i>Fonti giustinianee</i>	
INTERPRETATIO VISIGOTHORUM		<i>Codex</i>	
<i>Brev. Alar.</i> 2.1.6	137 ⁴⁷⁶ ; 138 ⁴⁸⁰	1.3.50	163 ⁵⁶⁴
P.S. 5.25.4	119 ⁴⁰²	1.5.2	128 ⁴³⁸
		1.26.3	132 ⁴⁵⁷
LEX DUODECIM TABULARUM (ed. <i>FIRA I</i>)		1.39.1	141 ⁴⁹²
1.8	9	1.40.2	132 ⁴⁶⁰
2.2	70 ²⁴⁶ ; 83	2.3.29	114 ^{383; 385} ; 142 ⁴⁹³ ; 158;
9.3	61		161; 163; 165;

	173; 175; 177	9.44.3	159
2.6.6.pr.	136 ⁴⁷¹	9.47.16	125 ⁴²⁶
2.13.2	132 ⁴⁶⁰	10.48.8	133 ⁴⁶¹
2.46.3	131 ⁴⁵²	10.48.8.3	128 ⁴³⁸ ; 133 ⁴⁶¹
2.55.3	111 ^{376; 377} ; 113; 114;	11.41.6.1	111 ³⁷⁶
	115	11.43.1.pr.	111 ³⁷⁶
2.57.1	120 ⁴⁰⁶	12.57.9.pr.	128 ⁴³⁸
3.1.12	159	12.59.10.2	128 ⁴³⁹
3.1.13	160 ⁵⁵⁸	12.61.1	130 ⁴⁴⁸
3.1.13.6	159; 160 ⁵⁵⁸ ; 162;		
	171	<i>Digesta</i>	
3.1.13.8	160 ⁵⁵⁸		
3.1.15	161; 162; 171	<i>Const. Tanta</i>	
3.5.10	135 ⁴⁶⁸	11	128 ⁴³⁷
4.20.19	158 ⁵⁵⁵ ; 161; 162;		
	165; 171	<i>(Dig.)</i>	
4.30.13	53 ¹⁷²	1.1.1	57
4.48.1	122 ⁴¹⁶	1.1.1.pr.-1	57
4.64.1	122 ⁴¹⁶	1.2.2.49	2 ⁸
5.63.1	53 ¹⁷¹	1.3.29	107; 107 ³⁶³
7.48.1	27; 27 ⁷⁶	1.3.30	106
7.49.2	131 ⁴⁵⁴	1.18.19	2 ⁷ ; 54 ¹⁷⁶
7.62.12	125 ⁴²⁶ ; 126 ⁴²⁹	1.18.19.1	96 ³³¹
7.62.21	130 ⁴⁴³	2.2.2	41 ¹²²
7.62.30	130 ⁴⁴³	2.7.5	50 ¹⁵⁸
7.64.2.pr.	121 ⁴¹¹ ; 122 ⁴¹⁵	2.7.5.4	50 ¹⁵⁸
7.64.5	123 ⁴¹⁹	2.11.2.3	83 ²⁸⁹
7.65.6	128 ⁴³⁸	2.11.2.8	118 ³⁹⁶
8.44.8	122 ⁴¹⁶	2.13.3	42 ¹²³
8.44.15	122 ⁴¹⁶	2.14.7.2	45 ¹³⁶
9.2.6	123 ⁴¹⁹	3.3.46.4	28
9.27.2	132	3.5.3	52 ¹⁶³
9.27.3	132 ⁴⁵⁷ ; 134	3.6.5.1	46 ¹³⁸

3.91	34 ⁹²	5.1.16	26 ⁷² ; 50; 50 ¹⁵⁸ ;
4.2.14.13	45 ¹³⁶		103-104; 112; 152;
4.3.1.6	91		153; 176
4.3.7.7	45 ¹³⁶	5.1.17	136 ⁴⁶⁹
4.3.11.1	45 ¹³⁶	5.1.18.pr.	49 ¹⁴⁸ ; 136 ⁴⁷⁰
4.3.17	118 ⁴⁰¹	5.1.40	114
4.3.18	118 ⁴⁰¹	5.1.40.pr.	115
4.3.18.4	89; 90; 93	5.1.40.1	115
4.4.7.8	73 ²⁵⁹ ; 111 ^{376; 377}	5.1.57	101
4.4.34.1	72 ²⁵⁷	5.1.74	29; 64 ²²⁰
4.4.47	111 ³⁷⁶	5.1.79.1	98 ³³⁷
4.6.26.4	88 ³⁰⁸ ; 89; 90;	5.2.8.16	121 ⁴¹²
	111 ^{376; 377}	5.2.17.pr.	62 ²¹⁷
4.8.3.1	111 ^{376; 377; 378}	5.2.29.pr.	121 ⁴¹²
4.8.9.3	111 ³⁷⁶ ; 114 ³⁸⁴	7.6.2	53 ¹⁶⁵
4.8.32.14	114; 114 ³⁸⁶	9.2.7.3	45 ¹³⁶
4.9.1.pr.	49 ¹⁵²	9.2.7.6	45 ¹³⁶
4.9.1.6	49 ¹⁵²	9.2.9.pr.	45 ¹³⁶
4.9.3.1	48 ¹⁴⁴ ; 49 ¹⁵² ; 154 ⁵³¹ ;	9.2.9.2	45 ¹³⁶
	155 ⁵³⁶	9.2.9.3	45 ¹³⁶
4.9.6.2	47	9.2.11.5	45 ¹³⁶
4.9.7.4	156; 157 ⁵⁴⁹	9.2.27.10	45 ¹³⁶
4.9.7.6	154 ⁵³²	9.2.27.21	45 ¹³⁶
5.1.15	49; 99; 101;	9.2.29	46 ¹³⁷
	153	9.2.33	48
5.1.15.pr.	103; 152	9.2.41.pr.	45 ¹³⁶
5.1.15.1	7; 49; 51;	9.2.57	46 ¹³⁷
	108; 108 ³⁶⁸ ; 109;	9.3.1	147 ⁵⁰⁸
	112; 114; 114 ³⁸⁴ ;	9.3.1.pr.	49 ¹⁵²
	115; 118; 128 ⁴³⁴ ;	9.3.1.3	151 ⁵²⁴
	131; 133; 138;	9.3.1.4	148; 149 ⁵¹⁵
	139; 153; 157 ⁵⁴⁹ ;	9.3.1.6	49 ¹⁵²
	160 ⁵⁵⁸ ; 176	9.3.1.7	150 ⁵²⁵

9.3.5.4	45 ¹³⁶ ; 147 ⁵⁰⁵	18.1.35.5	34 ⁹²
9.3.5.5	118 ³⁹⁶	18.5.6	45 ¹³⁶
9.3.5.6	48 ¹⁴⁵ ; 49 ¹⁵²	19.4.11	46 ¹⁴⁰
9.3.5.6-7	148	19.5.1.1	45 ¹³⁶
9.3.5.6-12	147 ⁵⁰⁸	19.5.11	46; 48
9.3.5.7	147 ⁵⁰⁸	19.5.5.2	45 ¹³⁶
9.3.5.8	150 ⁵¹⁷	19.5.13.1	45 ¹³⁶
9.3.5.9	49 ¹⁵²	19.5.14.2	45 ¹³⁶
9.3.5.11	49 ¹⁵²	19.5.14.3	45 ¹³⁶
9.3.5.12	151 ⁵²⁴	19.5.16.1	46 ¹³⁶
9.3.6	147 ⁵⁰⁸	20.1.3.1	116 ³⁹⁰
9.3.6.2	148; 151; 157 ⁵⁴⁹	20.5.2	115 ³⁸⁸
9.4.1	37; 37 ¹⁰⁵ ; 38;	20.5.12.1	116 ³⁸⁹
	102	20.6.13	116 ³⁸⁹ ; 117 ³⁹²
9.4.20	37 ¹⁰⁵	21.1.65.1	83 ²⁸⁹
9.4.32	100; 102	21.2.5	116 ³⁹⁰
9.4.33	102 ³⁴⁷	21.2.51.pr.	28 ⁷⁹ ; 41 ¹²² ; 65;
10.3.18	27; 27 ⁷⁶ ; 29		111 ³⁷⁶ ; 112; 114
10.4.3.14	45 ¹³⁶	22.5.3.pr.	111 ³⁷⁵
10.4.9.4	45 ¹³⁶	22.5.13	53 ¹⁶⁵
11.7.9	46 ¹³⁹ ; 46 ¹⁴⁰	22.5.21.3	111 ³⁷⁵
11.7.14.6	118 ³⁹⁶	24.3.17.2	65; 66
12.2.1	54 ¹⁷⁶ ; 54 ¹⁷⁸	26.5.26	73 ²⁶⁰
12.6.28	117 ³⁹²	26.7.7.2	111 ³⁷⁶ ; 377
12.6.60.pr.	117 ³⁹²	27.6.1	68 ²²⁸
13.6.5.12	45 ¹³⁶	27.6.1.3-5	68 ²²⁸
13.7.13.pr.	45 ¹³⁶	27.6.3	68 ²²⁸
15.1.50.pr.	116 ³⁹⁰	27.6.5	68 ²²⁸
16.1.8.6	111; 111 ³⁷⁴	27.6.7	68 ²²⁸
17.1.12.9	118 ³⁹⁶	27.6.7.3	68 ²²⁸
17.1.22.10	45 ¹³⁶	27.6.9	68 ²²⁸
17.2.52.18	31; 116 ³⁹⁰ ; 117 ³⁹²	27.6.9.pr.	68 ²²⁸
17.2.72	163 ⁵⁷¹	27.6.9.1	105; 112

27.6.11.pr.	72 ²⁵⁸		40; 55; 109;
27.7.4.2	117 ³⁹⁶		131 ⁴⁵³ ; 145; 148;
27.8.6	104 ³⁵⁵		152; 158 ⁵⁵⁵
28.6.43.3	108 ³⁶⁶	44.7.5.5	146; 149; 151;
30.48.pr.	46 ¹³⁶		157
30.50.pr.-1	117 ³⁹³	44.7.5.5-6	49
30.50.1	110; 116 ³⁹⁰	44.7.5.6	154
30.71.2	118 ³⁹⁶	44.7.25.1	34; 44
36.1.23.3	165 ⁵⁷¹	44.7.52.8	34
37.14.16	108 ³⁶⁶	46.1.67	116 ³⁹⁰ ; 117 ³⁹²
38.2.12.3	116 ³⁹⁰ ; 117 ³⁹²	46.8.22.2	117 ³⁹²
39.1.22	105 ³⁵⁸	46.8.22.4	117 ³⁹²
39.2.15.34	46 ¹³⁶	47.2.50.4	46 ¹³⁶
40.1.4.1	128 ⁴³⁷	47.4.1	58 ¹⁹³
40.7.29.1	117 ³⁹³	47.7.8	54 ¹⁷⁶
40.9.12.1	108 ³⁶⁶	47.7.39	102
40.9.14.5	108 ³⁶⁶	47.9.9	37 ¹⁰⁵
40.20.10	135 ⁴⁶⁸	47.10.1	116 ³⁹⁰
41.3.17	121 ⁴¹¹	47.10.1.pr.	116 ³⁹¹ ; 117
42.1.27	120 ⁴⁰⁹	47.10.11.1	118 ³⁹⁶
42.1.32	119 ⁴⁰⁵ ; 122	47.12.3.pr.	48 ¹⁴⁵
42.1.33	53 ¹⁶⁵	48.2.16	60 ²¹⁰
42.1.55	28; 66 ²²⁵	48.8.1.pr.	116 ³⁸⁹
42.1.60	83 ²⁸⁹ ; 83 ²⁹²	48.10.1.3	118; 162
42.8.10.16	46 ¹³⁶	48.19.28.1	132 ⁴⁵⁷
43.26.8.pr.	46 ¹⁴⁰	49.1.1.pr.	120
44.7.1	156 ⁵⁴³	49.1.4.2-3	122 ⁴¹⁴
44.7.1.pr.-1	33	49.1.5.pr.	122 ⁴¹⁴
44.7.1.3-6	33 ⁸⁹	49.1.5.1-2	110 ³⁷⁰
44.7.4	34; 39 ¹¹¹ ; 156 ⁵⁴³	49.1.5.14	110 ³⁷⁰
44.7.5	4 ¹⁴ ; 34 ⁹² ; 51;	49.1.7	123 ⁴²¹ ; 129 ⁴⁴³
	145; 156 ⁵⁴³	49.1.14	121 ⁴¹²
44.7.5.4	7; 28 ⁷⁹ ; 30;	49.1.14.pr.	121 ⁴¹²

49.1.19	120; 120 ⁴⁰⁹ ; 121 ⁴¹¹	3.13.3.pr.	36
49.1.25	123 ⁴²¹ ; 129 ⁴⁴³	3.5	135 ⁴⁶⁸
49.4.2.1	122 ⁴¹⁴	3.29	176 ⁶¹⁸
49.8.1.2	119 ⁴⁰⁵ ; 121 ⁴¹⁰ ; 121 ⁴¹¹ ;	4.1	158 ⁴⁵⁴
	123 ⁴¹⁹	4.3.16	47 ¹⁴³
49.14.15	42	4.4	156 ⁵⁴⁴
50.5.13	49 ¹⁴⁸	4.4.pr.	116 ³⁹¹
50.13.5.2	132 ⁴⁵⁷	4.5	156 ⁵⁴⁴
50.13.6	7; 28 ⁷⁹ ; 30-31;	4.5.pr.	144; 157; 158;
	40; 55; 109;		166; 166 ⁵⁷⁹ ; 173;
	118; 131 ⁴⁵³ ; 134 ⁴⁶³		175; 177
	145; 152; 158;	4.5.1	146; 147; 148;
	166 ⁵⁷⁷ ; 167		149; 157
50.16.36	49 ¹⁵⁰	4.5.2	102; 151; 152 ⁵²⁵
50.16.113	83 ²⁸⁹	4.5.3	153-154
50.16.213.2	165 ⁵⁷¹	4.8.7	100 ³⁴³
50.16.226	165 ⁵⁷¹		
50.16.238.6	37; 37 ¹⁰⁵ ; 38	<i>Novellae Constitutiones</i>	
50.17.202	3 ¹¹	13	142 ⁴⁹²
		24	163 ⁵⁶⁴
<i>Institutiones</i>		25	163 ⁵⁶⁴ ; 168; 169
		26	163 ⁵⁶⁴
<i>Constitutio Imperatoriam</i>		29	163 ⁵⁶⁴
3	174 ⁶⁰⁸	60.2	170
6	175 ⁶⁰⁹ ; 175; 175 ⁶¹⁴	69.4	168 ⁵⁸⁵
		80.2-3	170 ⁵⁹⁷
<i>Const. Omnem</i>		82	168
1	175; 175 ⁶¹⁵	82.7	170-171
		82.13	168
<i>(inst.)</i>		82.13-14	169
1.1.2	175; 175 ⁶¹³	82.14	168
3.13	156 ⁵⁴⁴	86.1	170 ⁵⁹⁷
3.13.2	144	86.4	170; 171; 172

113.1	168; 169	J. 4.5.pr.	144-145; 158; 166 ⁵⁷⁷
115.1	168 ⁵⁸⁹		
115.1-2	168	IV. <u>Ordinamenti moderni e contemporanei</u>	
124.3	170; 172		
124.4	170 ⁵⁹⁸	CODE NAPOLÈON	
125	166 ⁵⁷⁸ ; 169	Art. 4	1 ⁵
		Art. 1310	178 ⁶²⁰
III. <u>Fonti postgiustinianee</u>		Art. 1340	178 ⁶²⁰
		Art. 1370	178 ⁶²⁰
BASILICORUM LIBRI LX (Heimbach, testo originale e traduzione in latino)		Artt. 1382-1386	178 ⁶²⁰
10.35.26.4-5	88 ³⁰⁶	CODICE DI PROCEDURA CIVILE ITALIANO	
		Art. 55	179
BASILICORUM LIBRI LX (Heimbach, testo originale e traduzione in latino, <i>Scholia</i>)		Art. 56	179
60.21.1	116 ³⁸⁹	Art. 74	179
54.14.6	167; 173	CODICE CIVILE ITALIANO 1865	
		Art. 1097	178 ⁶²¹
BASILICORUM LIBRI LX (Scheltema <i>Textus</i>)		Artt. 1151-1156	178 ⁶²¹
7.6.12	159 ⁵⁵⁶	CODICE CIVILE ITALIANO 1942	
10.35.26.4-5	88 ³⁰⁶	Art. 12 preleggi	1 ⁵
52.1.5.4	40; 145; 158 ⁵⁵⁴ ; 166 ⁵⁷⁷	LEGGE DELLA REPUBBLICA ITALIANA	
54.14.6	40; 158; 166 ⁵⁷⁷	117/88	178
		Art. 7, comma 1	139 ⁴⁸⁴
BASILICORUM LIBRI LX (Scheltema <i>Scholia</i>)		LEGGE DELLA REPUBBLICA ITALIANA	
60.21.1	116 ³⁸⁹	18/2015	178
THEOPHILUS		ZGB 1912	
		Art. 1	1 ⁵
<i>Paraphrasis</i>			

