



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

«IUDEX QUI LITEM SUAM FECIT»

Relatore:

Prof. Francesco Sitzia

Tesi di Laurea di:

Giuseppe Murgia

Anno Accademico 2001- 2002

Parte prima

1.I significati attribuiti dalla dottrina

Le ricerche relative al significato dell'espressione "*litem suam facere*" non hanno trovato sinora un sicuro approdo presso la dottrina romanistica. Due sono i significati che hanno riscosso i maggiori consensi: l'uno, descrittivo della condotta del giudice e allusivo a un suo coinvolgimento personale nella controversia, l'altro, relativo all'effetto della condotta stessa e cioè al subentrare del giudice nella posizione del convenuto nella lite da lui male amministrata.¹ E' innegabile che l'interpretazione del sintagma sia influenzata dalla posizione che si assume in ordine alla tipologia di responsabilità del *iudex* e dei comportamenti che la integrano, attagliandosi meglio il primo senso a un tipo di responsabilità colpevole e a ipotesi sfocianti nella emanazione di una sentenza ingiusta, essendo quasi obbligato il secondo per chi opta per una responsabilità obiettiva e per condotte meramente omissive.

Una terza via interpretativa è da far risalire all' Arangio-Ruiz² secondo il quale l'atto illecito del giudice sarebbe consistito nella mancata restituzione della *res controversa* in un tempo in cui non veniva ancora assegnata a nessuna delle parti ma egli stesso ne era temporaneo consegnatario per la durata del processo. La pur originale congettura, non corroborata da fonti al riguardo, non ha trovato significativo seguito.

¹ Confronta in questo secondo senso STOJCEVIC, *Sur le caractère des quasi-délits en droit romain*, *IURA*, 8, 1957, p. 73 et ID., *Iudex qui litem suam fecit*, *RHD*, 26, 1958, p. 308 ; TOMULESCU, *Problèmes de droit romain*, *IURA*, 24, 1973, p. 89, entrambi nel senso di "faire le procès sien"; D'ORS, *Litem suam facere*, *SDHI*, 48 1982, p. 387 ss.; CREMADES y PARICIO, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clasico. "Actio adversus iudicem qui litem suam fecit"*, *AHDE*, 54, 1984, p. 179 ss.; GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990, p. 41 ss.

² ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1956 (rist. 1978), p. 378.

Di recente il Burdese³ la ha riformulata accogliendo l'ipotesi del giudice-custode come rappresentativa del significato originario: dall'appropriazione indebita del *iudex* l'espressione, per similitudine e in senso più allargato, sarebbe passata ad indicare i casi in cui il giudice <<porta via la lite dalle mani dell'attore, appropriandosene con la conseguenza peraltro di doverne subire il danno arrecatogli>>⁴.

Fin qui la dottrina. Nelle fonti⁵, piuttosto scarse al riguardo, l'espressione è troppo spesso ambigua. Per quanto concerne gli autori non giuristi essa è presente in Cicerone⁶ riferita al *patronus* che cura un proprio interesse nella lite da lui patrocinata; in Aulo Gellio⁷ l'autore, nel descrivere la disputa con un familiare, cita Varrone e dichiara che, astenendosi dinanzi al parere del dotto, non vuole appropriarsi della contesa⁸; in Seneca⁹ compare nel senso di compartecipazione a uno stato d'animo altrui. La locuzione ha forse significato tecnico in Macrobio,¹⁰ dove è collegata alla mancata presentazione del giudice nel giorno fissato; legata parimenti all'inerzia del giudice è nel papiro di Antinopoli¹¹ (ma qui siamo già fra le testimonianze di carattere

³ BURDESE, *Sulla responsabilità del <<iudex privatus>> nel processo formulare in Diritto e processo nella esperienza romana: atti del seminario torinese in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, p. 151 ss.

⁴ BURDESE, *op. ult. cit.*, p. 161

⁵ Quelle giuridiche sono : P. Ant. I.22, Gai. 4.52, D 5.1.15.1, D. 44.7.5.4 , D. 50.13.6., I. 4.5. Fra quelle letterarie: Cic. *De orat.* 2.75.305; Gell. *N. A.* 10.1.5 ; Sen. *Dial.* 12.(11).2.2 ; Macr. *Sat.* 3.16.15 .

⁶ Cic., *De orat.* 2.75.305 : *Quid? si, quom pro altero dicas, litem tuam facias aut laesus efferare iracundia, causam relinquo, nihil ne noceas?*

⁷ Gell., *N. A.*: *Nam et Varro satis aperte, quid dici oporteret, edocuit, et ego adversus eum, qui doctus esse dicebatur, litem meam facere absens nolui.*

⁸ Nello stesso senso LAMBERTI, *Riflessioni in tema di <<litem suam facere>>*, LABEO, 36, 1990, p. 240 ss.; *contra* D' ORS, *Litem...cit.*, p. 372, che considera *absens* in senso tecnico e legge nel senso che Aulo Gellio "no quiso abstenerse de dar juicio por no incurrir en el litem suam facere en que incurre el juez que se "ausenta" y no da sentencia, quando ha sido requerido para hacerlo".

⁹ Sen., *Dial.* 12.(11).2.2 (*Consolatio ad Polybium*): *Conqueramur, atque adeo ipse hanc litem meam faciam.*

¹⁰ Macr., 3.16.15 : vedi *infra* p. 19.

¹¹ P. Ant. I.22 : vedi *infra* p. 21.

giuridico) dove il *iudex* è punito <<*quia neque diffidit neque sententiam dixit*>>; per Gaio 4.52¹² l' 'attenzione' ai dettami prescritti nella formula è fondamentale per non incorrere in *litem suam facere* . Col giurista delle Istituzioni veronesi la visuale si sposta dall' inattività processuale al momento della emanazione della sentenza e nella stessa ottica si colloca il passo ulpiano¹³ del Digesto, ma stavolta l' espressione riferita all' emissione di una sentenza dolosamente ingiusta assume un forte carico di parzialità; nei passi del Digesto attribuiti al Gaio postclassico e in quello delle Istituzioni giustinianee pressoché identici¹⁴ essa definisce una condotta genericamente riprovevole (*aliquid peccare*), ma i medesimi non dicono in cosa consista: Teofilo la parafrasa nel senso che significhi ridurre la causa sotto il proprio personale dominio.¹⁵

Fatta questa rapida panoramica sulle fonti, è il momento di passare ad alcune considerazioni: tralasciando per il momento le fonti in cui l' espressione non è utilizzata in senso tecnico, la testimonianza più risalente potrebbe essere quella di Macrobio, se si ritiene fededegna la fonte: l' espressione compare infatti all' interno del panegirico che Caio Tizio fa in favore della *lex Fannia* datata 161 a.C.; *per relationem* è possibile retrodatarla. Ma se è vero che Macrobio avrebbe potuto usare una espressione del suo tempo (IV-V sec. d.C.) per designare una ipotesi molto più antica, non può essere revocata in dubbio la considerazione che la medesima espressione sia usata tecnicamente da Pomponio, citato nel papiro di Antinopoli, per definire analoghe ipotesi di inerzia del giudice. Le stesse, poi, presenti nella *lex Irnitana*,¹⁶ dove l' assenza dell' espressione potrebbe essere giustificata dal fatto che la legge, mirando alla stringatezza, si curi esclusivamente di connettere la

¹² Vedi *infra* p. 42.

¹³ D. 5.1.15.1: vedi *infra* p. 59.

¹⁴ D.44.7.5.4 , D. 50.13.6 , I. 4.5.pr.: vedi *infra* p. 68.

¹⁵ Theoph., *Par. ad I.4.5*, l' *antecessor* afferma che il giudice che ebbe giudicato ingiustamente “..*litem suam ε'ποίηση, τουτέστι καθ' ε'αυτοῦ δικην ἡγειρεν*”

¹⁶ Si tratta di un rinvenimento epigrafico del 1980 da cui ci sono pervenute sei delle dieci tavole che la componevano. Qui si fa riferimento al *caput* 91 della decima tavola, vedi *infra* p. 30.

conseguenza¹⁷ ai comportamenti vietati e dal fatto che forse non era ancora entrata nel linguaggio delle leggi almeno al tempo di Augusto¹⁸. In conclusione, se da questo esame non è possibile accertare la risalenza della locuzione a quelle che verosimilmente dovevano essere le ipotesi più antiche,¹⁹ nemmeno mi sembra che sia assolutamente inidonea a rappresentarle, magari in senso figurato.

Letteralmente significa che il giudice fa propria una cosa non sua; dal momento che la lite appartiene ai litiganti ed egli la riceve in consegna (al termine della *litis contestatio*) perché la restituisca giudicata. *Litem suam facere* doveva essere allora espressione gergale nata per figurare il contegno del giudice che omette di rendere il *iudicatum* e ritiene la lite presso di sé oltre il tempo consentito, disobbedendo al *iussum* del magistrato e in tal modo assoggettando la lite al proprio singolare arbitrio.

La parte che ne aveva interesse (in tal caso l'attore) era legittimata a recuperare la lite direttamente dal giudice, chiedendo che venisse messa a suo carico, visto e considerato, salvo i casi di grave malattia, che il giudice non si spogliava della lite se non dando sentenza (o atto equiparato). Il giudice, cioè, aveva nei rispetti della lite di cui era stato investito una serie di obblighi fra cui il principale era conoscere la causa; se li eludeva o non presentandosi o non fissando il rinvio né dando sentenza, e, se dava sentenza, non attenendosi alla formula o violando deliberatamente la legge, chiaramente mostrava di esercitare sulla lite un potere illimitato e che non gli era concesso, usando della lite come se fosse una cosa propria, travalicando cioè i limiti connessi alla sua funzione.

Converrà pertanto soffermarsi un poco sul ministero del *iudex*.

¹⁷ Vi compare infatti l'espressione *lis iudici damni esse* dai più ritenuta equivalente a *litem suam facere*.

¹⁸ Faccio questa considerazione perché la legge pur risalente all'età Flavia doveva grosso modo ricalcare i contenuti della *lex Iulia iudiciorum privatorum* che come è noto non ci è pervenuta.

¹⁹ Negano la risalenza dell' espressione LAMBERTI, *Riflessioni...cit.*, p. 262 ss. e DE MARTINO, '*Litem suam facere*', *BIDR*, 91, 1988, p. 36.

2. Nomina e investitura del *iudex privatus* nella procedura formulare

Il *iudex* era scelto dalle parti normalmente entro liste ufficiali vagliate periodicamente dal pretore urbano e successivamente dal Principe²⁰ fra i senatori²¹ e, a partire da un certo turno di tempo (dai Gracchi in poi), anche fra i cavalieri. Il *iudex* attinto dalle liste era dunque un *civis romanus* appartenente a una certa condizione sociale, che nel contempo non ricopriva una magistratura pari o superiore a quella del magistrato che autorizzava il giudizio, altrimenti, non essendo sottoposto al suo *imperium*, non gli sarebbe stato possibile costringerlo a giudicare. Quando il privilegio di giudicare fu concesso anche agli *equites* dovette specificarsi anche un limite minimo di età. Per i processi privati non era invece richiesto essere autonomi familiarmente²², né l'assenza di un vincolo di parentela con una delle parti²³.

Secondo l'opinione tradizionale era possibile che di comune accordo le parti scegliessero il giudice fuori dalle liste²⁴ e lo presentassero al magistrato che ne valutava l'idoneità. I requisiti non dovevano in linea di massima differire rispetto a quelli che occorrevano per essere iscritti nelle liste: libertà, sesso maschile, sanità di mente, irrilevanza della posizione nella famiglia (status di *sui* o *alieni iuris*) e del nesso di parentela. Per il *iudex* scelto fuori dalle liste non era necessaria la cittadinanza romana, né che fosse senatore, cavaliere o appartenesse ad

²⁰ Ciò sicuramente a partire dalla legalizzazione del processo formulare; anteriormente, eccetto forse per i rapporti per i quali era possibile agire *per legis actiones*, era probabile che la cerchia di persone chiamate a giudicare fosse delimitata esclusivamente dal magistrato. Sul punto più approfonditamente vedi PUGLIESE, *Processo civile romano: il processo formulare*, Milano, 1963, p. 215 ss.

²¹ PUGLIESE, *Processo formulare* cit., p. 221, nota come non fosse necessario, quando il giudice era scelto solo presso i senatori, redigere una lista apposita, giacché doveva tenersi conto dell'elenco dei senatori periodicamente aggiornato dai censori.

²² D. 5.1.12.3.: *Qui possunt esse iudices, nihil interest in potestate an sui iuris sint.*

²³ D. 5.1.77: *In privatis negotiis pater filium vel filius patrem iudicem habere potest.*

²⁴ *Contra* LA ROSA, 'Decemviri' e 'centumviri', *LABEO*, 4, 1958, 39 ss.; (ma vedi la critica di PUGLIESE in *Processo formulare* cit. p.228ss.) *et* IDEM, *La 'lex Irnitana' e la nomina del giudice*, *IURA*, 40, 1989, p. 63 ss.

altre categorie²⁵, anche per l'età il requisito non era così rigido²⁶. Altre cause d'incapacità dovevano essere previste da leggi specifiche o dai costumi per aver riportato condanna per certo tipo di illeciti penali.

Tutti questi requisiti formavano oggetto del vaglio del magistrato che, se positivo, pronunciava l'*addictio*. Se invece non vi era preventivo accordo sulla nomina del *iudex*, questa andava fatta entro gli elenchi a disposizione del magistrato e secondo la procedura.²⁷

L'iniziativa spettava all'attore il quale proponeva un nome, se il convenuto lo rifiutava doveva giurare sui motivi della ricusazione, e così di seguito sino a che non si raggiungeva l'accordo. C'era comunque un limite al potere di ricusazione del convenuto: egli non poteva esercitarlo sull'ultimo giudice della lista altrimenti ne sarebbe conseguita la paralisi di tutto il procedimento. Ciò, però, non importava accettazione da parte del convenuto dal momento che egli, rifiutando la formula, soprattutto se si accetta che essa contenesse il nome del giudice in qualsiasi modo designato, rifiutava anche il giudice, soggiacendo però in quest'ultimo caso alle conseguenze dovute all'*indefensio*. Ciò induce a ritenere che la designazione del giudice rimane comunque subordinata al perfezionamento della *litis contestatio* con l'accettazione della formula; in ogni caso, poi, era necessario un atto di nomina del magistrato, non si sa se autonomo (*iudicis datio*) o consustanziale al *iudicium dare*.

Il giudice nominato con la conclusione della *litis contestatio* viene investito del compito di giudicare la causa.

²⁵ L'ufficio di giudice fu esteso ai *tribuni aerarii* prima (*lex Aurelia*-70 a.C.-, poi la disposizione fu abrogata da Cesare), in seguito ai *ducenarii* (da Augusto, ai possessori di 200 mila sesterzi)

²⁶ Cfr. PUGLIESE, *Il processo formulare* cit., p. 231 ss.

²⁷ TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano⁸, 1990, p. 330, pensa a una *sortitio* entro i nominativi dell'albo sui quali il convenuto poteva esercitare << un ristretto potere di ricusazione rispetto ai nomi sorteggiati >>

3. Poteri e doveri dell' *'officium'*

Il magistrato ordinava all'organo giudicante di giudicare forse con un decreto autonomo (*iussum iudicandi*) o altrimenti connesso a quello che concedeva la formula (*datio iudicii*) o, se da quest'ultimo distinguibile, a quello che nominava il giudice (*datio iudicis*).

Il comando costituiva nel giudice il potere e, ad un tempo, il dovere di conoscere la causa e ciò in conformità alla funzione di cui era destinatario: il *iudicare* era un *munus publicum* a cui non poteva sottrarsi²⁸. In verità esistevano delle cause che esentavano il giudice dal prestare il suo ufficio: le *excusationes* erano "promesse" dal pretore nei confronti di chi si trovasse impossibilitato a giudicare e generalmente nei confronti di chi non poteva ricoprire incarichi civili per malattia o sacerdozio²⁹. Alle previsioni edittali dovevano aggiungersi quelle previste dalla *lex Iulia* come, per esempio, la disposizione³⁰ che scusava il minore di vent'anni.

La caratteristica che differenziava le cause di 'giustificazione' dalle cause di incapacità consisteva nella circostanza che dovevano farsi valere dalla persona interessata e non erano rilevabili *ex officio* dal magistrato giudicante; inoltre dovevano avanzarsi prima che il giudice cominciasse a conoscere la causa, a meno che una fra queste non fosse sopravvenuta.³¹ In questo caso si preferiva sospendere il giudizio che investire della causa un altro giudice, se però doveva prevedersi che sarebbe passato troppo tempo, il pretore poteva disporre la *mutatio iudicis*³².

²⁸ D. 50.5.13.2.: *Qui non habet excusationem, etiam invitus iudicare cogitur.*

²⁹ D.50.5.13.

³⁰ Ce ne dà notizia Callistrato in D.4.8.41.

³¹ D. 50.5.13.2.-3.

³² D. 5.1.18.

Il giudice sfornito di valida *excusatio*, sottoposta com' era al vaglio del pretore, era costretto³³ a giudicare. Obbligo di giudicare non significava obbligo di decidere comunque la causa nel merito, giacché il giudice poteva dichiarare giurando che la causa non gli era chiara (c.d. giuramento di *rem sibi non liquere*).

Il *iudex* doveva quindi presentarsi nel giorno fissato per la comparizione delle parti che usualmente era il terzo giorno successivo alla dazione del giudizio (*comperendinatio* ovvero *intertium*³⁴) e nel medesimo giorno, almeno per il periodo più antico, il giudizio doveva anche concludersi. A meno che non esistesse una causa tale da giustificare la *diffissio* cioè il rinvio dell'udienza. La *diffissio*, già prevista dalle XII tavole³⁵, andava certamente disposta nei casi di grave malattia che importasse impossibilità a comparire o a proseguire nel giudizio³⁶. Accanto a queste ipotesi dovevano aggiungersi quelle relative ai casi in cui la misura serviva per garantire la regolarità del processo, magari permettendo la regolare <<costituzione>> di una delle parti in una seconda udienza³⁷, oppure nei casi in cui il giudice aveva bisogno del parere di un esperto³⁸.

La *diffissio* aveva dunque da un lato la funzione di preservare il corretto svolgimento del processo e, accertatane la causa giuridicamente prevista, era in tal caso obbligatoria, d'altro lato era strumento apprestato per garantire al giudice di svolgere al meglio il proprio ufficio e allora spettava a costui valutarne la necessità. Va precisato, inoltre, che la

³³ Si noti come nelle fonti ricorra l'utilizzo del verbo *cogere*, vedi ad es. D.4.8.41 (*supra* cit.): *cum lege Iulia cautum sit, ne minor viginti annis iudicare cogatur*; D.5.1.74.: *De qua re cognoverit iudex, pronuntiare quoque cogendus erit*; D. 50.5.13.2.: (vedi *supra* nt. 28)

³⁴ Sul punto vedi ampiamente GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos...* cit., p. 12 ss.

³⁵ Tab. II.2 : *morbis sonticus...aut status dies cum hoste...quid horum fuit [vitium] iudici arbitrove reove, eo dies diffisus esto.* (FIRA I² 31).

³⁶ D.2.11.2.3 et D.5.1.46

³⁷ Uno spunto in questo senso può trarsi da P. Ant. cit. *supra* nt. 11.

³⁸ C.f.r. la testimonianza di Aulo Gellio, *N. A.* 14.2.11

diffissio era *iurata*³⁹ e in ciò accomunata al *sibi non liquere*, la ragione va forse ricercata nel fatto che ambedue esentavano dall'emettere la sentenza seppur l'una temporaneamente, l'altro definitivamente.

Ricapitolando: il giudice investito della causa, sprovvisto di valida *excusatio* che lo esentasse dall'incarico, doveva giudicare la causa senza indugio emanando la sentenza oppure doveva apprestare il rinvio mediante formale *diffissio*, salvo sempre il diritto a giurare che la causa non gli era chiara. Risulta evidente a questo punto quale fosse il dovere principale del *iudex romanus*, e non è senza ragione reputare che il giuramento prestato al momento di assumere l'ufficio⁴⁰ garantisse proprio l'emissione della sentenza⁴¹ e che quest'obbligo fosse vincibile, temporaneamente o definitivamente, solo con un'altro giuramento, quasi un <<*actus contrarius*>>⁴², come ha messo bene in luce la Lamberti.

Non è comunque da degradare la *diffissio* a mera causa sospensiva dell'obbligo di giudicare, dal momento che rivestiva l'importante funzione di consentire l'emanazione di un corretto giudicato, e non è un caso che per ciò dovesse trovare spazio, insieme all'atto che cronologicamente la precedeva, nei commentari dei giuristi e nella più precisa regolamentazione della *lex Iulia*.⁴³

³⁹ Cfr. *lex Irnitana tabula X caput 91*, vedi *infra* p. 30. LAMBERTI, *Riflessioni...cit.*, p. 254, ritiene che oggetto del giuramento fosse l'impegno del giudice a essere presente nel giorno fissato per la prosecuzione del giudizio; CREMADES y PARICIO, *La responsabilidad...cit.*, p. 182, e GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados...cit.*, p. 40, pensano che il giudice giurasse sulla causa medesima della *diffissio*. La GIMENEZ-CANDELA ritiene, tra l'altro, che la *diffissio* fosse atto che dovesse essere sempre richiesto dal giudice al magistrato e spettasse a costui sanzionarlo, *op. ult. cit.*, p. 29 ss.

⁴⁰ Che il *iudex* fosse *iuratus* è largamente attestato dalle fonti: si veda per esempio Gellio, *N.A.* 20.1.8, Cicerone, *De off.* 3.10.44, nella *lex Irnitana caput 69* linn. 18-22 è attestato il giuramento di *decuriones* e *conscripti* per il *iudicium pecuniae communis*, Giustiniano in *CJ.* 3.1.14 dice che “...antiquos iudices...sacramentum praestitissent.”

⁴¹ *Contra* PARICIO, *Sobre la administraciòn de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, Madrid, 1987, p. 85 secondo il quale “el no dar sentencia no estaba cubierto por el juramento”.

⁴² Il virgolettato è di LAMBERTI, *Riflessioni...cit.*, p. 256.

⁴³ Così ci avverte Aulo Gellio, *N.A.* 14.2.1: *Atque in dierum diffissionibus comperendinationibusque et aliis quibusdam legitimibus ritibus ex ipsa lege Iulia et ex*

4. Sanzione a carico del giudice inadempiente: l'*actio contra iudicem qui litem suam facit*

A partire da un certo periodo di tempo in poi la condotta del giudice che eludesse il dovere di giudicare venne sanzionata dal pretore con un'azione edittale. Anteriormente alla procedura formulare è possibile ipotizzare che esistesse un analogo rimedio e che sia stato poi il pretore ad estenderlo al suo processo per dare tutela ad identiche situazioni giuridiche.

Almeno una tra le fattispecie volte a eludere l'obbligo di giudicare sembrerebbe preesistere all'editto: quella collegata all'assenza del giudice nel giorno fissato, che ritengo comprensiva delle altre perché è ben chiaro che il giudice che non si presenta non dà sentenza. Per quanto riguarda le ipotesi di mancato rinvio e mancata sentenza queste sono perfettamente compatibili anche con il processo *per legis actiones* e anche in questa sede dovevano trovare idonea regolamentazione giuridica. A ciò si aggiunga che l'istituto della *diffissio* è molto antico, risalente fin all'età predecemvirale.

Quale precisamente fosse la disciplina non è possibile sapere, si potrebbe congetturare che la lite venisse posta a carico del giudice magari sostituendo il convenuto nel medesimo processo⁴⁴ o subendo gli effetti della procedura esecutiva come se si fosse giudicato e il convenuto fosse risultato perdente⁴⁵ o rispondendo <<*damni*>> con altro meccanismo simile dinanzi alle pretese frustrate dell'attore.

Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperorum commentariis commoniti et adminiculati sumus.

⁴⁴ La teoria della *translatio iudicii* è stata sostenuta per primo da VOIGT su cui LAMBERTI, *Riflessioni...cit.*, p. 244 nt. 101, e D'ORS, *Litem...cit.*, pp.379-380 nt. 39-40, a cui si rimanda per la citazione e la critica.

⁴⁵ L'idea che possa applicarsi la *manus iniectio pro iudicato* è ricorrente in dottrina, vedi da ultimo CREMADES y PARICIO, *La responsabilidad...cit.*, p. 188 ss.

5. Caratteri dell'azione:

a) pluralità di fattispecie

Accanto a queste ipotesi, elusive dell'obbligo di giudicare e caratterizzantesi per un contegno sostanzialmente omissivo, l'editto del pretore doveva contenere un'ulteriore ipotesi che costituiva una grave negligenza del giudice esclusiva, questa sì, della procedura formulare: è quella riferita da Gaio 4.52 che sanziona l'emissione di una sentenza di condanna superiore o inferiore all'ammontare previsto nella *condemnatio certa* ovvero nel caso di superamento della *taxatio*, in un giudizio ove fosse stata fissata.

L'esigenza del buon andamento del processo doveva presiedere a tutte queste ipotesi che sanzionavano la violazione di doveri procedurali, mentre estranea doveva restare la tutela della corretta applicazione del diritto sostanziale. Non sappiamo se il pretore sia intervenuto più volte a regolare la materia del *litem suam facere*, certo è che la fattispecie descritta da Ulpiano in D. 5.1.15.1 costituirebbe un *saltus* rispetto a quelle fin qui descritte, giacché darebbe peso, secondo l'opinione dominante, alla emanazione di una sentenza 'giusta'. Si tratta del caso in cui il giudice *dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit* ed incorre per ciò nell'illecito.

Da quanto detto emerge un quadro caratterizzato da fattispecie eterogenee che sarà utile classificare ai fini di questa ricerca secondo due principali criteri: e cioè a seconda che i comportamenti vietati violino norme di carattere procedurale o sostanziale, e a seconda che la violazione inerisca alla mancata emanazione della sentenza o si collochi al momento del *sententiam dicere*.

Non conosciamo quali altre ipotesi, almeno per l'età classica⁴⁶, dovessero essere comprese in quell'*aliquid peccare* che in due passi del Digesto⁴⁷ e in uno delle Istituzioni⁴⁸ sembra fare da valvola di chiusura; è

⁴⁶ Per ipotesi 'nuove' di età postclassica si veda CTh. 11.36.2

⁴⁷ D.44.7.5.4. et D.50.13.6

lecito però supporre che la materia dei vizi procedurali sfocianti in un *litem suam facere* doveva aver trovato a un certo punto complessiva regolamentazione nello statuto processuale della *lex Iulia iudiciorum privatorum*.

b) criterio attributivo della responsabilità

Il tema costituirà oggetto della indagine nella seconda parte a cui per gli aspetti problematici si rimanda. Qui basti segnalare che le fonti che lo prevedono sono tutte interne al *Corpus iuris civilis* : tre nel Digesto (D.5.1.15.1, D.44.7.5.4, D.50.13.6.) e una nelle Istituzioni (I.4.5) e che non sono tutte di segno univoco. Infatti, mentre in D.5.1.15.1, passo del commentario ulpiano all'editto pretorio, è previsto il dolo, negli altri tre passi, pressoché identici, la colpa sotto le specie dell'*imprudencia*. Da ciò è facile capire gli affannosi tentativi in dottrina di sanare il contrasto tra i passi ipotizzando due distinte azioni⁴⁹ oppure negando autenticità all'uno o agli altri per stabilire la prevalenza dell'uno o dell'altro criterio o ammettendo fin dall'età classica la responsabilità per colpa⁵⁰ che così tutti li ricomprendeva; infine, si sono affacciate, a partire dagli anni '50, le teorie della c.d. responsabilità oggettiva⁵¹, tuttora prevalenti, che hanno tagliato alla radice il problema del contrasto ricollegando la punibilità del giudice al mero compimento del fatto vietato.

⁴⁸ I.4.5

⁴⁹ La tesi è stata sostenuta dal Rudorff e seguita dal Pernice sin dai primi del secolo scorso e si fondava sulla considerazione che mentre nel passo ulpiano è presente la condanna alla *vera litis aestimatio*, in D.50.13.6 è *in quantum aequum*. Contro il Lenel che ritenendo interpolato buona parte del passo di Ulpiano (da *dolo malo* a *sordes*) optava per una unica azione *in aequum concepta*

⁵⁰ Tra gli altri, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*cit., p.378, ritiene che avesse avuto seguito già dall'età repubblicana ma limitatamente a "giuristi imbevuti di filosofia greca".

⁵¹ A partire da Hubner fino alle più recenti radicali formulazioni che fanno capo al D'Ors. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, ANRW II, 14, 1982, p.719, afferma che il criterio obiettivo si giustifica meglio considerando l'illecito col rigido sistema del processo più antico in un tempo in cui la giurisprudenza non aveva ancora elaborato la *culpa* come criterio di responsabilità.

Considerando poi che nei passi delle *Res cottidianae* del Digesto e in quello delle Istituzioni non viene affatto definita la condotta integrante il *litem suam facere* e che il passo ulpiano differisce per struttura, funzione e finanche *ratio* da quelle ipotesi riferite da fonti sicuramente classiche,⁵² mi sembra di poter dire che a tutt'oggi non sia conveniente applicare con leggerezza un criterio generale di imputazione della responsabilità trasferendolo acriticamente dal Digesto.

c) legittimazione

Nei casi di *litem suam facere* che si risolvono nella mancata emanazione della sentenza, sarà l'attore frustrato nella sua domanda di giustizia a poter agire convenendo il giudice; se l'illecito del giudice si sarà concretato nella emissione di una sentenza difforme rispetto ai termini (condanna a somma maggiore o minore o superamento della *taxatio certa*) della formula, titolare dell'azione per *l.s.f.* sarà di nuovo l'attore a prescindere dal regime di invalidità⁵³ che potrebbe investire la sentenza⁵⁴, destinato a influenzare tutt'al più il contenuto della condanna nel giudizio instaurato a carico del giudice. Il discorso si presenta diverso se il giudice emetta una sentenza dolosamente parziale,

⁵² Mi riferisco naturalmente ai rinvenimenti epigrafici del papiro di Antinoopolis I.22, della *lex Irnitana tab. X cap. 91* e a Gai.4.52, le ipotesi ivi presenti di *l.s.f.* sono state brevemente descritte alle pp. 10-11.

⁵³ La sentenza potrebbe essere radicalmente nulla e allora l'ipotesi sarebbe assimilabile a quelle di mancata sentenza, oppure il pretore potrebbe concedere una *infittatio* al convenuto nei confronti dell'*actio iudicati* dell'attore o la *condictio*, l'attore potrebbe essere beneficiario a sua volta di *restitutio in integrum*, in questo caso l'attore agirebbe contro il giudice per aver dovuto agire due volte. Per la prima ipotesi propendono i più recenti fautori delle teorie oggettivistiche (D' ORS, CREMADES y PARICIO, GIMENEZ-CANDELA, BURDESE), per la seconda LAMBERTI e DE MARTINO (anche se la loro posizione è più complessa, vedi più oltre p. 42 ss.). Nel senso della nullità della sentenza si esprime CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, Torino, 1982, p. 186 nt. 25 e PUGLIESE-SITZIA-VACCA, *Istituzioni di diritto romano sintesi*, Torino, 1994, p.181.

⁵⁴ Se si pensa a validità della pronuncia (su cui possibilista il DE MARTINO e, almeno formalmente, LAMBERTI, vedi *ubi est* cit. in nt. prec.), dovrebbe argomentarsi che, in caso di superamento del limite della condanna, l'azione spetti al convenuto.

in tal caso sarà la parte (attore o convenuto) danneggiata dal comportamento illecito del giudice a poter agire nei suoi confronti per *lis sua facta*. Da quanto detto sembrerebbe emergere sostanzialmente una responsabilità extracontrattuale per danno derivante dall'esercizio (o mancato esercizio) di funzioni pubbliche, la cui titolarità attiva risiede in capo al danneggiato e quella passiva al soggetto privato che queste funzioni è chiamato a esercitare: il giudice.

d) trasmissibilità

La trasmissibilità dal lato attivo non è dubbia, trattandosi di azione penale⁵⁵ che non perseguiva l'equivalente della vendetta e pertanto il vincolo tra offeso ed offensore non era rigidamente personale. Dal lato passivo l'azione è intrasmissibile e questo è chiaro indice di penalità della medesima, ma sul punto dovette esserci dibattito fra i giuristi del Principato: Giuliano avrebbe affermato la trasmissibilità passiva⁵⁶

⁵⁵ Dubbi sul fatto che possa trattarsi di azione penale durante l'età classica potrebbero avanzarsi poiché la *poena* per questa prevista non costituisce un multiplo del danno recato (cfr. D.5.1.15.1, D.50.13.6.,I.4.5) ma in verità ciò non è prova decisiva sussistendo nel medesimo periodo azioni penali sostanzialmente 'reipersecutorie' (come quelle in base alla *lex Aquilia*); un indizio più forte è dato dalla considerazione che l'azione non è concessa *noxaliter* contro il *dominus* ma *de peculio* (D.5.1.15.1.); ma è difficilmente ammissibile disconoscere il carattere penale dell'azione a meno di negarne la intrasmissibilità passiva (la tesi è stata sostenuta in dottrina, vedi nt. seguente).

⁵⁶ STOJCEVIC, *Sur le caractère...*cit., p. 69, ritiene che l'opinione di Giuliano rifletta il regime per l'età preclassica e classica rimanendo l'azione estranea alla contemporanea concezione dei delitti perché "le dommage que le juge était tenu de réparer ne provenait pas de manière directe de l'acte qu'il avait commis", rispondendo il giudice, secondo l'ottica dell'autore, di una obbligazione che non aveva contribuito a creare; in seguito per le critiche sarebbe stata abbandonata; TOMULESCU, *Problèmes...*cit., p. 88, pensa a un errore di Giuliano; D'ORS, *Litem...*cit., p. 383 ss., reputa l'opinione di Giuliano preesistente all'Editto e che il giurista l'abbia poi ritrattata anteriormente alla codificazione dell'azione nell'Editto da lui stesso ordinato; in senso contrario al D'ORS si esprimono CREMADES y PARICIO, *La responsabilidad...*cit., p. 193ss., che sostengono che la trasmissibilità passiva avrebbe riflettuto il regime dell'azione fino alla codificazione dell'Editto giustificandolo sulla base del fatto che l'azione avrebbe perseguito un "*reddere*", la restituzione cioè della lite di cui il giudice si fosse appropriato, l'opinione di Ulpiano avrebbe invece descritto l'evoluzione

dell'azione, Ulpiano e molti altri l'avrebbero negata. E' quanto risulta da D.5.1.16 (Ulp. 5 *ad ed.*):

Iulianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multis notata est.

Confermano sostanzialmente questo passo i *Fragmenta Argentoratensia* II b verso (Ulp.3 *disputationum*)⁵⁷:

...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.

Giuliano avrebbe scambiato il regime della trasmissibilità passiva fra l'azione che procede contro il magistrato che abbia ommesso di esigere al tutore la *cautio rem pupilli salvam fore* e l'azione contro il giudice *qui litem suam fecit*, dal momento che, a detta di Ulpiano, l'erede del magistrato è tenuto, l'erede del giudice no.

In conclusione l'opinione di Giuliano, aspramente criticata (*vera non est et a multis notata*), cedette a quella di Ulpiano che riscuoteva maggiori consensi.

e) contenuto della condanna

Va detto innanzitutto che la formula dell' *actio* in parola è di dubbia e difficoltosa ricostruzione. Si potrebbe ipotizzare, come dubitando si esprimeva il Lenel, una *intentio* così formulata:

dell'istituto in età tardo classica quando la generalizzazione della *restitutio in integrum* avrebbe consentito la soddisfazione dell'interesse dell'attore e l'atto del giudice sarebbe degradato da commissivo a omissivo costituendo solo mancato compimento dell'*officium*, non trasmissibile pertanto all'erede.

⁵⁷ Cfr. FIRA II², p. 311 ss.

Si paret Numerium Negidium litem, quam inter Aulum Augerium et Lucium Titium iudicare iussus erat, suam fecisse;

a patto però di ritenere che fossero già <<codificati>> quantomeno dalla pratica i comportamenti integranti l'illecito giacché per la sua intrinseca vaghezza l'espressione '*litem suam facere*' non può assolvere a nessuna funzione qualificatoria della condotta.

Il D'Ors,⁵⁸ basando la formula sulla carenza della sentenza, ha invece proposto una *intentio* con *s.p. sententiam Nm. Nm. non dixisse* anziché con *litem suam fecisse*.

Nemmeno vi è uniformità nelle fonti circa la qualificazione *in factum* o *in aequum* dell'azione nel senso che in I.4.5 è solo *in aequum*⁵⁹, in D.44.7.5.4 non vi è espressa alcuna menzione, in D.50.13.6 l'*actio* è *in factum* con *condemnatio in aequum concepta*⁶⁰

Se poi ci riferiamo alla sola *condemnatio*, potrebbe sorgere conflitto tra D.5.1.15.1 dove è prevista la prestazione alla *vera aestimatio litis* ritenuta dai più sinonimica di *quanti ea res erit* e i passi succitati ove è prevista *in quantum aequum*. Non mi pare che l'ostacolo possa superarsi riferendo la condanna al *quanti ea res erit* all'ipotesi prevista per il dolo e quella *in aequum* per la colpa, concependo in tal modo due distinte azioni: a prescindere dal rilievo che l'ipotesi meno grave potrebbe essere colpita da una sanzione più onerosa visti i poteri equitativi del giudice in sede di determinazione della condanna, i passi (I.4.5, D.50.13.6) che prevedono la colpa con condanna *in aequum* non negano, anzi

⁵⁸ *Litem...cit.*, p. 387

⁵⁹ Si noti come in Teofilo, *Par. ad I. 4.5.*, riceva invece la qualifica *in factum*, così anche in Bas.52.14.5.(ed. HEIMBACH)

⁶⁰ DE MARTINO, *Litem...cit.*, pag.25, sulla base di rilievi simili pensa di trovarsi davanti a "residui classici", egli poi, *ibidem*, pag.34ss., ipotizza tre distinte azioni: la prima *in ius concepta* per violazione di forme e termini tassativi (ipotesi riferite dalla *lex Irnitana*) portante alla condanna al *quanti ea res erit*, la seconda *in ius* o *in factum*, a seconda che le violazioni si fondassero o meno sulla legge, e con formula *in bonum et aequum* in casi analoghi a quelli riferiti da Gaio e da Pomponio, la terza nei casi di dolo o frode alla legge con condanna al *quanti ea res erit* (ipotesi riferita da Ulpiano; per il concetto di *vera aestimatio litis* secondo questo autore vedi nota seguente)

sottintendono, che la medesima condanna si applichi a ipotesi dolose (*aliquid peccare, licet per imprudentiam*).

A ciò si aggiunga una considerazione svolta dal Guarino⁶¹ e cioè che non vi è contraddizione tra la condanna alla *vera aestimatio litis* e quella *in aequum concepta* se si accetta che quest'ultima costituirebbe soltanto l'invito al giudicante dell'*iudex qui litem suam fecerit* ad adeguare la condanna alle valutazioni correnti.

Mi pare ora si possa riportare la formula della *condemnatio*⁶² già proposta dal Lenel:

quantum ob eam rem aequum videbitur Numerium Negidium Aulo Agerio condemnari, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.

In conclusione, secondo questa ricostruzione, il *iudex qui litem suam facit* è condannato a prestare quanto il giudice del giudizio instaurato a suo carico per *lis sua facta* riterrà equo assegnare all'attore in relazione al detrimento patito nella lite precedente.

E' il momento di passare al caso in cui il *iudex qui litem suam facit* non sia autonomo familiarmente (D.5.1.15.1.):

Filius familias iudex si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat.

⁶¹<< *Actiones in aequum conceptae*>>, LABEO, 8, 1962, p. 14, l'Autore, *ibidem*, afferma inoltre che se "il *iudex qui litem suam fecit* fosse stato investito di un'*actio in aequum concepta*, si spiega poi ancor meglio che la sua condanna alla *vera aestimatio litis* altro non potesse essere che una condanna *in quantum aequum*"; *contra* DE MARTINO, *Litem...cit.*, p. 26, il quale afferma che l'*aestimatio rei* corrisponde al *quanti ea res erit* e quindi secondo il meccanismo processuale era una somma determinata mentre la condanna *in aequum* era discrezionale.

⁶² D'ORS, *Litem...cit.*, p.13 ss., sostenendo che il giudice sarebbe dovuto essere condannato a quanto il convenuto avrebbe dovuto pagare nella lite dallo stesso non decisa, propone: *in quantum Lucius Titius condemnari debuisset, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito*; lo seguono CREMADES y PARICIO, *La responsabilidad...cit.*, p. 205 ss., che però quanto all'*intentio* preferiscono la formula leneliana.

Il testo suscita qualche perplessità⁶³ perché sembra indicare come titolare del peculio e soggetto passivo dell'azione il *filius*, concezione questa estranea alla età classica. In questo tempo responsabile delle obbligazioni da atto illecito era il *pater*, a questo punto ci si potrebbe chiedere come mai l'azione non venga intentata *noxaliter* ma *de peculio* quasi fosse derivante da negozio. Comunque, salvando la sostanza delle cose, potrebbe dirsi che se responsabile per *lis sua facta* fosse stato un *filius familias* la condanna conseguente all'azione intentata contro il *pater* sarebbe stata limitata alla capienza del peculio al momento, almeno per le ipotesi che la prevedevano, della pronuncia della sentenza⁶⁴.

⁶³ Sul punto vedi GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados...*cit., p. 55 ss., D'ORS, *Litem...*cit., p. 381 ss.

⁶⁴ L'ipotesi si riferisce evidentemente a quella che verrà esposta nel periodo immediatamente successivo.

Parte seconda

Oggetto dell'indagine in questa seconda parte sarà individuare il criterio di imputazione della responsabilità in relazione alle diverse ipotesi di *'litem suam facere'* sulla scorta delle fonti che le riportano.⁶⁵ Facendo riferimento a una suddivisione già menzionata⁶⁶ verranno prese in considerazione primariamente le ipotesi che si risolvono in comportamenti omissivi (qui dette 'omissive') anteriori all'emanazione della sentenza, in secondo luogo quelle relative al momento del *'sententiam dicere'*.

1. Ipotesi omissive

a) L'ipotesi forse più antica è quella relativa alla mancata presentazione del giudice nel giorno stabilito di cui ci dà notizia Macrobio:

Macr. Sat. 3.16.15 : *Ludunt alea studiose, delibuti unguentis, scortis stipati. Ubi horae decem sunt, iubent puerum vocari ut comitium eat percontatum quid in foro gestum sit, qui suaserint, qui dissuaserint, quot tribus iusserint, quot vetuerint. Inde ad comitium vadunt, ne litem suam faciant.*

Il brano farebbe parte del discorso che l'oratore Caio Tizio, citato nelle conversazioni della seconda giornata dei festeggiamenti, avrebbe fatto per perorare l'approvazione della *lex Fannia*, plebiscito databile intorno al 161 a.C. volto alla moderazione del lusso. L'oratore avrebbe

⁶⁵ Si cercherà *in primis* di delineare sufficientemente l'ambito di ciascuna ipotesi come descritta nel relativo brano, quindi di trattare (unitariamente per le ipotesi 'omissive', singolarmente per le altre) il tema relativo al criterio di responsabilità.

⁶⁶ Vedi a p.11.

così descritto in quali dissolutezze si agitassero coloro che erano chiamati a ricoprire l'ufficio di giudice: intenti a giocare a dadi cosparsi d'unguenti e circondati da meretrici. Allo scoccare della decima ora del giorno, prosegue il narratore, fanno chiamare lo schiavo perché vada ad informarsi che cosa si faccia nel foro: chi abbia parlato a favore o contro, quante tribù abbiano votato a favore e quante contro. Quindi si recano al comizio per non far propria la lite.

Si è già detto⁶⁷ come Macrobio avrebbe potuto usare una espressione del suo tempo (*litem suam facere*) per descrivere una situazione del passato⁶⁸, resta però il fatto che l'*absentia iudicis* era comportamento già censurato attorno alla metà del II° secolo a.C., in un periodo in cui la procedura formulare ancora non si applicava tra i cittadini romani almeno per i rapporti fondati sul *ius civile*. Doveva pertanto esistere una prescrizione normativa (editale o legislativa)⁶⁹ che punisse l'inerzia del giudice.

Sull'attendibilità di Macrobio si è espresso negativamente il De Martino ritenendolo una << fonte scadente e sospetta per la storia della

⁶⁷ A p. 3.

⁶⁸ *Contra* D'ORS, *Litem...cit.*, p.371 ss. , il quale ritiene che l'espressione fosse contemporanea alla *suasio* e che descrivesse tecnicamente l'illecito del giudice fino a tutta l'età classica, l'idea, da lui sostenuta, che *litem suam facere* sia venuto a significare 'parzialità nel giudizio' in periodo più tardo è attestata da Draconzio nel 'giudizio di Paride'. L'autore non considera, però, che l'espressione potesse addirittura non comparire nel linguaggio giuridico (e nemmeno nel gergo giudiziario) nel II° sec. a.C., d'altro lato i due poeti sono pressoché contemporanei e ciò sta piuttosto a significare che nel V secolo l'espressione era idonea a designare sia ipotesi di parzialità della sentenza sia omissioni relative alla mancata emanazione. Nel senso invece che il brano serve a poco nel definire <<con sufficiente approssimazione tecnica il delitto >> si esprime GUARINO, <<*Praesenti litem addicito*>> in *P.D.R.*, IV, Napoli, 1994, p. 125.

⁶⁹ Potevano anche coesistere se si ritiene che la previsione editale si applicasse ai rapporti per i quali non era possibile agire *per legis actiones*. Con quale *legis actio* dovesse poi agirsi è difficile sapere (per l'ipotesi concernente l'applicabilità della medesima *actio* a cui era soggetto il convenuto o per la *manus iniectio pro iudicato* vedi rispettivamente VOIGT e CREMADES y PARICIO cit.a p.7 nt.44 e 45)

responsabilità dei giudici >>⁷⁰ anche se poi l'autore ammette che l'assenza costituiva uno dei casi che chiamava il giudice a rispondere⁷¹.

Il Burdese ha ritenuto poi di poter datare la *suasio* e la legge qualche decennio più in là facendola cadere nel periodo postebuzio.⁷²

Ciò posto passerei all'esame delle testimonianze giuridiche che trattano analoghe ipotesi collegate alla mancata emissione della sentenza:

b) P. Ant. I.22 *recto*⁷³:

10 ... *pup(ill.) si . e ..o [] obsta-*

11 *bit exc(eptio), aut restitutoriu(m)*

12 *iud(icium) dabitur. Q(uod) si sciens eu(m)*

13 *pupillum esse lit(igaverit) s(ine) tutore a(uctore) repel<l>et(ur)
iure*

14 *pr(aeto)rio. § Item Pomp(onius) scr(ibit), si fal-*

15 *so t(utore) a(uctore) m(inus) fuerit diffis<s>us*

16 *dies, ed(ictum) q(ui)d(em) cessare, et iudi-*

17 *cem, q(ui)a neq(ue) diffidit neq(ue)*

18 *s(ententi)am dixit, litem suam fe-*

19 *[cisse videri]*⁷⁴

⁷⁰ *Litem...cit.*, p. 4 ss, dove l'Autore mette in dubbio la contemporaneità di Caio Tizio rispetto alla proposta di legge suntuaria sulla base di una serie di fonti e di ipotesi formulate dalla dottrina (a cui si rimanda per la cit.) e infine ritiene inaffidabile la fonte da cui avrebbe attinto Macrobio rilevando come il contesto in cui è inserita la *suasio* sia notevolmente eterogeneo rispetto al contenuto della stessa: si parla, nell'ambito delle raffinatezze degli antichi, di pesce, quindi il discorso scivola sulle abitudini oziose dei ricchi chiamati a essere giudici, infine si torna a discorrere di pesce.

⁷¹ *Op.ult.cit.*, p. 34.

⁷² *Sulla responsabilità...cit.*, p. 159

⁷³ Si tratta di un rinvenimento epigrafico (il 22° documento) di comprovata classicità rinvenuto nell'inverno del 1913/14 in Egitto a Sheikh Abada (l'antica Antinoopolis) la cui edizione critica, però, è avvenuta solo diversi decenni più tardi.

Il testo, generalmente attribuito al commentario ulpiano *ad edictum*, solleva una serie di difficoltà innanzi tutto di ordine formale: la lin.10 è molto lacunosa così come è difficile immaginare cosa vi fosse scritto nella parte monca in capo al testo. Il De Martino accoglie la ricostruzione proposta da Seidl <ei, qui rem in litem deducit cum falso tutore> pup(illi), si [d]e [nu]o [ag(it)], avvertendo la mancanza di un *non* nel pezzo mutilo dinanzi a *ostabit*⁷⁵ come già suggeriva l'Arangio Ruiz.⁷⁶ Si tratterebbe allora del caso in cui intentata la lite contro un *falsus tutor* del pupillo (meglio = contro un pupillo *falso tutore auctore*), l'attore che agisse di nuovo, colpito dalla nullità della procedura, non verrebbe ostacolato dall'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* mentre beneficerebbe di *restitutio in integrum*.⁷⁷

A parte i rilievi di carattere formale che questa ricostruzione suscita⁷⁸, essa sembra comunque male accordarsi col senso del periodo seguente dove si afferma che la parte che avesse agito a conoscenza (*sciens*) della totale assenza del tutore (*sine tutore auctore*) del pupillo non godrebbe della tutela del pretore (*repelletur iure praetorio*⁷⁹).⁸⁰ Ragionando a

⁷⁴ ARANGIO RUIZ, *Recensione* di ROBERTS, *The Antinoopolis Papyri*, Londra, 1950, in *IURA*, 2, 1951, p. 345 aggiungeva il verbo *videri* ritenendolo “pressoché inevitabile”. La numerazione delle linee qui accolta è quella del ROBERTS, *op. ult. cit.*

⁷⁵ *Litem...cit.*, p. 16.

⁷⁶ *Op. ult. cit.*, p. 345.

⁷⁷ L'alternatività del rimedio potrebbe riflettere la dicotomia dei giudizi in cui l'azione si consumava *ipso iure* oppure *ope exceptionis*.

⁷⁸ Si veda in proposito GIMENEZ-CANDELA, *Una revision de Pap. Ant. 22*, in *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro D'Ors*, Pamplona, 1987, p. 557 ss. la quale rileva come davanti all'abbreviazione *pup.* ci sia uno spazio di tre lettere incompatibile con tale ricostruzione. Dal canto suo propone [*si se defende-*] / *rit pup(illus) sine [s]uo [tutor]e, obsta-/ bit exc(eptio), aut restitutoriu(m)/ iud(iciu)m dabitur*. Sulla base di questa ricostruzione l'Autrice ipotizza che l'eccezione sia concessa al pupillo per difendersi in seguito a condanna dall'*actio iudicati* dell'attore mentre la *restitutio* compete a quest'ultimo in caso di assoluzione del pupillo.

⁷⁹ L'ablativo (*iure praetorio*) più che di causa efficiente sarebbe qui di allontanamento (retto dal verbo *repellere*) e, secondo il suggerimento dell'ARANGIO-RUIZ (*Recensione...cit.*, p. 345), indicherebbe l'esclusione dai rimedi che il pretore altrimenti concederebbe.

⁸⁰ Dovrebbe pertanto argomentarsi che le due ipotesi, diverse sul piano naturalistico ma assimilabili sul piano giuridico, siano equivalenti sul piano linguistico.

contrario in base a questo caso, nel periodo precedente allora si descriverebbe l'ipotesi in cui l'attore, ingannatosi sull'età del giovinetto, avesse intentato l'azione contro di lui ma senza l'assistenza del tutore: il pretore avrebbe concesso all'attore di buona fede l'*in integrum restitutio* potendo ottenere costui una nuova formula *litis contestatione rescissa* ovvero, qualora avesse reiterato l'azione, questa non sarebbe stata paralizzata dall'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* opposta dal pupillo. Difatti, mentre costui non rimaneva vincolato dagli atti che compiva senza l'assistenza del tutore, cosicché l'attore non poteva ottenere un valido giudicato, quest'ultimo invece consumava l'azione concludendo la *litis contestatio* col pupillo.⁸¹

Sin qui vi è accordo col principio dell'editto *quod falso tutore* tramandatoci in D.27.6.1.6 appartenente al 12° libro del commentario ulpiano di cui, appunto, anche il papiro si ritiene faccia parte;⁸² il giurista, nel passo riportato dal papiro, starebbe forse trattando per connessione l'ipotesi di totale mancanza del tutore in giudizio, estendendo la tutela prevista dall'editto, oppure starebbe trasmettendo una clausola non altrimenti pervenutaci.

La seconda parte del brano è quella che interessa maggiormente ai fini di questa ricerca: vi si riferisce l'opinione di Pomponio che descrive una ipotesi connessa benché differente dalla precedente. Il giurista scrive che se in una lite in cui fosse intervenuto un *falsus tutor* non venisse effettuato il rinvio dell'udienza (*minus fuerit diffisus dies*) non troverebbe spazio l'editto *quod falso tutore (edictum quidem cessare)*

⁸¹ Ciò derivava dalla imperfetta capacità di agire in cui veniva a trovarsi l'impubere che avesse superato l'infanzia che non precludeva la sua idoneità a essere parte (e quindi a comparire nella formula) ma solo l'invalidità (relativa) degli atti da lui compiuti *sine tutore auctore* non consumando l'azione se parte attrice, non subendo gli effetti del giudicato se convenuto (cfr. PUGLIESE, *Il processo formulare* cit., p.297 ss.).

⁸² Cfr.D.27.6.1.6 (Ulp. 12° *ad ed.*): *Ait praetor: 'si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem'*. *Scienti non subvenit, merito, quoniam ipse se decepit*. L'editto (forse più che *quod falso tutore* dovrebbe dirsi *quod eo auctore qui tutor non fuerit* cfr. D.27.6.1.2), si rammenti, concedeva la *restitutio* a chi in buona fede avesse concluso negozi con un pupillo *falso tutore auctore* (D.27.6.1) e accordava altresì un'azione nei confronti di chi "*cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicitur*"(cfr. D.27.6.1.7).

ma il giudice che non avesse fissato il rinvio né avesse pronunciato la sentenza (*neque diffidit neque sententiam dixit*) incorrerebbe nell'illecito di *litem suam facere*.

Tale lettura non è però pacifica: si fonda sul presupposto che nella lin.15 si sciolga la sigla *m* in *minus* come ha proposto la Giménez-Candela⁸³ anziché in *male* come secondo la dottrina dominante. In questo secondo caso l'esegesi del testo presenta notevoli difficoltà: la responsabilità del giudice deriverebbe da un rinvio male ordinato per la presenza di un falso tutore e perciò nullo secondo il D'Ors⁸⁴; l'Arangio-Ruiz⁸⁵ ipotizza che il giudice avrebbe disposto il rinvio per malattia supposta; il Raggi⁸⁶ aggiunge che il rinvio sia dovuto a una erronea valutazione della malattia. Il De Martino⁸⁷, accogliendo la tesi della nullità del rinvio, avverte però la difficoltà di coordinare la protasi (in cui questo concetto verrebbe espresso) con il senso del periodo introdotto dalla coordinata all'apodosi (da *et* in poi) e si chiede se il giudice risponde per la mancata sentenza o per il *dies male diffisus*. Mi pare di poter concludere che la *lectio* della Giménez-Candela, basata tra l'altro su convincenti rilievi documentali⁸⁸ e meglio rispondente alla logica espressa nel testo, sia la preferibile.

Pomponio andrebbe affermando quindi una ipotesi di *litem suam facere* basata sull'alternativa mancanza della *diffissio* o della *sententia*. Il *iudex*, dinanzi alla presenza del *falsus tutor*, avrebbe dovuto disporre il necessario rinvio dell'udienza o alternativamente, qualora non se ne fosse reso conto, avrebbe dovuto rendere la sentenza. La contemporanea omissione di ciascuno dei due atti violava il dovere fondamentale connesso alla sua funzione e lo costituiva in responsabilità.

⁸³ *Llos llamados...*cit., p. 41 ss.

⁸⁴ *Litem...*cit., p. 373 ss.

⁸⁵ *Op. ult. cit.*, p. 346.

⁸⁶ *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*, Milano, 1965, p. 353 nt. 146.

⁸⁷ *Op.ult.cit.*, p. 16 ss.

⁸⁸ *Una revision...*cit., p. 570 ss., *Llos llamados...*cit., p. 43 ss. L'autrice ha inoltre rilevato, a corroborare l'equivalenza tra *minus* e *non*, come su 38 testi, che raccoglie il *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* in cui è attestato tale significato, 28 appartengono a Ulpiano.

E' possibile fare una serie di congetture nel caso in cui nel processo intervenga un *falsus tutor*: mettendo da parte l'ipotesi in cui la situazione appaia già nella fase *in iure* per il fatto che il pretore non darebbe corso all'azione per carenza di presupposti relativi alla capacità di una delle parti, potrebbe ipotizzarsi che della carenza di legittimazione del *tutor* nessuno si renda conto nemmeno nella fase *apud iudicem*; si arriva pertanto alla sentenza (invalida) e non si può negare l'azione restitutoria all'attore di buona fede.

Si tratterebbe di un caso in cui il giudice dà una sentenza nulla che, a seguire le teorie che fanno capo al D'Ors⁸⁹, comporterebbe la sanzione prevista per il *litem suam facere*. Ma si può imputare al giudice inconsapevole la responsabilità del giudicato invalido assicurandogli un trattamento peggiore dell'attore che, versando nella medesima ignoranza, viene restituito nel diritto? Non mi sembrerebbe plausibile né conforme alla prima parte del papiro dove in quei pochi versi che ci sono chiari non vi è il minimo accenno alla responsabilità del giudice.

La mancanza di legittimazione del *tutor* appare nella fase *apud iudicem*: il giudice deve apprestare il rinvio dell'udienza: quale il motivo di un tale obbligo? Verosimilmente per consentire la regolare 'costituzione' del convenuto o forse addirittura per permettere eventualmente all'attore di fruire di una nuova formula *litis contestatione*

⁸⁹ Secondo il D'ORS l'illecito del giudice si verifica in ogni caso di mancata sentenza o sentenza invalida; nel caso in esame seguendo l'ottica dell'Autore ci si dovrebbe interrogare in quale occasione troverebbe applicazione la clausola rescissoria dell'editto menzionata nella prima parte del papiro dal momento che l'applicazione dell'editto per *lis sua facta* <<coprirebbe>> anche quell'ipotesi, né mi sembra congruente ammettere un differente regime per la mancata fissazione del *dies* e per la sentenza nulla *falso tutore auctore* visto che, a detta del medesimo, sostanzierebbero lo stesso tipo di illecito. Difatti, nella prima parte del papiro si fa cenno al solo giudizio restitutorio e non alla responsabilità del giudicante che se ci fosse stata, in conformità a quanto si dice dopo, sarebbe stata quantomeno accennata se non addirittura avrebbe dovuto prevalere; nella seconda, invece, si introduce almeno una differenza (l'altra è che non viene emessa una sentenza) sotto l'aspetto del comportamento del giudice e questa non può che consistere nella circostanza che si prende a considerare l'ipotesi di *scientia* del giudicante relativamente alla condizione del *falsus tutor*. L'Autore nel suo lavoro, *Litem...* cit., non si pone il problema.

rescissa in base all'applicazione dell'editto *quod falso tutore*. In questo senso infatti potrebbe ulteriormente interpretarsi la frase di Pomponio allorché esclude l'applicabilità dell'editto in concomitanza della mancata fissazione del rinvio: il giurista affermerebbe che, quand'anche intervenisse un *falsus tutor*,⁹⁰ l'editto non troverebbe applicazione se non venisse effettuata la *diffissio*, in tal caso, non venendo neppure emessa la sentenza, si applicherebbe l'editto *contra iudicem qui litem suam fecit* (in sostanza l'ipotesi riferita dalla seconda parte del papiro). Il giurista lascerebbe pertanto intendere che nel caso in cui il rinvio fosse predisposto la cessazione dell'editto potrebbe non verificarsi.

E' ben possibile che il pretore avesse trascurato o addirittura deferito al giudice la verifica del presupposto della legittimazione del *tutor* una volta accertata la capacità a stare in giudizio del pupillo visto che ciò non mutava i destinatari della formula. L'antico congegno della *diffissio* consentiva allora di regolarizzare la procedura.⁹¹

Il De Martino ha scritto, tacciando in tal modo di inaffidabilità il papiro, che Ulpiano nel titolo *quod falso tutore*, dacché cita varie volte Pomponio, non avrebbe potuto omettere il caso in cui il giurista avrebbe escluso l'applicabilità dell'editto.⁹²

A me sembra invece che Pomponio, anziché restringere, allarghi il campo di applicazione dell'editto anticipandolo a un momento anteriore alla fine del processo: la *diffissio* è a questi effetti equiparata alla sentenza .

Ancora il De Martino ⁹³si domanda con sconcerto perché il giudice venga punito quando dinanzi a una delle parti carente di legittimazione

⁹⁰ In questo caso l'ablativo assoluto *falso tutore auctore* assumerebbe una sfumatura <<concessiva>>.

⁹¹ In che modo è solo congetturabile: se la *litis contestatio* era stata conclusa con l'assistenza di un tutore vero, bastava che nella successiva udienza il pupillo si costituisse regolarmente assistito, altrimenti forse il rinvio serviva proprio a consentire alle parti di tornare dal magistrato per procedere a una nuova *litis contestatio* una volta ottenuta la rescissione della precedente ai sensi dell'editto *q.f.t.*

⁹² *Litem...cit.*, p. 16 ss.

⁹³ *Op.ult.cit.*, p. 15.

non dia la sentenza, perché chiaramente l'avrebbe data nulla. Ma la responsabilità del giudice si spiega perché in questo caso il giudice avrebbe dovuto disporre la *diffissio* che poteva forse consentire la possibile applicazione dell'editto rescissorio e comunque esentava momentaneamente il giudice dall'emettere sentenza; l'obbligo di *diem diffindere* doveva servire proprio a preservare l'emissione di un valido giudicato salvaguardando le pretese dell'attore.

Non si può non riconoscere come la *diffissio* accertasse formalmente il vizio⁹⁴, che determinava l'impossibilità anche momentanea a proseguire validamente nel processo, e fungeva da presupposto giuridico e da condizione materiale per un'eventuale applicazione *lite pendente* dell'editto rescissorio. Altrimenti il giudice, se non riconosceva la causa di rinvio, avrebbe dovuto proseguire nel processo e ogni altra pretesa relativa avrebbe potuto farsi valere dopo l'emissione della sentenza.

L'applicabilità dell'editto *quod falso tutore lite pendente* sembra cioè condizionata dall'adempimento di un onere procedurale consistente in un atto che, accertando il vizio che costituiva il presupposto dell'editto, aggiorni il processo, viceversa la parte attrice avrebbe potuto soltanto intentare contro il *iudex*, che avesse smesso di trattare ingiustificatamente la causa, l'azione di responsabilità per mancanza ai propri doveri.

Lasciamo pure impregiudicata la questione se l'editto avesse poi potuto trovare spazio una volta intentata l'azione contro il giudice o comunque venuto a morte il processo per lo spirar dei termini. Se, però, Pomponio avesse prospettato l'applicabilità congiunta degli editti già al momento della mancata *diffissio* dovrebbe ammettersi (come più o meno velatamente fa la dottrina) che l'omissione del giudice avrebbe comportato l'invalidità della procedura e la *mors litis*, cosa che non mi pare però testimonino le fonti.

Se, pertanto, può avanzarsi a solo titolo di congettura che la *diffissio* potesse consentire l'applicazione dell'editto *quod falso tutore*, mi sembra

⁹⁴ Si ricordi che la *diffissio* era assistita da giuramento forse proprio sulla causa della medesima.

invece abbastanza chiaro che l'omissione del rinvio e della sentenza ne fosse di naturale ostacolo e che il *litem suam facere* fosse la mera conseguenza del comportamento del giudice senza doverla necessariamente intendere come anche la causa di esclusione della *restitutio*. E pur volendo ammettere la teorica applicabilità dell'editto in seguito al mancato rinvio, sia esso determinante o meno ai fini della *mors litis*, la giustificazione della sua esclusione sarebbe comunque forte: si sarebbe altrimenti rischiato di vanificare l'esatto adempimento dei doveri del giudice, potendo l'attore contare sull'alternativo rimedio restitutorio. In tal modo si giustificherebbe, oltre che sul piano procedimentale, la precedenza accordata all' *edictum quia litem suam fecit* e l'attenzione prestata dal pretore a che il giudice prestasse correttamente il proprio ufficio.

L'esigenza primaria sembra, quindi, costringere il giudice a dare sentenza, una volta che l'avesse data *falso tutore auctore* l'attore di buona fede sarebbe stato comunque tutelato potendo ottenere la *restitutio in integrum*.⁹⁵

Naturalmente dell'editto sulla responsabilità del giudice avrebbe comunque potuto beneficiare anche l'attore in mala fede come anche non è detto che in assoluto i due editti reciprocamente si escludessero: erano basati soltanto su diversi presupposti.⁹⁶ Piuttosto, nelle ipotesi trasmesse dal papiro si completavano: se, infatti, il *iudex* tergiversa e non dà sentenza né dispone il rinvio, l'attore può agire per *lis sua facta* (seconda parte), se il giudice dà comunque la sentenza, l'attore può ottenere la *restitutio* e il giudice non è perseguibile per mancata

⁹⁵ In caso di totale inerzia del giudice si sarebbe rischiata inoltre la perenzione del processo per lo spirare dei termini massimi.

⁹⁶ Potrebbe nondimeno ipotizzarsi, proprio sulla ragione di responsabilizzare il giudice all'esatto compimento dei suoi doveri, una prevalenza dell'applicabilità dell'editto per *litem suam facere* dinanzi ad altri rimedi che consentissero alla parte lesa di recuperare la propria pretesa in un momento successivo all'emanazione della sentenza (ad es. *restitutio*) ma generalizzare questa soluzione, oltre al rilievo che non è sostenuta da fonti, non mi pare confacente al modo di procedere dei giuristi romani.

sentenza (prima parte); in altri casi⁹⁷ sarebbe possibile ipotizzarne la coesistenza: non lo vieta il brano né la *ratio*. L'uno mira a far salva la buona fede dell'attore e a restituirlo nel diritto in nome dell'*aequitas*, l'altro è volto a responsabilizzare il giudice dinanzi all'esigenza del buon andamento della macchina processuale .

L'idea che se ne trae è che quindi i due editti basati com'erano su presupposti differenti e idonei a tutelare differenti situazioni giuridiche non fossero in rapporto di reciproca esclusione o alternativa concorrenza.⁹⁸

In definitiva, il frammento di Pomponio riferiva che l'intervento di un *falsus tutor* nella fase *apud iudicem* del giudizio non comportava automaticamente la nullità della procedura ma imponeva (forse per ragioni di economia processuale) l'apprestamento del necessario rinvio onde consentirne il regolare eventuale proseguimento; il mancato adempimento dell'obbligo, connesso alla mancata emanazione della sentenza, rientrava nella fattispecie punita per aver fatto propria la lite relativa al *neque diffindere neque sententiam dicere* .

Se quanto detto è vero, il giudice, per non incorrere in *litem suam facere*, presentatosi a condurre l'udienza, doveva concluderla con un atto formale : o rinviarla, ove ne ricorressero i presupposti, o deciderla; non poteva, invece, *de plano* smettere di trattarla, magari lasciando trascorrere il tempo stabilito, violando, come si è già ribadito, i doveri connessi al suo ufficio.

⁹⁷ Quelli di *litem suam facere* relativi alla emanazione della sentenza che verranno trattati più oltre p. 42 ss.

⁹⁸ Non è nemmeno detto che poi l'opinione di Pomponio fosse stata supinamente accolta da Ulpiano.

c) *Lex Irnitana caput 91*⁹⁹

*R(ubrica). Quo iure intertium denuntietur, dies diffindatur
diffisusve sit, res iudicetur, lis iudici damni sit, res in iudi-
cio esse desinat.*

45 *Quacumque de re privata iudices arbitri in eo municipio da-*
46 *ti subditi addictive h(ac) l(ege) erunt, is iudicibus arbitris et is*
47 *quos inter ii iudices arbitrive dati subditi addictive*
48 *h(ac) l(ege) erunt, de ea re intertium adversario iudici arbitro-*
49 *ve in biduo proximo denuntiari, diem diffindi, diem*
50 *diffisum iurare antequam iudicent litem ae-*
51 *stument, per quos dies et ubi ex h(ac) l(ege) licebit, oportebit. Et, si*
52 *neque dies diffisus neque iudicatum fuerit, uti lis iudi-*
53 *ci arbitrove damni sit, et si intra it tempus quod legis Iuli-*
54 *ae quae de iudici<i>s privatis proxime lata est kapite XII,*
1 *senatusve consultis ad it kaput legis pertine-* X,B
2 *ntibus compreh<e>hensum est, iudicatum non sit, uti res in iudi-*
3 *cio non sit siremps lex R(omana) itque esto ad quem uti esset si eam*
4 *in Urbe Roma praetor p(opuli) R(omani) inter cives Romanos*
5 *iudicari iussisset*
6 *et de e(a) r(e) ex <quacumque> lege rogatione quocumque*
7 *plebiscito iudicia pri-*
8 *vata in Urbe Roma fient agi fieri denuntiari, diem diffin-*
9 *di, diem diffisum esse, iudicari, litem iudici damni esse, rem in*
10 *iudicio non esse oporteret, praeterquam quod per alios dies*
11 *et alio loco h(ac) l(ege) denuntiari, rem iudicari, diem diffindi opor-*
12 *tebit. Itaque iis omnibus de ea re et in eos dies in quos ex h(ac)*
l(ege) lice-

⁹⁹ Il testo è tratto da D'ORS A., D'ORS J., *Lex Irnitana*, Santiago de Compostela, 1988, pp.79-80.

13 *eius municipi aut ubi pacti erunt dum intra fines eius municipi-*
 14 *pi. Utique ex isdem causis dies diffindatur, diffisus sit.*
 15 *Utique si neque diffisum e lege neque iudicatum sit, per quos di-*
 16 *es quoque loco ex h(ac) l(ege) iudicari licebit oportebit, iudici*
 arbitro
 17 *lis damni sit. Utique si intra it tempus quod supra compr<e>hensum*
 18 *est iudicatum non sit, res in iudicio non sit, ius esto uti si cives Ro-*
 19 *manos <iudicari> iussisse<t> ibique d(e) e(a) r(e) iudicium fieri*
 oporteret ex
 20 *quacumque lege rogatione, quocumque*
 21 *plebiscito, iudicia in Urbe Roma fieri oporteret, praeterquam*
 22 *quod per alios dies et alio loco ex hac lege denuntiari, rem-*
 23 *que iudicari, diemque diffindi oportebit. Quaeque ita acta*
 24 *erunt, ea iusta rataque sunt.*

La rubrica indica che si tratta del diritto relativo alla *denuntiatio* dell'*intertium*, alla *diffissio* del *dies* e al rinvio fissato, al giudizio della *res*, al venire la lite a danno del giudice, al cessare della *res* di stare in giudizio.

La legge nel principio confonde¹⁰⁰ il destinatario dell'obbligo della notifica (*denuntiatio*) dell'udienza di comparizione (*intertium*) che non può essere il giudice¹⁰¹ ma una delle parti che deve compierla nei due giorni successivi (*in biduo proximo*) alla dazione dell'*intertium* nei confronti del giudice e dell'avversario. Al giudice si rivolgono le norme che impongono di disporre e giurare il rinvio prima che giudichi¹⁰² nei giorni e nei luoghi consentiti dalla legge. Qualora non venga predisposto il rinvio né emesso il giudicato, la lite ridonderà a danno del giudice e

¹⁰⁰ Il D'ORS, *Nuevos datos de la ley Imitana sobre jurisdicción municipal*, SDHI, 49, 1983, p. 41 ss., afferma che la legge originale doveva avere due capitoli distinti per la *denuntiatio* dell'*intertium* e per la *diffissio* poi confusi in uno solo per un errore del copista. L'Autore ne ha tentato anche una palingenesi.

¹⁰¹ La legge parla di *iudices arbitrive* intendendosi per *arbitri* non quelli *ex compromisso* ma quelli nominati dal magistrato secondo le diverse modalità (*dati subditi addicti*).

¹⁰² La legge sembra distinguere tra *aestimatio litis* e *iudicatum*.

qualora non venga emesso il giudicato entro il tempo stabilito dal capitolo XII della *lex Iulia*¹⁰³ e del senatoconsulto relativo la *res* cesserà di stare in giudizio conformemente alla legge romana. La conformità al diritto vigente in Roma per le cause fra cittadini viene inoltre allargata a tutta la procedura con una eccezione (*praeterquam*): che si possa effettuare la *denuntiatio*, giudicare la *res*, disporre la *diffissio* in altri giorni e in altri luoghi previsti dalla presente legge.

La legge poi (lin.10 col.B) torna ad occuparsi della *denuntiatio*: deve farsi nei giorni consentiti, entro un miglio dal municipio o dove le parti avranno stabilito che si rinvii o si giudichi, nel foro del municipio o dove avranno convenuto fintanto che si trovi entro i confini del municipio. Infine (lin.14ss.), si riaccenna alla *diffissio* e si ripetono le disposizioni che sanzionano il mancato apprestamento del rinvio e il mancato giudicato nei giorni e luoghi leciti nonché quelle relative alla *mors litis* e all'applicazione dell'identico regime valevole fra cittadini romani con l'eccezione riguardante i giorni e i luoghi previsti dalla *lex Irnitana*. La chiusa è di quelle tipiche.

Veniamo alle parti che più interessano ai fini di questo studio: nelle linn.51/53 si afferma che *si neque dies diffisus neque iudicatum* la lite sarà a carico del giudice. *Lis iudici damni esse* è costruito alquanto strano per indicare che l'effetto (*damni*) espresso dal verbo andrà a svantaggio del giudice¹⁰⁴, questa è comunque la lettura comunemente accettata.¹⁰⁵ Cosa significhi che la lite vada in danno al giudice non è specificato: parte della dottrina la ritiene equivalente a *litem suam facere*,

¹⁰³ Viene detta *proxime lata* quindi emanata vicinissima benché posteriore di oltre un secolo, il D'ORS, *Lex Irnitana* cit., p. 3 ss. la considera pertanto una copia della *lex Flavia municipalis* riformata da Domiziano in seguito alla concessione dello *ius Latii* fatta da Vespasiano sulla base di una legge augustea relativa ai municipi italici databile intorno al 17 a.C.; sostanzialmente nello stesso senso LAMBERTI, *Riflessioni...cit.*, p. 232 ss., che pensa a un archetipo pressoché contemporaneo.

¹⁰⁴ Piuttosto mi sarei aspettato la consueta costruzione di *sum* col doppio dativo e quindi un giro del tipo *lis iudici damno esse*; diversamente dovremmo leggere che c'è "una lite di danno per il giudice" ma il senso non regge.

¹⁰⁵ Si vedano in proposito D'ORS, CREMADES y PARICIO, GIMENEZ-CANDELA nei luoghi citati in nt. 1, p. 1.

forte dell'analogia con le condotte integranti l'illecito descritte in P. Ant. I.22. A me non sembrano due espressioni identiche: come già si è precisato *litem suam facere* descrive, seppur in maniera ampia e indefinita, la condotta del giudice consistente nel suo atteggiamento nel trattare la controversia, *lis damni esse* non indica altro se non l'altrettanto vaga conseguenza che la legge riconnette a questo comportamento: significherebbe, cioè, che il giudice deve farsi carico delle conseguenze relative al mancato giudicato. In questo senso vanno lette le analogie col papiro di Antinopoli: il *neque diffindere neque sententiam dicere* ivi riferito come ipotesi integrante il *litem suam facere* e ripetuto quasi mimeticamente nella *lex Irnitana* significa che siamo di fronte al medesimo illecito. Che segue peraltro identico regime visto che la legge municipale rinvia alla disciplina urbana (l. 57ss. col.A- 8 col.B): << ...uti esset si eam rem in Urbe Roma praetor populi Romani inter cives iudicari iussisset et de ea re ex quacumque lege... in Urbe Roma ...litem iudici damni esse...oporteret >>.

La vicinanza con la previsione relativa alla *mors litis*¹⁰⁶ ha indotto la Lamberti¹⁰⁷ a supporre che il caducarsi dell'*actio* andasse a porsi a carico del giudice, ipotizzando in conseguenza che l'azione di responsabilità sanzionasse il mancato *iudicatum* entro i termini di perenzione della lite e ristorasse l'attore della pretesa che si era consumata proprio con lo scadere dei termini. Non penso che l'Autrice in ciò possa essere seguita, pur condividendo con la stessa che l'obbligo del giudice nella prima udienza (ma anche nelle successive) fosse quello di emettere la sentenza o disporre la *diffissio*: o l'uno o l'altro, *tertium non datur*. Con questo non voglio dire, come fa l'Autrice, che il processo non potesse più proseguire presso quel giudice¹⁰⁸ e che la lite andasse inevitabilmente a

¹⁰⁶ Che con una clausola *siremps lex Romana* richiamerebbe proprio la disciplina della *lex Iulia*.

¹⁰⁷ *Riflessioni...cit.*, p. 234.

¹⁰⁸ L'A., *ubi est cit.* in nt.39, ritiene che la mancanza di *diffissio* impedisse al giudice di riunire successivamente le parti presso di sé; a me sembra conseguenza troppo grave: si faccia per esempio il caso in cui il giudice sia stato impossibilitato a presentarsi *in tertium diem* o nel *dies diffisus* per grave malattia oppure colto da improvviso malore all'udienza (o

morte per lo spirare dei termini; in verità l'obbligo del giudice era uno solo: dare sentenza, differibile per giusta causa tramite *diffissio*. Il giudice che vi sfuggiva era immediatamente convenibile per *lis sua facta* e l'attore non doveva aspettare la perenzione del processo (e della sua pretesa); in alternativa poteva confidare sul potere di *coercitio* che il magistrato esercitava sul giudice ma in questo caso rischiava grosso perché intanto scorrevano i giorni entro cui il processo andava portato a termine. Questo mi sembra, poi, che dica la legge quando si riferisce all'assoluta mancanza di rinvio e sentenza, la prescrizione relativa ai termini previsti dalla *lex Iulia* sulla *expiratio iudicii*,¹⁰⁹ invece, è autonoma rispetto a quest'ultima e funziona piuttosto come limite temporale della data e del potere di rinvio nel senso che la *diffissio* non può aggiornare il processo per una data ulteriore a quella entro cui deve

per altra causa di forza maggiore) e allontanatosi non abbia potuto nemmeno disporre il necessario aggiornamento; in tutti questi casi, che rappresentavano validi motivi di *excusatio*, il giudice, pur guarito tempestivamente, non avrebbe potuto più celebrare il processo e l'attore non avrebbe potuto rivolgersi nemmeno contro il giudice. Il formalismo per quanto rigido non poteva essere così ottuso. E' verosimile pensare che quando non si rendesse necessaria la *mutatio iudicis*, l'attore potesse chiedere al magistrato la fissazione di una nuova udienza di apertura o di proseguimento del processo *apud iudicem*. Inoltre, seguendo sempre l'Autrice, si svaluterebbe il potere coercitivo del magistrato e si lascerebbe solo a un'azione privata la minaccia che inducesse il giudice a giudicare; da ultimo verrebbe a determinarsi la cessazione della *potestas iudicandi* (se non addirittura l'estinzione della lite) in seguito a una repentina e irrimediabile omissione del giudice. Nel senso che la mancanza di *diffissio* e sentenza comporti l'invalidità della procedura sembrano attestati D'ORS, *Litem...cit.*, p. 376; DE MARTINO, *Litem...cit.*, p. 34.

¹⁰⁹ Questa si verificava in Roma differentemente a seconda che si trattasse di *iudicium legitimum* o fondato sull'*imperium* secondo una distinzione riferibile proprio alla *lex Iulia* della quale abbiamo notizia da Gaio in un passo che val la pena riportare (Gai 4.103-105): *Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur. Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium 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. 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 miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. Ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit.*

terminarsi la lite ed evidentemente non può disporsi nell'ultimo giorno utile per concludere il processo (salvo i casi in cui andrebbe disposta obbligatoriamente).

Non solo: è stato affermato dal D'Ors,¹¹⁰ seguito dal Burdese,¹¹¹ che la perenzione della lite doveva portare l'ulteriore conseguenza che non si potesse più agire contro il giudice per quella causa e che entro i medesimi termini andasse concluso il processo a danno del giudice, riferendo pertanto queste disposizioni (anche) all'azione intentata contro il giudice. Non vedrei per quale ragione a tale procedimento dovesse applicarsi una normativa sui termini così eccezionale che, tra l'altro, non mi sembra confortata dal testo. Valgano, poi, due considerazioni: se il diritto ad agire contro il giudice è già sorto prima che si verifichi la *mors* della lite non giudicata non vedo perché¹¹² questo non sia più azionabile quando l'inadempimento sarà tanto più grave in quanto avrà privato definitivamente l'attore della possibilità di far valere in giudizio la pretesa versata nel giudizio estinto; poi mi pare si trascuri nella prospettiva in esame il disagio in cui si troverebbe l'attore casomai avesse prima intentato un'azione governata dall'*imperium* del magistrato.¹¹³

Il risultato a cui doveva portare l'estinzione del processo era gravissimo per l'attore se si ritiene con la dottrina dominante che, stanti gli effetti preclusivi o estintivi della *litis contestatio*, costui non poteva riproporre l'azione, cosa che si riverberava negativamente sul proprio diritto sostanziale. Di diverso avviso il Bonifacio,¹¹⁴ che ha sostenuto

¹¹⁰ *Nuevos datos...*cit., p. 46 dove l'Autore pensa che vi sia analogia tra la posizione del giudice che non ha emesso la sentenza e quella degli *sponsores* della *cautio iudicatum solvi*, liberati dalla *mors litis* che favoriva il debitore garantito (cfr. D.46.7.2).

¹¹¹ *Sulla responsabilità...*cit., p. 164 secondo il quale l'espressione '*res in iudicio non sit*' significa che allo scadere dei termini previsti dalla *lex Iulia* "la pretesa sostanziale dell'attore (*res*) cessa definitivamente di essere oggetto di qualsiasi giudizio".

¹¹² Se non ipotizzando una 'riemersione' della teoria della *translatio iudicii*.

¹¹³ Visto che minore era lo *spatium deliberandi* attesa la minor durata 'massima' prevista (cfr. nt. 39).

¹¹⁴ *L'estinzione del processo per 'mors litis'*, AG, 142, 1952, p. 34 ss.

come unico effetto della *mors litis* il venir meno della *potestas iudicandi* a cui poteva sopperirsi con un nuovo *iussum* da parte del magistrato indirizzato al medesimo giudice, a meno che l'estinzione non fosse a costui addebitabile: in questa occasione doveva disporsi la *mutatio iudicis*.¹¹⁵ Se si accoglie la prospettiva dell'autore, l'illecito del giudice ne esce notevolmente ridimensionato: al giudice in tal caso potrebbe esser mosso il solo rimprovero di aver ritardato il soddisfacimento della pretesa dell'attore e coerentemente avrebbe dovuto rispondere di ciò. Altrimenti se, nonostante si ammetta come unico effetto conseguente allo spirare dei termini la cessazione della *potestas iudicandi*, si ritiene tuttavia che il giudice comunque dovrà farsi carico dell'intera pretesa dedotta dall'attore nella lite non giudicata, dovrà ipotizzarsi giocoforza che l'*actio contra iudicem qui litem suam facit*, intentata prima della *mors* della lite precedente, funzioni non solo come causa di cessazione della *potestas iudicandi*, ma anche come ipotesi vera e propria di perenzione del processo¹¹⁶. In questa occasione l'effetto che verrebbe negato a una legge sarebbe riconosciuto a una azione pretoria.

Mi sembrerebbe allora di poter inquadrare diversamente il problema che merita una soluzione più articolata: il giudice risulta convenibile per *lis sua facta* dal momento in cui si consuma l'inadempimento¹¹⁷ (assenza di sentenza o di *diffissio*) perché avvicina i termini di scadenza del processo, cosa che costituisce grave pericolo per le sorti del diritto dell'attore; in seguito all'esperimento dell'*actio* cesserebbe la *potestas iudicandi* in virtù di un provvedimento di divieto del magistrato coerente con la concessione dell'azione per *lis sua facta*, ma il processo non giudicato si estinguerà solo con lo spirare dei termini. Ragion per cui *nulla questio* se si ritiene con la dottrina dominante che la cessazione

¹¹⁵ *Op.ult.cit.*, p. 64 ss. dove l'autore afferma che non c'era bisogno di procedere a una nuova *litis contestatio*.

¹¹⁶ A meno di ipotizzare che l'effetto si determinasse per scelta del magistrato che non faceva seguire alla revoca un successivo *iussum* giudicando iniqua la prosecuzione del processo; in tal caso il provvedimento discrezionale del magistrato si risolverebbe in una surrettizia revoca di *datio iudicii*.

¹¹⁷ Inadempimento che potrà cessare solo se giungerà una tempestiva sentenza.

dell'*iudex* dall'ufficio, comportando una nuova *litis contestatio*, determinasse l'improcedibilità dell'azione: in questo caso la responsabilità del giudice si sostituirà a quella del convenuto. Se, invece, si ritiene che il magistrato possa se non debba, quando soprattutto i termini sono ancora lontani a scadere, permettere la prosecuzione del processo sulla base di un nuovo *iussum iudicandi*¹¹⁸ indirizzato ad altro giudice, la responsabilità del giudice dovrà valutarsi in via equitativa e fondarsi essenzialmente sul pregiudizio dovuto al ritardo nel trattare la causa.¹¹⁹

Questa mi pare soluzione congrua col disposto della *lex Irnitana* quando afferma che in seguito al mancato giudicato la lite (*lis*) sia <<dannosa>> al giudice nel senso che questa comporti una responsabilità del giudice ma che, alludendo forse alla possibilità di ottenere il giudicato in seguito alla prosecuzione del processo non deciso, la pretesa dell'attore (*res*) versata nella medesima lite cessi definitivamente di stare in giudizio (*in iudicio non sit*) solo con lo scadere dei termini previsti dalla *lex Iulia*. Ritengo che proprio distinguendo in questa occasione i termini *lis* e *res* la legge consideri separatamente gli esiti che la cattiva gestione del processo (*lis*) comportavano per il giudice e le sorti che seguiva la pretesa (*res*) dedotta in quel processo.¹²⁰

¹¹⁸ Fermo il *litis contestatione teneri* come sostanzialmente afferma il BONIFACIO (vedi nt.115).

¹¹⁹ Pregiudizio che poteva essere anche definitivo se non vi era la possibilità perché troppo stretti i tempi tecnici di proseguire utilmente nel processo. Non affronto qui il problema relativo alla concessione di *restitutio in integrum* in entrambi i casi prospettati, di cui non vi è indicazione nelle fonti e che vanificherebbe in sostanza l'ossequio della norma sui termini.

¹²⁰ Si veda anche la rubrica del cap.91 che parla di *res iudicetur, lis iudici damni sit, res in iudicio esse desinat*, per cui a mio avviso la *res iudicanda* non può essere diversa dalla *res quae in iudicio esse desinat* mentre quest'ultima non può riferirsi al (diverso) processo intentato a carico del giudice. Non può, comunque, escludersi che la previsione relativa alla scadenza dei termini potrebbe anche considerarsi riferita all'ipotesi alternativa in cui, nonostante i presupposti, non si sia proceduto contro il giudice e dunque sia ancora pendente il processo iniziale.

d) Considerazioni relative alle ipotesi trattate

Dalle fonti esaminate sono emerse due ipotesi di *litem suam facere* :

sub a) quella relativa all'*absentia*;

sub b) e c) quella relativa al *neque diffindere neque sententiam dicere*.

Ambedue ruotano attorno all'obbligo del giudice di emanare la sentenza e ne descrivono la violazione. L'assenza del giudice nel giorno fissato riproduce una situazione analoga (e semmai più grave) a quella in cui non c'è stata nell'udienza né *diffissio* né sentenza dal momento che non c'è stata nemmeno l'udienza. Una precisazione meriterebbe la *diffissio*: si è già detto nella opportuna sede che nella fattispecie in oggetto il *diem diffindere* costituiva l'unica alternativa al *sententiam dicere* consegnata al giudice per non incorrere in *litem suam facere*; a ciò va aggiunto che non sempre al giudice era consentito scegliere. Mi riferisco al caso in cui la *diffissio* fosse prescritta come obbligatoria da una norma giuridica. In tale situazione il giudice che violasse l'obbligo ma desse sentenza non era perseguibile per *lis sua facta* inerente alla mancata prestazione del suo ufficio (ipotesi *sub b e c*) e ciò perché, pur malamente, aveva assolto al suo compito,¹²¹ mentre la valutazione della sua responsabilità andava fatta con riguardo alle ipotesi che presiedevano alla corretta emanazione della sentenza,¹²² a un momento, cioè, conseguente al compimento dell'ufficio.

Sul fronte del criterio attributivo della responsabilità i testi esaminati non specificano quale possa essere. Su questo silenzio sono fondate le teorie della responsabilità c.d. oggettiva che fanno riferimento al

¹²¹ In linea con quanto può trarsi da D.42.1.55.(Ulp. 51 *ad Sab.*): *Iudex posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit; et hoc iure utimur, ut iudex, qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit, semel enim male seu bene officio functus est.* Il giudice, si dice, cessa dalla carica in seguito all'emissione della sentenza, quantunque non adeguata alla formula, perché bene o male ha svolto l'incarico. Per una trattazione più articolata del passo vedi *infra* p. 49.

¹²² Che saranno oggetto di trattazione successiva, *infra* p. 42 ss.

D'Ors.¹²³ Fulcro della tesi dell'Autore spagnolo è la configurazione dell'illecito in esame tutta incentrata sulla carenza della sentenza (ipotesi riferita da Macrobio, P. Ant. I.22 e *lex Irnitana*) a cui andava equiparata la sentenza nulla (ipotesi riferita da Gai.4.52). La violazione del precetto era obiettiva, coerentemente si dichiarava non genuino l'Ulpiano di D.5.1.15.1 mentre, sull'asserita classicità delle *Res cottidianae*, l'*imprudencia* citata nei tre passi 'gemelli' (D.44.7.5.4., D.50.13.6, Inst.4.5.pr.) veniva letta come generica ignoranza e non come criterio della *culpa*. Ciò basta per dare per assodato un criterio obiettivo a respiro generale ? L'argomento non può fermarsi al dato testuale dei suesposti brani ed è bisognoso di approfondimento.

Sul versante della dottrina tendente a valorizzare un criterio soggettivo, pur criptato, di responsabilità relativamente a questi brani è d'obbligo citare la Lamberti¹²⁴: l'Autrice avanza l'idea che al giudice non fossero ignote le conseguenze a cui andava incontro in caso di violazione delle norme riconnesse all'ufficio adombrando una presunzione di dolo dinanzi a tali condotte. La studiosa conclude precisando che relativamente a tali ipotesi, le uniche sanzionate in età preclassica, potesse rendersi conto della mancata considerazione del dolo come presupposto per agire per *lis sua facta*, sia che si trattasse di indifferenza nei confronti dell'elemento soggettivo sia che si giudicasse con particolare severità l'inosservanza di tali norme, con il fatto che, essendo queste coperte da giuramento, << l'applicazione conseguente della sanzione era obiettivamente giustificata>>.¹²⁵

A me sembra di poter convenire sul fatto che non fosse necessario alcun rilievo di tipo soggettivo per potersi agire per *lis sua facta* in ordine a queste ipotesi nel senso che dinanzi alla palese omissione il

¹²³ ID., *Litem...cit.*, CREMADES y PARICIO, *La responsabilidad...cit.*, PARICIO, *Los cuasidelitos, observaciones sobre su fundamento historico*, Madrid, 1987, p. 40 ss., GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados...cit.*. Su responsabilità di tipo oggettivo sono orientati relativamente a queste ipotesi DE MARTINO, *Litem...cit.*, p. 35, BURDESE, *Sulla responsabilità cit.*, p. 168 ss.

¹²⁴ *Riflessioni...cit., passim.*

¹²⁵ *Op.ult.cit.*, p. 266.

pretore avrebbe senz'altro concesso l'azione a meno che il *iudex* non avesse fornito valida e tempestiva *excusatio* sulla impossibilità sopravvenuta, temporanea o definitiva, a svolgere l'incarico.

Nel giudizio instaurato a suo carico il giudice non poteva invocare a scusante l'ignoranza circa i doveri fondamentali connessi al suo ufficio, principi di elementare evidenza per i quali non era tollerabile nessuna negligenza. Piuttosto, anche in questa sede dovevano valutarsi ai fini del giudizio sulla responsabilità gli stati di necessità che costituivano motivo di *excusatio* e che non erano potuti farsi valere anteriormente.

Sancito il principio <<*ignorantia non excusat*>> riguardo ai precetti di questo genere, non restava che esaminare il fatto che aveva causato l'omissione: se esso rientrava in una causa tipica di *excusatio* non doveva esserci difficoltà ad assolvere il *iudex* e così parimenti il medesimo sarebbe stato condannato in caso di grossolano errore; per situazioni intermedie bisogna fare una considerazione preliminare: non era stato ancora sviluppato dalla giurisprudenza il concetto di *culpa* come criterio della responsabilità inteso come violazione di norme di perizia, negligenza e imprudenza quando queste ipotesi di *litem suam facere* vennero sanzionate. Su questa base si comprende come originariamente la riflessione dei giuristi probabilmente non si sia impegnata a ricercare entro le fattispecie in esame un criterio soggettivo di imputazione della responsabilità giacché bastava rilevare l'obiettiva omissione non giustificata da idonea scusante.

In periodo successivo la situazione non pare sensibilmente mutare, retaggio forse di uno schema antico e collaudato da cui si faticava a liberarsi, il cui superamento era inoltre ostacolato dalla struttura omissiva della fattispecie, anodina di per sé rispetto all'elemento subiettivo. La individuazione dello stesso era casomai raggiungibile residualmente, partendo cioè dall'esame delle cause giustificative, il che probabilmente ne rendeva superflua una sua positiva determinazione.

Forse in casi di minima negligenza e ancor più in situazioni analoghe a quelle tipiche che valevano come motivo di *excusatio* il *iudex*, nel singolo processo, poteva esser ritenuto esente dal rispondere.¹²⁶

¹²⁶ Potrebbe aderirsi all'idea espressa da LAMBERTI, *Riflessioni...* cit., p. 263, che “ la valutazione della condotta del giudicante, rimessa alla pratica giudiziaria, sia stata piuttosto elastica”.

2. Ipotesi relative al ‘*sententiam dicere*’

a) Gai.4.52 :

Debet autem iudex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa condemnet, alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est. At si etiam <...> qui formulam accipit, intendere debet, nec amplius <...> certa condemnatione constringi <...> usque velit.

Gaio richiama all’attenzione del giudice l’osservanza dei termini della formula. Se il *iudex* non pronuncia in conformità a una *condemnatio certa* farà propria la lite, allo stesso modo se supererà i limiti imposti dalla *taxatio*.

Il D’Ors¹²⁷ ha equiparato completamente questa ipotesi a quelle relative alla carenza di sentenza sulla base dell’assunto che una sentenza così diversa dalla formula fosse nulla e che la nullità equivalesse a mancanza.

Su posizioni differenti si è attestata la Lamberti,¹²⁸ la quale ha ritenuto che la sentenza restasse in piedi potendo le parti contare solo su rimedi di diritto onorario: *infinitio* o *restitutio in integrum*. Sulla validità della sentenza si è espresso il De Martino¹²⁹ con una tesi più articolata: vediamo di tratteggiarne i punti salienti.

Lo studioso prende le mosse sostenendo che la nullità assoluta della sentenza, senza cioè che il pretore accordasse il rimedio restitutorio alla parte danneggiata, andasse irrimediabilmente contro i principi di equità che in casi meno gravi accordavano tutela alla parte danneggiata dal

¹²⁷ *Litem...cit.*, p. 372.

¹²⁸ *Riflessioni...cit.*, p. 256.

¹²⁹ *Litem...cit.*, p. 26 ss.

formalismo . Il riferimento alla sentenza conforme a una *condemnatio in plus* rispetto all'*intentio* è presto fatto: argomentando dal fatto che in tal caso il pretore accordava una *restitutio in integrum* al convenuto per farla ridurre adeguatamente,¹³⁰ l'autore considerava <<sensazionale>> la differenza di regime con la sentenza superiore alla *condemnatio* se fosse stata radicalmente nulla con totale perdita del diritto da parte dell'attore. E tanto più se questa inevitabile conseguenza fosse seguita persino quando la sentenza fosse stata in *minus* rispetto alla formula: in quest'ultimo caso una tal disciplina rigoristica non si accordava nemmeno col regime dell'*intentio* dove il *minus petere* comportava la riproponibilità dell'*actio* per il residuo, seppur non durante la stessa magistratura,¹³¹ mentre solo la *pluris petitio* determinava il *causa cadere*.¹³²

A conforto dell'assurdità, a suo dire, dell'interpretazione rigoristica faceva il caso di decisione difforme dalla *condemnatio* ma conforme all'*intentio*: in questo caso si chiedeva perché mai il giudice dovesse essere ritenuto responsabile e la sentenza nulla.

A questi interrogativi ha cercato di dare risposta un certo tempo più tardi il Burdese¹³³ secondo il quale l'accordare la *restitutio* al convenuto, che avesse subito una sentenza conforme a *condemnatio* maggiore dell'*intentio*, si giustificerebbe nel rimediare da parte del pretore a un proprio errore consistito nel rilasciare una tale formula a cui il convenuto non avrebbe potuto subito opporsi pena l'*indefensio*.

Riguardo al caso di *minus petere*, la possibilità di agire per il residuo era conseguenza di chiedere quanto non ancora dedotto in giudizio, mentre la sentenza di condanna inferiore alla *condemnatio* ma conforme all'*intentio* sarebbe stata valida in base al principio che il meno è ricompreso nel più; se invece la sentenza fosse stata conforme all'*intentio*, ma superiore alla *condemnatio* il giudice, superando i limiti

¹³⁰ Cfr. Gai. 4.57

¹³¹ Cfr. Gai. 4.56

¹³² Cfr. Gai. 4.53

¹³³ *Sulla responsabilità...cit.*, p. 170 ss.

fissatigli, sarebbe incorso in *litem suam facere* per mancanza di valido giudicato.

Non ritengo che il Burdese giunga a conclusioni coerenti con le premesse. Egli afferma che nei casi prospettati da Gaio il giudice incorre in responsabilità perché priva l'attore di un valido *iudicatum*; ciò significa anche dire che manca un valido giudicato laddove si ravvisi un caso di *litem suam facere*: egli però ritiene che la sentenza è valida, e pertanto il giudice non risponde, se essa è conforme all'*intentio* quantunque inferiore alla *condemnatio*; il che a ben vedere è ipotesi trattata da Gaio come integrante il *litem suam facere*.

E non ritengo che a esonerare il giudice da responsabilità valga la considerazione che egli nel caso prospettato ha rimediato a un errore del pretore, ché questo potere non gli è commesso, né che il 'meno' della sentenza sia compreso nel 'più' della *condemnatio* erronea, altrimenti svanirebbero le differenze con il *iudicium incertae pecuniae* dove sia stata posta una *taxatio*: solo in questo caso al giudice '*minoris damnare permissum est*'.

Ritengo piuttosto che il Burdese si sia lasciato suggestionare dal fatto che il giudice, ripristinando i termini dell'*intentio*, non causasse alcun danno alle parti e da ciò abbia argomentato la validità della sentenza e la conseguente irresponsabilità del giudice: si faccia invece il caso in cui il giudice condanni a somma minore della *condemnatio* ma maggiore dell'*intentio*: in questo caso, se non si vorrà argomentare l'invalidità della sentenza, bisognerà quantomeno riconoscere la *restitutio* al convenuto se coerentemente si ammette che il giudice, quantunque abbia dato una sentenza che non trova riscontro nella formula, non potrà essere ritenuto comunque responsabile. A seguire il Burdese si direbbe che in questo caso il giudice non ha superato i limiti impostigli: soluzione accettabile a meno di ritenere che i limiti posti da una *condemnatio certa* non siano solo quelli 'verso l'alto' ma anche 'verso il basso' come fa fede il testo gaiano.

L'Autore mi sembra dica in sostanza che il limite posto al potere del giudice dalla *condemnatio certa* sia quello *ultra* e non quello *infra*: non

è chi non veda il contrasto di tale implicazione con quanto dice Gaio a proposito del *litem suam facere* una volta assunta l'equazione dell'illecito con l'emissione di una sentenza invalida.

Si potrebbe, allora, cercare di interpretare il pensiero dell'Autore (forse però tradendolo), relativamente ai limiti posti al giudice in un giudizio *certae pecuniae*, in questo modo: cioè che il giudice non debba condannare mai a somma superiore di quella posta nella *condemnatio* né inferiore a quella dell'*intentio*, a parte il caso in cui la *condemnatio* sia minore di questa perché altrimenti, come si è visto, oltre all'invalidità della sentenza si genererebbe responsabilità per il giudice. E anche in questo caso rimarrebbero da chiarire le sorti della responsabilità del giudice e della sentenza se quest'ultima fosse per ipotesi inferiore alla *condemnatio* già inferiore all'*intentio*. Né mi pare che al giudice possa riconoscersi facoltà di attenersi alternativamente all'*intentio* o alla *condemnatio* a meno che quest'ultima non sia inferiore all'*intentio*: in questo caso la *condemnatio* sarebbe l'unico termine di riferimento; il che in definitiva ripristina quanto dice Gaio che la pone come unico termine di paragone per azionare la responsabilità del giudice.

La *condemnatio* era, come dice Gaio¹³⁴, la parte della formula che costituiva nel giudice la *potestas condemnandi absolvendive* e a questa soltanto il giudice doveva obbedire spettando il controllo sulla formula al pretore e alle parti, le uniche che avevano contribuito a formarla e sulle quali infine ricadevano gli effetti. Che poi tale disobbedienza comportasse la necessaria invalidità della sentenza non è detto, a meno di sposare un principio rigorosamente formalistico che però va allora accettato *in toto* riconoscendo la nullità della sentenza in ogni caso di difformità dalla *condemnatio*, lasciando ai rimedi pretorii fondati sull'*aequitas* la facoltà di evitare esiti aberranti.

A tale conclusione, cui pure parrebbe giungere, non si ferma il De Martino¹³⁵ il quale mette in dubbio che la sentenza difforme fosse invalida: l'unico argomento a favore della invalidità è, a suo dire, il *litem*

¹³⁴ Gai.4.43.

¹³⁵ *Litem...cit.*, p. 31 ss.

suam facere previsto da Gaio, ma il giurista non afferma che una tale pronuncia fosse nulla.

Egli pertanto non ritiene di trovare argomenti in favore della nullità come invece la dottrina contraria in un passo di Giavoleno relativo a un giudizio divisorio in D.10.3.18 (Iav. 2 *epist.*) :

Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest.

Il brano si riferisce a un soggetto chiamato a decidere come arbitro ma il giurista riferendosi alla *potestas iudicis* sembra riportare una norma di carattere generale: il divieto di superare il *quod in iudicium deductum*.

Il De Martino non lo ha ritenuto attinente ai casi prospettati da Gaio perché esso consisteva in una pronuncia relativa a un giudizio di divisione su cosa estranea all'eredità. Per contro il Burdese e il D'Ors ritengono che il superamento dell'*in iudicium deductum* comporti inevitabilmente nullità della sentenza, cosa che parimenti si verifica nei casi gaiani.¹³⁶ Riferendosi proprio a questi ultimi penso che tale soluzione possa ammettersi a rigore dando per assunto che al giudice sia stato conferito un potere conforme all'*in iudicium deductum*. Come si spiegherebbe, altrimenti, la validità di una pronuncia conforme alla *condemnatio* ma riducibile tramite *restitutio* nei limiti dell'*intentio* se non proprio per adeguarla a questo principio? Principio, cioè, di carattere sostanziale più che di ordine formale, coinvolgente non solo l'*officium iudicis* ma rivolto anche al pretore nel senso di adeguare, ove possibile e nella multiformità dei casi concreti, una pronuncia conforme ai limiti formali della *condemnatio* a quelli (inferiori) effettivamente dedotti nell'*intentio*. In altre parole, se in linea di principio la *potestas iudicis* non può eccedere quanto *in iudicium deductum* e nondimeno il giudice riceve una formale investitura che gli impone di superare ciò, la sentenza

¹³⁶ D'ORS, *Litem...cit.*, p. 372, e BURDESE, *Sulla responsabilità...cit.*, p. 173 ss.

è valida *iure civili* ed è rimesso a un rimedio fondato sull'*aequitas* ristabilire la vigenza del principio in linea di fatto.

Da quanto detto deriva che la valutazione del superamento della *potestas iudicis*, sia ai fini della validità della sentenza che di una eventuale responsabilità del giudice, era ancorata a indici rigorosamente formali e precisamente a quelli posti dalla *condemnatio*, ma ciò non precludeva, in particolare quando detta *potestas* aveva ecceduto l'*in iudicium deductum*, che una valutazione svincolata da quegli indici potesse esser fatta sul terreno del diritto onorario. Pertanto, se nel caso di specie non può dirsi che il giudice abbia commesso “eccesso di potere,” nondimeno il potere conferitogli ha ecceduto l'*in iudicium deductum*, limite intrinseco alla sua *potestas*, e ciò importa quantomeno il ripristino della situazione *iure honorario*, dal momento che non è possibile *iure civili*.

Un altro caso in cui il potere del giudice supera il limite, pur inespesso, fissatogli senza che ciò comporti automatica invalidità della sentenza e verso cui si predispone un rimedio di diritto pretorio potrebbe desumersi da un altro passo del Digesto riferito da Paolo (7 *ad Sab.*): D.24.3.17.2:

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

Il giudice ha trascurato il limite imposto alla sua *potestas* da una norma di diritto sostanziale evidentemente non trasfusa nella formula sottopostagli.¹³⁷ Se pertanto, dimentico della prescrizione giuridica,

¹³⁷ Si tratta della limitazione della condanna nell'*actio rei uxoriae* all'*id quod reus facere potest*, principio di natura civilistica per DI SALVO, <<Ignorantia iuris>> del <<iudex>>, <<actio iudicati>> e <<beneficium competentiae>>, in *Sodalitas . Scritti A. Guarino*, III, Napoli, 1984, p. 1421 ss., GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*², Napoli, 1978, p. 61 e 130 ss., pensa a una elaborazione per via strettamente giurisprudenziale derivata dall'interpretazione che comportava l'*aequius melius* presente nella formula, LAMBERTI, *Riflessioni...cit.*, p. 251 nt. 146, suppone che la mancanza fosse nella formula concreta.

poteva sentirsi libero di sfiorare il limite, che formalmente non gli era stato posto, senza incorrere in responsabilità, né altrimenti poteva dirsi che la potestà del giudice aveva superato i limiti formali¹³⁸ posti dalla *condemnatio* ragion per cui la sentenza era senz'altro valida, ciò nondimeno, giacché il potere del giudice aveva comunque ecceduto i limiti sostanzialmente impostigli, si concedeva un rimedio pretorio.¹³⁹

Tutto quanto fin qui detto non può con necessità logica spingere a concludere che viceversa, cioè nei casi in cui la sentenza fosse difforme dalla *condemnatio*, essa sarebbe stata sempre e comunque invalida, mentre pare invece sicuro che tali ipotesi integrassero condotte oggettivamente rientranti nel *litem suam facere*

Inoltre, mettendo da parte i casi in cui al giudice fosse stato dato ordine erroneo di superare i limiti posti dall'*in iudicium deductum*, è possibile avanzare l'ipotesi ulteriore che la violazione consapevole dell'*in iudicium deductum*,¹⁴⁰ così come di altri limiti relativi alla sua *potestas*, comportasse un *litem suam facere* senza necessariamente inferire la nullità della sentenza relativa.

Una eccezione al rigore formulare e in particolare al dovere di attenersi al limite prescritto dalla formula è fornita da D.5.1.74.1 (Iul. 5 *dig.*):

¹³⁸ Seppur non rigidi perché nei limiti del patrimonio del marito da accertare; ciò potrebbe indurre a pensare che, anche nel caso fosse stata posta nella formula e nei casi analoghi in cui alla *condemnatio* era collegata una *taxatio* da determinare, il suo superamento, non essendo di immediata riscontrabilità e non esistendo in sede di procedura formulare uno specifico procedimento volto ad accertare i vizi della sentenza (cfr. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza in diritto romano* in *Scritti giuridici scelti*, IV, Napoli, 1985, p.40), importasse validità formale della pronuncia.

¹³⁹ Che ha fatto discutere perché ai più è parso troppo gravoso per la *uxor* in quanto comportava in sostanza la perdita del diritto senza rivalsa alcuna: a parte la possibilità, sostenuta anche dal GUARINO, *La condanna...cit.*, p. 109 e 137ss, per la moglie di cautelarsi autorevolmente già in sede di giudizio di cognizione con una *cautio de residuo* o una *praescriptio pro actore*, DI SALVO, <<*Ignorantia...cit.*, p. 1431, pensa alla utilizzabilità di quest'ultimo rimedio anche in sede di esecuzione.

¹⁴⁰ LAMBERTI, *Riflessioni...cit.*, p.228 nt.35, ritiene che, qualora si giunga a tale inferenza, bisognerebbe coerentemente concludere che "l'illecito doveva comprendere un'ampia gamma di fattispecie".

Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat.

L'accordo delle parti col giudice vale ad autorizzarlo a giudicare oltre il limite fissato dalla *taxatio*, verosimilmente senza bisogno di ripetere la *litis contestatio*. La sentenza è valida e il giudice non incorre in responsabilità. Nel caso in esame è indubbio dover ammettere un'attenuazione del formalismo¹⁴¹ a favore di un criterio sostanziale derivato dal consenso delle parti idoneo a oltrepassare il limite formale prestabilito e a eliderne le conseguenze sia rispetto alla sentenza e ancor più rispetto alla responsabilità del giudice.

Nella discussione non si può trascurare quanto si dice in D.42.1.55.(Ulp. 51 *ad Sabinum*) :

Iudex posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit: et hoc iure utimur, ut iudex, qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit: semel enim male seu bene officio functus est.

A parte le critiche interpolazionistiche¹⁴² che possono essere mosse al testo, penso che il significato classico non ne sia rimasto sostanzialmente alterato. Si dice che l'ufficio del giudice si esaurisce col dare la sentenza:

¹⁴¹ In questo senso DE MARTINO, *Litem...cit.*, p. 33, e BURDESE, *Sulla responsabilità...cit.*, p. 175.

¹⁴² GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados...cit.*, p.46 ss., ravvisa come la reiterazione di *semel* sia carente di senso nelle ultime due frasi e sia dovuta a mano compilatoria, come priva di significato l'espressione relativa a una *condemnatio pluris vel minoris* perché mancante della parola *summa*, infine esprime perplessità riguardo a che cosa voglia dire *amplius corrigere sententiam suam non possit*; a questo proposito giova ricordare la critica di DE MARTINO, *Litem...cit.*, p. 32, che ritiene di 'troppo' *amplius* perché falsa la decisione del giurista riducendo l'impossibilità di correggere la sentenza all'ipotesi di aver condannato al *minus*, la soluzione così corretta risulta in perfetto accordo col regime classico di immodificabilità della sentenza ed è sostanzialmente da me accolta nella parafrasi del testo.

una volta che l'abbia data condannando a più o a meno del dovuto, non può più modificarla perché bene o male ha smesso le sue funzioni.

Il brano a mio avviso non serve per affermare la validità della sentenza in quanto Ulpiano argomenta dalla cessazione dell'ufficio per derivare la irretrattabilità¹⁴³ della sentenza. Questa era immodificabile tanto che fosse valida, tanto che non lo fosse.

Il De Martino,¹⁴⁴ tuttavia, pensa di poterne trarre un indizio favorevole nel senso della validità della sentenza difforme dalla formula; il Burdese¹⁴⁵ pensa a sentenza valida ancorché ingiusta ritenendo l'espressione *vel pluris vel minoris condemnavit* riferita non già al limite fissato nella formula ma a quanto più o meno il giudice avrebbe dovuto fare.

Ritenendo insuperabile il limite testuale posto dal verbo *condemnare*, credo che l'opinione del Burdese possa riferirsi al solo caso in cui la decisione del giudice fosse scaturita entro gli eventuali limiti di una *condemnatio incerta* e l'ingiustizia relativa non sarebbe derivata da una condanna ingiusta perché irrogata a persona incolpevole ma a un incongruo ammontare, nel più o nel meno, della *summa* determinata nella sentenza. L'opinione di Ulpiano doveva riportarsi pertanto a questa ipotesi, oserei dire, marginale, rispetto a quelle in cui era naturalmente più rigorosa la misura del compimento dell'ufficio e che pertanto evidenziavano meglio la scorrettezza, considerato che, invece, nel caso in parola il giudice aveva potere assolutamente discrezionale? Né, tantomeno, il giurista parla di una tal sentenza come resa *per iniuriam iudicis*, cioè totalmente infondata nel suo contenuto materiale.

¹⁴³ Sul punto si veda D.42.1.62 (Alf. 6 dig.): *Cum quaerebatur, iudex, si perperam iudicasset, an posset eodem die iterum iudicare, respondit non posse.*; D.42.1.14.(Celso 25 dig.) : *Quod iussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et remittere licet: de sententiis contra.* Su quest'ultimo brano si veda la critica di RAGGI, *La restitutio...*cit., p. 304 ss., su entrambi CREMADES y PARICIO, *La responsabilidad...*cit., p.190 ss.

¹⁴⁴ *Litem...*cit., p. 32 ss.

¹⁴⁵ *Sulla responsabilidad...*cit., p. 174.

Riferito piuttosto al processo formulare,¹⁴⁶ il brano è in grado di contemplare con la formula *vel pluris vel minoris*¹⁴⁷ entrambi i casi riportati da Gaio di *condemnatio certa* e *condemnatio incerta* a cui è collegata una *taxatio* stabilita; semmai nel passo in oggetto non si trova accenno alla responsabilità del giudice, il che potrebbe far dubitare circa una sua ‘automaticità’ pur in presenza di tali situazioni.

In definitiva, non ritengo conclusa per parte mia la questione relativa alla validità/ nullità della sentenza difforme dalla formula, ma mi pare verosimile, pur volendo sostenere la tesi del rigore formale, che l’esame circa la validità della sentenza non fosse lasciato, almeno nel corso dell’età classica, a criteri di natura esclusivamente formale la cui obiettiva pretermissione comportasse necessariamente la invalidità della stessa, ma che abbiano contribuito alla valutazione ragioni di ordine sostanziale almeno nel senso di escluderne la nullità, come può dedursi in particolare da D.5.1.74.1.

Ritengo anche che, però, una sentenza di tal genere fosse sempre una sentenza viziata, nel senso che l’esame del vizio dovesse trovare sempre accoglimento in sede di diritto onorario.¹⁴⁸ Quale fosse l’effetto nel caso concreto qui non interessa, basti soltanto dire che c’era una sentenza viziata la cui (diversa) regolamentazione influenzava tutt’al più il regime della condanna del processo intentato contro il giudice per *lis sua facta*.

Piuttosto vorrei soffermarmi su quest’ultimo punto: non ritengo scontato che l’emissione di una sentenza obiettivamente viziata

¹⁴⁶ In questo senso oltre DE MARTINO, *ubi est* cit. in nt. 66, CREMADES y PARICIO, *La responsabilidad...cit.*, p.183 ss.

¹⁴⁷ Si noti l’analogia dei termini con quelli utilizzati da Gaio e in particolare relativamente alla *taxatio*: *...ne pluris condemnet...Minoris autem damnare...senza necessità di utilizzare summa.*

¹⁴⁸ Nel senso di ritenere, pur non escludendo la nullità, che il caso della sentenza emessa fuori dai termini prescritti dalla formula costituisse sempre un vizio della stessa rilevabile da parte del convenuto in sede di *actio iudicati* tramite *infitiatio* (vedi anche nt.53 p. 13), salvo beninteso il caso di D.5.1.74.1 e similari.

comportasse inevitabilmente il porla a carico del giudice: se l'esame della sentenza era condotta con parametri obiettivi che prescindevano, cioè, dalla valutazione dell'atteggiamento soggettivo del giudice non penso, però, che tali parametri possano trasferirsi *tout court* per determinare la responsabilità del giudice. E' mio convincimento, insomma, che le vicende della sentenza non erano legate a doppio filo con le sorti della responsabilità del giudice: il giudice non rispondeva perché aveva dato una sentenza comunque invalida, ma perché ciò facendo aveva mancato ai suoi doveri.

Questo profilo non emerge da Gai 4.52. L'assenza della caratterizzazione psicologica può spiegarsi per il fatto che si trattava di violazione di un precetto cardine la cui ignoranza non poteva essere eccepita a scusante: l'obiettivo difformità della sentenza dalla formula non poteva che sembrare come 'fatta apposta' e su questo presupposto doveva corrispondere una certa 'automaticità' da parte del pretore nel concedere l'azione.

Il giudice aveva poche *chances* di sfuggire alla condanna, egli non poteva provare la propria assoluta buona fede rispetto all'ignoranza del precetto ma solo rispetto al fatto che aveva fondato l'erronea convinzione di attenersi al precetto o rispetto al fatto che lo avrebbe sollevato dall'attenersi: se per esempio, magari per una manovra fraudolenta di una delle parti, gli fosse pervenuta una formula diversa da quella rilasciata dal magistrato o se il giudice avesse pensato di poter superare la *taxatio* fissata interpretando erroneamente la volontà delle parti. In tutti questi casi doveva parlarsi di sentenza invalida ma si poteva, altresì, condannare il giudice per *lis sua facta* accusandolo di aver sottomesso la lite al suo arbitrio?

Si dirà che si tratta di ipotesi di difficile verificabilità, il che può spiegare la trascuratezza sul tema da parte dei giuristi, o che probabilmente il giudice non fosse ammesso comunque a provare ciò; ma nemmeno nel caso in cui fosse esente da colpa? Io penso, invece, che tali valutazioni spingano a riconsiderare il tema anche sotto il profilo soggettivo della responsabilità; piuttosto, il problema si sposta su quale

fosse il criterio soggettivo. A questo punto vale ripetere una considerazione già fatta in precedenza: quando i comportamenti in dispregio alla formula furono sanzionati dal pretore la giurisprudenza romana non aveva ancora elaborato la categoria della *culpa* come criterio soggettivo di attribuzione della responsabilità né tantomeno tali fattispecie inducevano a farlo; al contrario, tanto era patente l'illiceità di tali comportamenti da non richiedere alcuna specificazione sul piano dell'elemento psicologico della condotta una volta soprattutto che si sia accettata l'inescusabilità dell'ignoranza del precetto che imponeva al giudice di seguire le istruzioni conferitegli nella formula. Ciò avrebbe comportato una considerazione obiettiva del comportamento del giudice rispetto alla conoscenza di tale precetto nel senso che trascurarlo costituiva perlomeno una imperdonabile negligenza, e si può comprendere come allora la valutazione del suo atteggiamento psicologico avesse strettissimo ingresso: essa si risolveva sul piano processuale in un onere gravosissimo per il giudice-convenuto cui spettava dare una convincente prova che giustificasse l'errore sul fatto¹⁴⁹ da cui dipendeva la commissione dell'illecito.

* * * * *

Si è già detto della *diffissio*, della sua importante funzione all'interno del processo e della sua regolamentazione di cui però ci è pervenuta purtroppo scarsa notizia.¹⁵⁰ A tal proposito vorrei richiamare il caso prospettato da P. Ant. I.22 dove è prospettato un obbligo di *diffissio* per il giudice in caso di intervento nel processo di un *falsus tutor*: se il giudice avesse invece dato sentenza questa sarebbe stata irrimediabilmente invalida. A una tale conseguenza doveva portare

¹⁴⁹ Prova ancor più diabolica nel periodo più antico quando verosimilmente alle parti e al giudice non era data alcuna possibilità di derogare al formalismo processuale e i casi in cui poteva darsi scusa al giudice erano praticamente ridottissimi. Naturalmente dovevano erigersi a scusanti i casi di forza maggiore e fortuito che avevano determinato il fatto illecito del giudice.

¹⁵⁰ Alle pp.8-9.

l'aver trascurato l'obbligo nel caso presentato in D.42.1.60. (Iul. 5 dig.)¹⁵¹:

Quaesitum est , cum alter ex litigatoribus febricitans discesisset et iudex absente eo pronuntiasset, an iure videretur pronuntiasse. Respondit: morbus santicus etiam invitis litigatoribus ac iudice diem differt. Santicus autem existimandus est, qui cuiusque rei agenda impedimento est. Litiganti porro quid magis impedimento est, quam motus corporis contra naturam , quem febrem appellant? Igitur rei iudicandae tempore alter ex litigatoribus febrem habuit, res non videtur iudicata. Potest tamen dici esse aliquam et febrium differentiam: nam si quis sanus alias ac robustus tempore iudicandi levissima febres correptus fuerit, aut si quis tam veterem quartanam habeat, ut in ea omnibus negotiis superesse soleat, poterit dici morbum santicum non habere.

Al quesito se, essendosi allontanato febbricitante uno fra i litiganti, il *iudex* avesse pronunciato la sentenza a buon diritto, Giuliano rispondeva che il morbo santonico differiva il giorno del giudizio anche contro la volontà dei litiganti e del giudice.¹⁵² Aggiungeva che bisognava

¹⁵¹ Sul brano RAGGI, *La restitutio...*cit., p.309ss., GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados...*cit., p.35ss.

¹⁵² GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados...*cit., p.36 anziché pensare alla imperatività del precetto delle XII tavole interpreta nel senso ulteriore che la *diffissio* potesse essere disposta dal pretore senza la mediazione del giudice lasciando intendere (forse) che *res non videtur iudicata* significhi che possa ottenersi ancora la pronuncia: conclusione che ritengo inaccettabile visto il divieto di giudicare due volte per il giudice. Sulla imperatività della norma sul morbo santonico oltre a quanto può desumersi dal tenore della stessa (cit. a p.5 nt. 35) si veda D.2.11.2.3.(Ulp. 74 *ad ed.*): *Et ideo etiam lex duodecim tabularum, si iudex vel alteruter ex litigatoribus morbo santonico impediatur, iubet enim iudicii esse diffisum*. Non si può concordare con l'autrice spagnola, *Los llamados...*cit., *passim*, quando non rileva l'obbligatorietà della *diffissio* in tale passo e non coglie l'analogia con quello giuliano, né sulle conclusioni finali sulla *diffissio* definita esclusivamente come "aplazamiento facultativo". Sulla invalidità della sentenza potrebbe trarsi argomento da quanto dice Paolo, in un caso analogo a proposito di *actio iudicati*, in un passo riferito proprio da Giuliano in D.5.1.75.(Iul 36 dig.): *Paulus notat: si autem morbo impeditus aut rei publice causa*

stimare come sonto il morbo che impedisce qualsiasi attività e nel caso specifico del litigante la febbre, moto innaturale del corpo. In tal caso, se al momento del giudizio uno di costoro ha la febbre, non si forma il giudicato. C'è da precisare che v'è differenza tra le febbri: non è affetto da morbo sonto l'individuo sano e robusto rapito da lieve accesso febbrile e nemmeno chi ha una quartana così cronica da soprassedervi nello svolgimento di tutte le attività.

Il riferimento alla norma delle XII tavole è palese: identico il richiamo al morbo sonto e sostanzialmente equivalente la terminologia usata per indicare la *diffissio diei*.¹⁵³ La violazione di tale precetto inderogabile comportava che la sentenza relativa non fosse conforme allo *ius in procedendo* e andasse pertanto incontro a nullità.

Sotto quest'ultimo profilo corre una somiglianza con i casi prospettati da Gai 4.52: in questi come in quelli appena trattati si tratta di violazione di norme procedurali che non rilevano di per se stesse ma in quanto inficiano l'emissione di una valida sentenza.

Su questa base ipotizzerei che se già non fossero di dominio pubblico, sussistesse un obbligo di conoscere norme così importanti e imprescindibilmente connesse all'ufficio del giudice, come quelle che prescrivevano di rinviare la sentenza, per chi tale incarico era chiamato a ricoprire.¹⁵⁴ È quanto potrebbe coerentemente trarsi da Gellio che,

avocatus adesse non potuit reus, puto vel actionem iudicati eo casu in eum denegandam vel exsequi praetorem ita iudicatum non debere. La mancanza della parte al processo *morbo aut rei publice causa* comporta che il pretore neghi l'*actio iudicati* e in ultima analisi decreti l'ineseguibilità del giudicato.

¹⁵³ In questo senso GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados...cit.*, p.36

¹⁵⁴ Si doveva trattare essenzialmente di norme di *ius civile* (così farebbe propendere la definizione di *ritus legitimus*, nulla esclude un intervento estensivo della giurisprudenza e una recezione edittale almeno per la facoltà di *diffindere*) che prevedevano i casi tassativi in cui il giudice fosse autorizzato o necessitato a disporre il rinvio: è chiaro che non poteva essere rimesso al solo giudice il potere assolutamente discrezionale di dilatare i tempi del processo. A impegnare il giudice sotto il profilo della valutazione (discrezionale) del fatto doveva poi servire il giuramento. L'omissione della medesima invece non comportava di per sé nessun effetto nel caso in cui fosse facoltativa. Limitatamente agli altri casi potrebbe nondimeno ipotizzarsi, dal momento che obbligo di *diem diffindere* significa necessità di

chiamato a svolgere l'ufficio di giudice, dice di essersi informato in *diffissionibus comperendinationibus et aliis quibusdam legitimis ritibus*.¹⁵⁵ A un tale obbligo di informazione per il giudice che poteva riflettere un certo rigore nello scusarne l'ignoranza non doveva altresì corrispondere identica severità nel valutare l'omissione della *diffissio* nel caso concreto: gli si poteva infatti imputare l'errore sulla valutazione del fatto che imponeva di disporre il rinvio? Si rammenti che il giudice romano aveva una larghissima discrezionalità nel valutare il fatto¹⁵⁶ (e nemmeno gli si richiedeva di essere *iuris peritus*), ciò tanto più quando la valutazione dei fatti doveva presentarsi ostica di per sé; in questo senso mi sembra orientato l'interrogativo posto a Giuliano. Non quindi sulla supposta ignoranza o scarsa intellegibilità di una norma ma sulle difficoltà che poteva porre l'applicazione della stessa relativamente ai fatti concreti che la integravano; ecco allora il giurista spiegare con esempi concreti cosa fosse il morbo sontico attento in particolare agli aspetti problematici che sollevava la valutazione clinica dello stesso piuttosto che intento a rilevare un eventuale errore di diritto del giudice.¹⁵⁷ È pur vero che l'esame è condotto esclusivamente agli effetti

non dare sentenza, un obbligo generale che imponesse al giudice di disporre la *diffissio* in tutti i casi in cui si rendesse evidente l'impossibilità di emettere un valido giudicato. L'ottica già prospettata non ne verrebbe sostanzialmente mutata.

¹⁵⁵ N.A., 14.2.1.

¹⁵⁶ L'ampia discrezionalità sul fatto oggetto di valutazione del giudice relativa alla sua *cognitio* è stata messa bene in luce dal LUZZATO, *Il processo d'origine del processo extra ordinem. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965, *passim* e in particolare p. 105, e da PUGLIESE, *ivi cit.* a p. 46; è pur vero che nel caso in esame non si tratta specificamente di conoscere la causa ma la valutazione del presupposto implica pur sempre una ricognizione sul fatto.

¹⁵⁷ Che in definitiva si risolveva nella ignoranza della norma delle XII tavole la cui intellegibilità non doveva invece dare dubbi di esegesi. Lo stesso RAGGI, *La restitutio... cit.*, p. 310, rileva come il giurista si curi di valutare la mancata formazione del giudicato "nei termini d'una graduazione della gravità dell'impedimento" che può legittimarla. Una valutazione simile della malattia, in sede di processo, doveva compiere il giudice prima di pronunciarsi.

della sentenza mentre dal giurista non viene presa in considerazione la posizione del giudice.¹⁵⁸

Nel caso analogo del papiro di Antinopoli penso che invece possa trarsi qualche spunto in più. Nella seconda parte del papiro si argomenta prendendo in considerazione che il giudice sa dell'intervento del *falsus tutor*, altrimenti in che modo si spiegherebbe il fatto che trascuri di dar sentenza e, inoltre, come gli si potrebbe far carico dell'obbligo di rinviare? Nella prima parte evidentemente egli non ha riconosciuto il fatto integrativo dell'obbligo e non si parla di *litem suam facere*. Se ciò lascia supporre che l'ignara violazione dell'obbligo di rinvio non comporti responsabilità per il giudice, mi pare anche verosimile che nel caso inverso il giudice possa incorrere nel *litem suam facere*: a parte la similitudine sul piano procedurale con i casi gaiani, la fattispecie potrebbe rientrare in quella descritta da Ulpiano relativa al *sententiam dicere dolo malo in fraudem legis*,¹⁵⁹ sebbene personalmente ritenga che l'autore potesse aver in mente ipotesi diverse da questa. Se, infatti, si ammette che essa si riferisca a ipotesi concretantisi in violazione di norme sostanziali, credo che tanto più possa derivarsene la medesima conseguenza per il caso di inosservanza di norme procedurali tassative, considerati gli esiti gravissimi a cui ciò doveva portare.¹⁶⁰

Si è detto delle somiglianze con le ipotesi gaiane di *litem suam facere*, nel senso che in entrambi i casi era ravvisabile una violazione procedurale ma vi è una differenza netta sotto altro profilo: il dovere di attenersi alla formula prescinde dalla valutazione (del fatto) inerente alla qualificazione giuridica dei fatti che costituiscono i termini della formula stessa, essendo quest'ultima rimessa alle parti e in definitiva al magistrato: il giudice non può valutare se deve applicare la formula, ma la deve applicare. Nel caso della norma che gli impone di rinviare gli è

¹⁵⁸ Coerentemente GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados...cit.*, p. 36, si domanda quale 'ricorso' proceda contro il giudice.

¹⁵⁹ D.5.1.15.1.

¹⁶⁰ La *fraus legi* andrebbe intesa nelle ipotesi qui riportate e nei casi analoghi riferendosi all'aggiramento doloso della legge regolatrice del processo, la *lex Iulia*, ove presumibilmente avevano dovuto trovare sistemazione le norme sulla *diffissio*.

sempre rimesso il potere di accertare il fatto posto a fondamento dell'obbligo, che non sempre era di immediata evidenza e talvolta, anzi, di difficile valutazione.¹⁶¹ Da ciò derivava una diversa considerazione da parte dei giuristi di fronte a tali specie di condotte: nelle ipotesi di Gai 4.52 il comportamento, essendo direttamente spregiativo del precetto, derogabile in ristrettissimi casi, appariva immediatamente riprovevole senza necessità di particolari indagini sotto il profilo soggettivo, attesa la scontata conoscenza della norma violata; nelle ipotesi, invece, in cui era ravvisabile una effettiva inosservanza di disporre il rinvio, l'attenzione del giurista si appuntava sugli effetti che si ripercuotevano sulla sentenza piuttosto che sulla responsabilità del giudice, che evidentemente non conseguiva automaticamente. A ciò si aggiunga che non doveva sembrare patente l'illiceità di un tale comportamento, considerata l'incertezza con cui può apparire o valutarsi un fatto e avendo il giudice comunque atteso al suo compito principale, visto che, poi, l'obbligo di *diffissio* era eccezionale rispetto alla regola che imponeva di dare sentenza,¹⁶² la cui inosservanza, tra l'altro, era ipotesi ben più pregnante di questa.

Prima di addentrarsi in ulteriori indagini inerenti al criterio soggettivo di attribuzione della responsabilità conviene affrontare un brano cardine sul tema.

¹⁶¹ Nel caso che si evince dal P. Ant. I.22 la carenza di capacità del pupillo era verosimilmente sfuggita anche al pretore, nei casi in cui si trattava di accertare il morbo sontico c'era bisogno di una certa perizia medica.

¹⁶² Possono così riassumersi gli effetti relativi alle ipotesi in cui la *diffissio* veniva disposta od omessa fuori dai casi previsti: nella violazione del *ius iurandum* doveva unicamente risolversi l'aver disposto la *diffissio* fuori dai casi previsti. Se invece veniva omessa, bisogna distinguere: se non veniva data la sentenza, si verificava *litem suam facere* per contemporanea omissione di sentenza e *diffissio*; se veniva data la sentenza nel caso in cui poteva essere disposta la *diffissio*, non succedeva nulla; se la sentenza era resa quando invece sussisteva l'obbligo di rinviarla, questa sarebbe stata presumibilmente invalida (o colpita da analoga sanzione di diritto onorario) per contrarietà al diritto processuale e se resa *dolo malo* comportava *litem suam facere* per il giudice.

b) D. 5.1.15.1. (Ulp. 21 *ad ed.*)¹⁶³:

Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.

Il discorso di Ulpiano sembra mosso da un atteggiamento epesegetico-didascalico¹⁶⁴ : spiegare in cosa consista il *litem suam facere*: << Si capisce allora che il giudice fa propria la lite quando ha detto sentenza *dolo malo in fraudem legis*>>. Segue poi nell'inciso, ritenuto comunemente spurio e riportato tra parentesi nelle edizioni moderne, la specificazione della condotta mediante indici presuntivi: <<il fatto intanto risulta commesso con dolo nel caso si tragga con evidenza la grazia, l'inimicizia o anche la bassezza del giudice>>. Il giurista conclude affermando che il giudice da un tale comportamento (*ut*) <<è costretto a prestare la vera *aestimatio litis*>>.

Sul piano formale il testo non è stato esente da critiche volte a metterne in dubbio la genuinità parziale o totale. Mi limito a riportare la tesi estrema di D'Ors,¹⁶⁵ che più attiene a questo tema, il quale ha ritenuto il passo interamente compilatorio. Egli parte constatando l'inconciliabilità con P. Ant. I.22 e con le *Res cottidianae*, che attribuisce a Gaio e considera pertanto classiche. Passando al profilo squisitamente formale, rileva ambiguità nell'espressione inconsueta *fraus legis* e non *legi* che ritiene generica, potendo comprendere tutto l'ordinamento giuridico, e per ciò non appartenente ai giuristi classici.

¹⁶³ L'*inscriptio* è vivacemente contestata : più conforme al titolo del Digesto relativo a regole di procedura (*De iudiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat*) sotto cui è riportato il brano sembrerebbe infatti il 23° libro dove Ulpiano si occupava dell'analogo titolo edittole mentre nel 21° commentava le leggi *Cicereia* e *Cornelia* sulle garanzie personali (titolo commentato *De adpromissoribus?*).

¹⁶⁴ Si ricordi a questo proposito cosa si diceva in D.5.1.15.pr. a proposito della responsabilità del *filius familias iudex* (cfr. pp. 17-18).

¹⁶⁵ *Litem...*cit., p. 377 ss.

Gli ulteriori argomenti che l'Autore avanza sono di carattere sostanziale, fondati cioè sul contrasto di significato che corre tra la definizione ulpiana del *litem suam facere* e la conseguente condanna con quella resa dagli altri testi. In particolare, l'autore rileva come il senso accordato dal giurista severiano all'espressione *litem suam facere* non sia conforme a quella classica altrimenti descritta tecnicamente da Macrobio nei *Saturnalia* e dallo stesso P.Ant. I.22, ma corrisponda a quella espressa nel giudizio di Paride da Draconzio, poeta del V secolo.

Gli argomenti testuali addotti dallo studioso sono troppo blandi per revocare in dubbio la genuinità del testo. Quelli basati sul contrasto con le *Res cottidianae* sono condizionati dall'asserita classicità di queste, data come assioma: in definitiva si tratta di brani della compilazione e non mi sembra lecito accordare all'uno o all'altro una aprioristica preferenza di genuinità; parimenti è un discorso fazioso argomentare che quello e non l'altro è il significato classico di *litem suam facere*, potendo astrattamente comprendersi entro il medesimo tutte le fattispecie descritte;¹⁶⁶ ciò che sembra, infine, è che l'Autore sia costretto a tacciare di inautenticità Ulpiano perché rischia di far saltare la sua teoria fondata sulla mancanza di sentenza, già messa a dura prova da Gai 4.52.

Mi pare condivisibile, col conforto di dottrina quasi unanime, considerare glossema le parole poste tra parentesi. Su questo punto concordano anche Cremades y Paricio,¹⁶⁷ ritenendo genuina la parte restante e confermando altresì la tesi dorsiana. L'apparente contrasto che verrebbe a determinarsi è superato riferendo il contenuto del brano alla possibilità venutasi a creare in età tardo-classica di appellare la sentenza dinanzi al principe giacché senza un processo di revisione, sconosciuto in età precedente, non sarebbero potuti farsi valere i vizi materiali della stessa.

Per concludere con la triade degli autori spagnoli che più di recente si sono interessati al tema, si riporta l'opinione della Giménez-Candela¹⁶⁸

¹⁶⁶ Vedi inoltre quanto detto nella *sedes materiae*.

¹⁶⁷ *La responsabilidad...*cit., p. 21 ss.

¹⁶⁸ *Los llamados...*cit., p. 48 ss.

che ha fatto salvo il brano eccetto che per il riferimento al dolo, interpretando la *fraus legis* come l'obiettiva contrarietà alla *lex Iulia*.

Sulla classicità della locuzione *dolo malo in fraudem legis* si era espresso recisamente già l'Arangio-Ruiz tanto da crederla direttamente tratta dall'Editto.¹⁶⁹

L'osservazione è stata giudicata corretta dal De Martino,¹⁷⁰ salvo che per la limitazione del dolo ai casi di frode alla legge: egli pensa che l'agire *dolo malo* avesse un carattere più generale e non solamente limitato a specificare la violazione di leggi, magari determinate,¹⁷¹ e pertanto corregge l'espressione tutta in *dolo malo aut fraudem legis*.¹⁷²

Proprio sulla menzione della *fraus legi* si è appuntata la considerazione della Lamberti¹⁷³ costruita sull'idea che Ulpiano stesse trattando della violazione di una legge specifica, forse riferita allo *status* di *filius iudex*, nel frammento che ci è pervenuto monco, prima di introdurre il discorso sul *litem suam facere*. La *fraus legi* si sarebbe, quindi, riferita a puntualizzare un aspetto specifico del caso trattato che, invece, l'estrapolazione dal contesto da parte dei giustinianeî avrebbe fatto assurgere a soluzione generale.

Secondo il Burdese¹⁷⁴ il dolo avrebbe specificato sotto il profilo dell'elemento soggettivo l'*agere in fraudem legis* del giudice in relazione alla violazione di norme determinate. Egli ha così avanzato l'ipotesi, tenendo fede all'*inscriptio* riportata nel Digesto, che Ulpiano, commentando la *lex Cicereia* e la *lex Cornelia* che imponevano limiti

¹⁶⁹ *Istituzioni*...cit., p. 378.

¹⁷⁰ *Litem*...cit., p.7 ss.

¹⁷¹ ID, *Litem*...cit., p.34ss.

¹⁷² Egli, *Litem*...cit., p.9, ravvisa analogia con la prescrizione sui *pacta conventa* : D.2.14.7.7.(Ulp. 4 *ad ed.*): *Ait praetor: 'Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo'* _ Su tale interpretazione si esprime critico BURDESE, *Sulla responsabilità*...cit., p. 181, il quale rileva che l'alternativa è “ tra dolo di uno dei paciscenti ed oggettiva contrarietà alla legge, o altra fonte autoritativa equiparata, alla quale si affianca l'ipotesi di *fraus legi*”.

¹⁷³ *Riflessioni*...cit., p. 252.

¹⁷⁴ *Sulla responsabilità*...cit., p. 176 ss.

alle garanzie personali,¹⁷⁵ avesse riscontrato in particolare un caso di *litem suam facere* nell'inosservanza da parte del giudice dell'ammontare massimo previsto nella *lex Cornelia*, ravvisando situazione analoga con l'ipotesi gaiana di superamento della *taxatio certa*. Analogia che secondo l'Autore corre, altresì, con l'ipotesi di inottemperanza del *beneficium competentiae* accordato in favore del donante da un rescritto di Antonino Pio;¹⁷⁶ nel qual caso è prevista l'automatica riduzione dell'*actio iudicati* nel *quantum facere potest*.¹⁷⁷ In ciò l'Autore ravvisa, col conforto dell'autorità del Pugliese, << un precedente del principio di nullità delle sentenze pronunciate *contra constitutiones*>>¹⁷⁸ che doveva aver cominciato a farsi strada proprio in sede di procedura ordinaria con la differenza che, mentre Paolo prevedeva l'automatica riduzione della pretesa in sede di *actio iudicati*, Ulpiano si limitava a dichiarare la nullità della sentenza e a rilevare la responsabilità del giudice sulla base del presupposto del dolo.

La pur arguta congettura del Burdese solleva, però, qualche perplessità perché condiziona ancora una volta la responsabilità del giudice all'emanazione di una sentenza nulla: a parte l'eccezionalità di

¹⁷⁵ La *lex Cicereia* si riferiva insieme alla *lex Furia* (precedente nel tempo e commentata da Ulpiano nel 20° libro *ad edictum*) allo *sponsor* e al *fidepromissor*. Quest'ultima aveva disposto in due anni la durata massima della garanzia e che il creditore potesse agire contro ciascuno dei garanti *pro quota* (benché si trattasse di obbligazioni solidali) soggiacendo altrimenti alla *manus iniectio*. A tal fine la *lex Cicereia* impose al creditore di denunciare pubblicamente il numero dei garanti e quale obbligazione garantissero; diversamente, in seguito ad accertamento giudiziale, sarebbero stati liberati. Successivamente la *lex Cornelia*, che si applicava anche al *fideiussor*, aveva stabilito un limite massimo garantibile nell'arco dell'anno da parte di un solo garante per i crediti vantati dal medesimo creditore nei confronti dello stesso debitore. Sul punto cfr. PUGLIESE-SITZIA-VACCA, *Istituzioni...cit.*, p. 485 ss.

¹⁷⁶ Cfr. D. 39.5.12., D.23.3.33., D.50.17.28.

¹⁷⁷ D.42.1.41.2 (Paul. 14 *quaest.*): *In solidum condemnatus donator actione iudicati nisi in quantum facere potest non tenetur beneficio constitutionis*. Il GUARINO, *La condanna...cit.*, p. 49 ss., ha pensato di poter ritenere che il caso prospettato dal brano fosse quello sottoposto all'imperatore e da lui risolto tramite quel rescritto a cui si provvederà di attribuire principio generale applicabile già in sede di giudizio di cognizione.

¹⁷⁸ *Sulla responsabilità...cit.*, p.178-179 e PUGLIESE, *Note...ivi cit.*

una tale sanzione anche in età severiana per una sentenza formulare esente da vizi di forma, non ne verrebbe confermata l'analogia con gli altri casi prospettati, dal momento che la previsione del dolo fa la differenza.

In questo caso non uscirebbe indenne la biunivoca corrispondenza fra nullità della sentenza e responsabilità del giudice istituita per giustificare la sussistenza del *litem suam facere*, giacché bisogna quantomeno pensare a ulteriori rimedi nel caso di superamento involontario dei limiti previsti dalla *lex Cornelia*, non potendosi l'attore rivalere contro il giudice. Mi sembra chiaro, allora, che la giustificazione generalmente addotta dall'autore per il *litem suam facere*, cioè l'aver privato per atto del giudice l'attore di valido giudicato, non sia in questo caso sufficiente; anzi, io ritengo nemmeno necessaria. Tale riflessione potrebbe cominciare a basarsi proprio da uno spunto che offre il Burdese: se vi è analogia con i casi gaiani, perché non estendere a questi il presupposto soggettivo individuato da Ulpiano unificando *in toto* la disciplina piuttosto che derivare soltanto la nullità della sentenza emanata oltre i limiti della *lex Cornelia*? E, inoltre, che cosa sarebbe di ostacolo nel brano paolino di D.42.1.42.2, dal Burdese ritenuto analogo a quelli di Gai 4.52. e a quello ulpiano medesimo, a ipotizzare una responsabilità del giudice in caso di comportamento doloso soprattutto quando nel giudizio di cognizione l'attore avesse dedotto con una *praescriptio* la limitazione dell'*intentio* all'*id quod facere potest* alla quale sarebbe risultata parimenti limitata la *condemnatio*?¹⁷⁹. In tal caso v'è da dire che sostanzialmente l'evidenza del comportamento fraudolento del giudice poteva anche risultare, considerato che la norma risultava trasfusa nel giudizio, e pertanto poteva darsi responsabilità per il giudice. Dal lato della sentenza, però, i limiti della condanna potevano apparire formalmente rispettati stante la difficoltà di discernere il vizio

¹⁷⁹ Sull'inserimento nella formula del giudizio di cognizione del *quantum reus facere potest* sotto forma di *taxatio* sussistono dubbi, orientato per la soluzione negativa Guarino, *La condanna...*cit., p. 54.

di procedura¹⁸⁰ dall'errore dovuto a erronea valutazione del patrimonio del donante, cosa che avrebbe comportato la sicura validità della pronuncia conseguente benché manifestamente ingiusta. L'ulteriore conseguenza a carico del convenuto sarebbe stata l'onere di costui a sottostare e a difendersi dall'*actio iudicati* e a subirne gli effetti esecutivi benché limitati alla capienza del proprio patrimonio onde evitare danni maggiori; il che non era il medesimo che aver subito una condanna limitata. Di questo pregiudizio avrebbe dovuto rispondere il giudice: l'azione avrebbe assunto così i caratteri di rimedio aggiuntivo e ulteriore, preconizzando il regime generale della stessa in età successiva quando, fattosi strada l'istituto generale dell'appello in sede di procedura straordinaria, sarà relegata a tale funzione.

Addurre, per escludere in questo caso la responsabilità del giudice, l'ulteriore motivazione che la sentenza rimanga valida non mi sembra quindi probante, giacché il Burdese stesso ha sostanzialmente ammesso come la nullità prescindesse dalla responsabilità del giudice; né inoltre, come precisato, l'automatica riduzione dell'*actio iudicati* neutralizzava le conseguenze dannose del comportamento, ma soprattutto non ne diminuiva la riprovevolezza. Riterrei pertanto che, se si accetta l'analogia del brano paolino sotto l'aspetto del superamento dei limiti, sarebbe congruo accettarla sotto il profilo della responsabilità del giudice e non condizionarla alla nullità della sentenza; anzi, semmai, derivarne l'effetto contrario, come è regola generale per il caso di violazione di norme sostanziali.

Situazione per certi versi analoga si verifica nell'altro brano paolino di D.24.3.17.2: la sentenza è valida e al marito è concessa una *exceptio doli* per resistere all'*actio iudicati* della moglie. Il rimedio suggerito da

¹⁸⁰ Ciò derivava dall'essere la *taxatio in id quod reus facere potest* una *taxatio sui generis* nel senso che, oltre ad avere un limite indeterminato intrinseco derivato dalla misurazione del patrimonio del *reus*, ne aveva uno formale estrinseco non superabile inerente al *solidum* del credito oggetto di accertamento. La mancanza procedurale concretamente si sarebbe risolta nel mancato accertamento del patrimonio del donante. Tale istituto solleva generali problemi sul come potesse essere veicolata in un giudizio formulare dovendo accedere a una *formula certa*.

Nerazio e Sabino sembra troppo gravoso per la moglie che poteva non avere nessuna colpa circa la mancanza del giudice. Ma in effetti doveva sembrare ai giuristi uno dei pochi mezzi per tutelare il marito, e magari evitare che la moglie si avvantaggiasse della condotta poco avveduta del giudice spingendola a limitare la condanna già in sede di giudizio di cognizione o a verificare (se mai ci fosse stato un editto che l'avesse prevista) che ivi fosse apposta la *taxatio*. In tal caso difficilmente il giudice avrebbe condannato *in solidum* e certamente non si sarebbe parlato di *ignorantia iuris* ma nel caso migliore di *error facti*. Nel caso ulteriore si sarebbe trattato di dolo e, tralasciando questa ipotesi, in cui pure sarebbe stato evidente, per tornare a Sabino e a Nerazio, verrebbe da domandarsi se essendo presentato a costoro il caso di un giudice che anziché *ignorantia iuris lapsus* avesse condannato *dolo malo in fraudem legis* la soluzione sarebbe stata la medesima. Probabilmente i giuristi avrebbero argomentato dal *litem suam facere*, e da ciò si capisce come la specificazione della condotta del giudice non sia fatta a caso in tale passo, potendo invece ritenersi a prima vista superflua per la risoluzione del *casus*.¹⁸¹

Tutto ciò considerato, mi parrebbe di poter concludere che da D.5.1.15.1 si può inferire solo che presupposto fondante il *litem suam facere* sia il *sententiam dicere dolo malo in fraudem legis* senza doverlo subordinare agli effetti di una sentenza così emanata i quali si riportano invece al tipo di norme obiettivamente violate: solo riferendo il caso trattato da Ulpiano a una ipotesi di sentenza emanata in dispregio a norme e a forme procedurali tassative si dovrebbe pensare a nullità del

¹⁸¹Quanto al quesito relativo alla concessione dell'*exceptio doli* giustificabile comunque per la ragione di evitare al convenuto gli effetti del giudicato potrebbe rilevarsi: intanto, nel caso in cui si faccia responsabilità del giudice, quantomeno il buonsenso avrebbe spinto l'attore, magari in seguito a patto, a limitare il giudicato al *quantum facere potest*, nel caso invece in cui non si procedesse a tale riduzione convenzionale dell'*actio iudicati*, il pretore sarebbe andato verosimilmente incontro alla richiesta del convenuto di inserire l'*exceptio doli* nella formula che avrebbe sortito il suo effetto esclusorio se l'attore non l'avesse preventivamente neutralizzata ottenendo di inserire una *praescriptio* tesa a limitare la sua *petitio* nei limiti delle possibilità del reo.

giudicato, il contrario si potrebbe ritenere giudicandolo relativo a inosservanza di norme sostanziali.

Sulla base delle considerazioni sin qui svolte non c'è motivo di dubitare della classicità della prima parte del brano che mi pare anzi in tal modo ampiamente giustificata : ora resta da precisarne il contenuto in relazione al significato del dire sentenza *dolo malo in fraudem legis* e alle implicanze che conseguentemente ne derivano.

Mi pare di poter accogliere sostanzialmente la tesi del Burdese quando afferma che il dolo avrebbe specificato sotto il profilo soggettivo la condotta del giudice: la *fraus legis* sarebbe invece stata misurata obiettivamente¹⁸² consistendo nell'aggiramento ma non escludendo la violazione diretta della legge.

Non nascondo che Ulpiano potesse ben riferirsi a una norma determinata ma penso che il criterio vada inteso in un senso più generale, in maniera cioè da ricomprendere ogni norma determinata che il giudice dovesse tenere in conto in sede di giudizio. In tal caso si capisce come il dolo avrebbe limitato la responsabilità del giudice che avesse agito in *fraudem legis*: il giudice che involontariamente avesse frodato o disapplicato la legge non incorreva in responsabilità. Ciò si spiega per il fatto che al giudice romano, privato cittadino, non era richiesto essere *iuris peritus*, per cui l'*ignorantia legis* doveva in linea di massima scusarlo a parte la violazione di precetti di elementare evidenza e di norme procedurali cardine di pubblico dominio. La figura della *fraus legis dolo malo* si mostrava idonea, anzi forse era l'unico mezzo, ad arginare l'ampissimo potere discrezionale di cui disponeva il *iudex romanus* nel valutare i fatti trovando il suo *ubi consistam* proprio nel caso di difforme accertamento del fatto al fine di eluderne la prescritta disciplina. Naturalmente e *a fortiori* sarebbe stato punibile anche il

¹⁸² Già il ROTONDI, *Ancora sulla genesi della teoria della fraus legis*, *BIDR*, 25, 1913, p. 221, si esprimeva così: “ quell'espressione non significa se non una vera e propria violazione della legge”; non mi è stato possibile leggere del medesimo il lavoro ‘*Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana*’, Torino, 1911, dove ancor più approfonditamente l'autore dimostrava la classicità dell'espressione e il relativo significato.

comportamento direttamente contrario alla legge quando, cioè, correttamente accertato il fatto, il giudice avesse omesso volontariamente di applicarne la relativa disciplina.

Resta il dubbio se Ulpiano si stesse riferendo a un caso di violazione di norme di procedura o di sostanza: è chiaro che il discorso è astrattamente riferibile a entrambi i casi. Avanzerei la congettura che Ulpiano avesse in mente una situazione opposta sotto il profilo soggettivo della condotta del giudice rispetto a quella di D.24.3.17.2 ma analoga riguardo al resto della fattispecie. Non nascondo altresì che la soluzione del giurista severiano potesse rappresentare, almeno per il periodo successivo, una sorta di formulazione generale valevole per tutti i casi di *litem suam facere* a cui fosse giunta giurisprudenza matura dopo la riflessione (presumibilmente scarsa) sul tema ma che ricalcasse comunque la disciplina già vigente,¹⁸³ nata proprio per garantire il rispetto di regole di procedura che facilmente potevano portare alla nullità della sentenza.

Niente, inoltre, vieta di ritenere che anche comportamenti fraudolenti e direttamente contrari a norme sostanziali venissero stigmatizzati, a nulla ostando il fatto che non esistesse un sistema per revisionare la sentenza. Piuttosto ciò avrebbe comportato la concessione dell'azione per *litem suam facere* solo in casi gravissimi e manifesti e, quindi, rarissimi, la cui totale assenza di testimonianze al riguardo sembra deporre in questo senso.

Prima di lasciarsi andare a facili conclusioni sul punto va verificata la compatibilità del criterio soggettivo della responsabilità sopra descritto e della parte finale del brano riferita alla condanna alla *aestimatio litis*, che è stata sinora tralasciata, con quanto espresso in D. 44.7.5.4., D.50.13.6. e I.4.5.

¹⁸³ Che sembrerebbe lasciar intendere lo stesso giurista: *Iudex tunc litem suam facere intellegitur...*

c)1) D.44.7.5.4. (Gai.3 *rer.cott.sive aur.*):

Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri.

2) D.50.13.6.(Gai.3 *rer.cott.sive aur.*):

Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.

3) I.4.5.pr.:

Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit.

Si tratta di tre brani pressoché identici sino all'*ideo videtur quasi ex maleficio teneri* con cui si conclude D. 44.7.5.4: sino a tal punto si dice che <<se il giudice abbia fatto sua la lite non sembra tenuto propriamente da *maleficium* ma poiché nemmeno da contratto è tenuto e siccome si capisce che ha commesso uno sbaglio, sia pure *per imprudentiam*, per questo motivo sembra tenuto *quasi ex maleficio* >>. Quindi D. 50.13.6. specifica, a differenza di Inst.4.5., che l'azione in

base a cui è tenuto il giudice è *in factum*,¹⁸⁴ poi i due brani proseguono sullo stesso binario dettando la condanna che il giudice dovrà sostenere che sarà ragguagliata al <<*quantum aequum*>>.

Dal testo non è ricavabile il tipo di condotta integrante l'illecito, visto che l'argomentare dall'effetto, inframmezzato da una chiosa pedante che si risolve essenzialmente in una tautologia, approda per esclusione alla classificazione dell'obbligazione.

L'*aliquid peccare* è formulazione sufficientemente ampia per ricomprendere ogni tipo di errore;¹⁸⁵ casomai lascia intravedere un comportamento di tipo commissivo, di un giudice cioè che si è già seduto a giudicare. Sotto questo profilo e forse con esclusivo riferimento all'ingiustizia della sentenza dovevano tenere l'ipotesi, come disegnata dal brano, i giustinianeî, secondo quanto può trarsi col conforto della parafrasi teofilina.¹⁸⁶ Su questo punto il contrasto col passo di Ulpiano non è più latente, ma potrebbe superarsi interpretando l'*imprudencia* non come presupposto generale per agire per *litem suam facere* ma relativo a ipotesi ulteriori a quelle per cui si può agire per dolo, a una delle quali farebbe riferimento Ulpiano.

Che però *licet* abbia sentore di un'aggiunta intesa a specificare il profilo del *peccatum* che invece l'affinità semantica a *delictum* potrebbe portare a escludere, è impressione che si trae dal pur male articolato contesto, su cui sembra pertanto aleggiare la concezione giustiniana del delitto: che cosa avrebbe impedito a Gaio di parlare di *peccatum sic et simpliciter* rispetto a una condotta *imprudens*? Non certo la concezione classica del delitto che annoverava esempi come l'illecito aquiliano,¹⁸⁷ piuttosto, la ragione che avrebbe potuto spingere il giurista a escludere dal campo dei delitti l'illecito in esame sarebbe la non affinità sotto il profilo della natura dell'*obligatio, civilis* per i *delicta, honoraria* in

¹⁸⁴ Potrebbe trattarsi di una omissione senza significato considerando che Teofilo nella Parafrasi (4.5) gli attribuisce tale qualifica.

¹⁸⁵ In questo D'ORS, *Litem...*cit., p. 389 ss. ; LAMBERTI, *Riflessioni...*cit., p. 237

¹⁸⁶ *Par. ad I. 4.5*

¹⁸⁷ Trattato dal Gaio delle Istituzioni e dal Gaio delle *Res cottidianae* fra i delitti.

questo caso, riferimento che non atteneva ai *peccata* il cui significato non doveva distinguere sotto l'aspetto del vincolo giuridico.¹⁸⁸

La menzione dell'*imprudencia* si concepisce meglio secondo l'ottica giustiniana degli illeciti: essa tese a distinguere i delitti dai quasi delitti facendo leva sulla distinzione fra dolo e colpa: potendo il *peccatum* riferirsi ad entrambi, i compilatori si sentirono di specificare che si trattava di un *peccatum per imprudentiam* cioè di un *quasi ex maleficio*.¹⁸⁹

Il D'Ors ha invece ritenuto che a *imprudencia* andasse assegnato il valore di generica ignoranza,¹⁹⁰ che le fonti classiche pure riportano, ricollegando così a criteri obiettivi la valutazione della condotta del giudice: solo che il brano gaiano delle *Res cottidianae* non si accorda completamente con la costruzione omissiva dell'illecito proposta dall'autore dove il giudice, più che commettere uno sbaglio, omette un atto dovuto, se non di vestire completamente le sue funzioni. Nella visione del D'Ors dovrebbe inoltre limitarsi il significato relativo al contegno commissivo ai soli casi di sentenza emessa invalida e anche in questo caso si tratterebbe di una forzatura perché dal brano non sembra potersi escludere, anzi tutto farebbe pensare il contrario, che il giudice risponda anche per un minimo errore relativo pure a norme sostanziali. In tal caso si avvertirebbe netta la distanza con D.24.3.17.2 dove l'*ignorantia* non è fonte di responsabilità per il giudice e la classicità dell'espressione vacillerebbe. Un criterio così formulato, se anche relativo a norme procedurali, non tollererebbe la distinzione tra *ignorantia iuris* e *ignorantia facti*, situazione quest'ultima in base alla quale il giudice improbabilmente sarebbe stato chiamato a rispondere laddove appunto tali norme fossero condizionate da un giudizio sul fatto.

¹⁸⁸ Ma forse nemmeno ciò doveva essere decisivo visto che la *rapina* inclusa da Gaio fra i *delicta* pare fosse stata introdotta dal pretore Lucullo nel 76 a.C.

¹⁸⁹ Si tratta come detto di una 'tendenza' che emerge dalle Istituzioni e ancor più dal sistema della Parafraasi dove tale concezione è esplicitata proprio relativamente all'illecito del giudice; v'è da aggiungere che l'illecito aquiliano è ancora nella fonte grecolatino mantenuto fra i delitti, così da sembrare quasi 'un'eccezione'.

¹⁹⁰ *Litem...cit.*, p. 389.

Oltre, non mi sentirei di andare a cercare di individuare il senso classico delle espressioni in questa parte verosimilmente ampiamente rimaneggiata dalla compilazione su cui campeggia l'esigenza di adeguare la fattispecie alla sistematica quadripartita delle obbligazioni piuttosto che l'individuazione dei presupposti soggettivi dell'illecito.

Senza prendere posizione sulla classicità delle *res cottidianae*, problema già ampiamente dibattuto in dottrina, sarei portato a concludere, non essendo l'*imprudencia* ragione sufficiente per i classici per espungere dal novero dei delitti l'illecito del giudice,¹⁹¹ che Gaio, se trattava della divisione delle obbligazioni, non la adduceva per giustificare il *quasi ex maleficio*, dovendosi perciò altrimenti pensare che il giurista parlava di *imprudencia* solo relativamente al presupposto dell'illecito del giudice in un contesto in cui probabilmente non trattava della natura del vincolo obbligatorio. Confermato un intervento manipolatorio sul brano (ammesso che l'originale fosse genuino), che renderebbe sospetta la menzione dell'*imprudencia*, si deve nondimeno svolgere un approccio critico a tale criterio.

Un comportamento negligente potrebbe essere insito proprio nelle condotte descritte da Gai 4.52, in cui il verbo *attendere*, secondo il Wolodiekwiz esprimerebbe la necessità ad aumentare ogni cura per evitare che una condotta negligente porti a una sentenza ingiusta.¹⁹² Riterrei di interpretare diversamente la locuzione dal momento che leggere la formula non doveva richiedere una particolare diligenza, per cui non doveva esserci la necessità di una estrema attenzione per non incorrere in errore. Piuttosto, Gaio andrebbe ammonendo il giudice a non trascurare le istruzioni contenute nella medesima, a non giudicare,

¹⁹¹ E' da rilevare che in dottrina è stato addotto un passo dell'etica Nicomachea 5.12 (1136b), dove si dice che l'atto (ἡ κρίσις) del giudice che malgiudica senza saperlo (ἀγνοῶν) non è ingiusto (οὐδ' ἀδίκος) ma è come se lo fosse (ὡς ἀδίκος) e dal quale Gaio sarebbe stato influenzato nel differenziare le obbligazioni in *ex maleficio* e *quasi ex maleficio*. Per una critica e relativa bibliografia sul brano: WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris, Ricerche sulla classificazione delle obbligazioni nel diritto romano classico*, RISG, 14, 1970, p. 201; LAMBERTI, *Riflessioni...cit.*, p. 244.

¹⁹² *Obligaciones...cit.*, p. 196.

cioè, in dispregio all'ordine impostogli dal pretore. Precetto al quale doveva prestare la massima attenzione perché pressoché inderogabile e di così elementare principio che non erano tollerate dimenticanze.¹⁹³ Si è già chiarito come l'obiettiva difformità dalla formula, se normalmente doveva essere sufficiente ai fini della concessione dell'azione di responsabilità, ciò nondimeno non bastava a infliggergli la condanna giacché esistevano situazioni che autorizzavano il giudice a derogare all'ordine contenuto nella *condemnatio*¹⁹⁴ e casi in cui poteva darsi che il giudice, avendo pensato di prestarvi osservanza, era risultato ingannato dalle contingenze:¹⁹⁵ ipotesi che, se escludono una responsabilità oggettiva, lasciano ancora spazio a un criterio colposo che, a mio avviso, troverebbe ostacolo nella discrezionalità che al giudice era riconosciuta nel valutare i fatti compatibile sino al limite della sua buona fede. Si può pertanto escludere, richiamando le considerazioni e i testi addotti in precedenza, l'*imprudentia* come criterio obiettivo o soggettivo della responsabilità del giudice per l'età classica relativamente all'applicazione di norme sostanziali e aggiungere come, inoltre, questo criterio non si accordi con la discrezionalità che il giudice aveva nel valutare i fatti relativi anche all'applicazione di norme procedurali.

Resta ora da considerare sommariamente il profilo relativo alla condanna che è stato trascurato sia in D.5.1.15.1 che nei brani ora in esame. In questi ultimi si deve rilevare come la menzione relativa all'*actio in factum* (D.50.13.6) e alla condanna *in quantum aequum* (D.50.13.6 e Inst.4.5) sia di sostanziale derivazione classica e su questa base deve procedersi alla critica della *vera aestimatio litis* di D.5.1.15.1. L'atecnicità dei *verba* potrebbe far pensare a un intervento compilatorio anche per la dottrina che vede nel sintagma il riflesso poco elegante del *quanti ea res erit*, giacché si scontrerebbe col *quantum aequum* delle

¹⁹³Deve poi rilevarsi che il verbo *attendere* significa stare attento perlopiù nel senso di 'porre mente', 'badare a', per cui nella locuzione *debet iudex attendere* Gaio inviterebbe il giudice 'a mettersi bene in testa' e a 'non far di testa sua'.

¹⁹⁴ D.5.1.74.1 riportato a p. 48 ss.

¹⁹⁵ Si veda in proposito il caso prospettato a p. 52.

Res cottidianae. Il contrasto è stato risolto dalla dottrina più recente che ne valorizza la genuinità in varia guisa: dal De Martino individuando due distinte azioni,¹⁹⁶ dal Guarino ritenendo che la condanna *in aequum* fosse fatta in base alle stime correnti,¹⁹⁷ dal Burdese riferendola alla stima della lite che dovesse esser fatta in base alla corretta applicazione della *lex violata*(*Cornelia*) senza dover necessariamente pensare a una *condemnatio al quanti ea res erit*.¹⁹⁸

A me pare che il criterio di Ulpiano esprima nella condanna la stessa ampiezza della fattispecie: potendosi riferire la condotta alla violazione di norme di diversa specie, gli effetti che ne derivavano non erano sempre assimilabili né comunque ‘irrimediabili’; si trattava, allora, di fare una stima della lite mal giudicata per valutare l’effettivo pregiudizio che il titolare dell’azione contro il *iudex qui litem suam fecit* aveva patito ragguagliandolo anche ad altri rimedi di cui poteva eventualmente disporre. *Verum litem aestimare* significava allora quantificare quanto realmente il danneggiato aveva sofferto dall’agire del giudice e poteva accedere sia ai casi in cui la responsabilità del giudice era sostitutiva o aggiuntiva rispetto a quella del convenuto, sia quando il giudice rispondeva del danno arrecato al convenuto; era pertanto un criterio guida per il giudicante del processo a carico del *iudex qui litem suam fecit*, che più facilmente si sposava con una formula in *aequum concepta* ma applicabile anche ad una informata al rigido *quanti ea res erit*, piuttosto che il meccanismo stesso della condanna.

¹⁹⁶ *Litem... ubi est* cit. in nt. 50, p.16.

¹⁹⁷ <<*Actiones...ubi est* cit in nt. 51, p.16.

¹⁹⁸ *Sulla responsabilità...cit.*, p.182 ss.

3. Riflessioni finali

Mi sembra di poter affermare che sulla scorta dei passi esaminati non sia più dubitabile che fosse richiesto almeno per l'età classica un criterio soggettivo di natura dolosa per potersi agire per *lis sua facta*: resta da chiarire quali ambiti toccasse e quali limiti incontrasse.

Relativamente alla fattispecie l'indagine è notevolmente complicata dalla mancata conoscenza della clausola edittale; il fatto poi che col *litem suam facere* siano trattate ipotesi affatto differenti lascia supporre più interventi edittali e una evoluzione giurisprudenziale dell'istituto. Il nucleo originario penso possa ricercarsi all'interno delle ipotesi, che ho chiamato omissive, che sanzionano il dovere fondamentale dell'*officium*. Forse comprese nella medesima prescrizione o in altra rapidamente susseguente le ipotesi riferite da Gaio: casi tipici della violazione della corretta esecuzione del *iussum* del magistrato. Non è possibile sapere se nell'editto ricorresse l'espressione *litem suam facere*; certo è che questa non presupponeva di per sé un'indagine legata al profilo psicologico della condotta ma descriveva la condotta così come obiettivamente appariva. L'obiettività del comportamento giuridico era in entrambi i casi evidente, ma una responsabilità oggettiva come modernamente intesa penso possa accogliersi solo relativamente alle ipotesi dove è rilevabile la mancanza della sentenza. La sensibilità dei romani nel percepire la diversità di queste due ipotesi ritengo sia testimoniata dalla regola sul giuramento: dare sentenza non era solo un obbligo giuridico; la sua violazione comportava anche una violazione del *ius iurandum*. La situazione era diversa nelle ipotesi collegate al *sententiam dicere*: qui il giudice aveva assolto al suo dovere e per essere ritenuto responsabile doveva almeno essere conscio di aver agito malamente.

Profilo che non poteva non emergere laddove gli fosse stata consegnata la formula, cosicché la prescrizione che sanzionava l'inosservanza di un tale obbligo non abbisognava di specificazione sotto

l'aspetto soggettivo della condotta.¹⁹⁹ Pertanto si trattava di previsione notevolmente diversa da quella relativa alla mancata sentenza, non accomunabile a questa argomentando dalla nullità della pronuncia: si istituirebbe, altrimenti, una equivalenza tra il piano astratto della realtà giuridica e quello dei fatti concreti, secondo una costruzione moderna, ignorando un dato che naturalisticamente è presente. Bisognerebbe, pertanto, presupporre almeno che i Romani avessero interiormente sviluppato tale identità, cosa che sfugge invece dall'esame dei casi in cui, dandosi nullità della pronuncia, non ne consegue la responsabilità del giudicante. Eppoi l'incongruità di tale concezione si desume dal fatto che il pregiudizio che consegue a una sentenza nulla non è dato dall'assenza di giudicato pura e semplice ma dall'impossibilità dello stesso giudice di rendere una seconda pronuncia che non sarebbe tale se la prima fosse *tamquam non esset*.²⁰⁰

Resa questa differenza, potrebbe sembrare che l'emettere una sentenza nulla potesse avere immediatamente effetti ben più gravi che non renderla affatto, sì da giustificare *a fortiori* un criterio rigoroso di attribuzione della responsabilità. Ma è un'impressione solo di superficie se si considera la cornice entro cui agiva il *iudex privatus*. Non essendo un giudice di 'carriera' e non avendo necessariamente dimestichezza nemmeno con le regole processuali (per le più importanti delle quali ho però ipotizzato un obbligo di informazione a suo carico) la violazione inconscia, magari dettata da un'erronea rappresentazione dei fatti, che portava all'emissione di sentenza invalida non era condotta così riprovevole come il mancato compimento dell'ufficio. E il pretore sapeva come rimediare agli effetti pregiudizievoli di una sentenza invalida senza doverla egli stesso caricare sulle spalle del giudice che

¹⁹⁹ Sul punto mi esprimerei più recisamente di LAMBERTI che alla fine del suo lavoro, *Riflessioni...cit.*, p. 266, lascia 'sfumare' una tale conclusione pur avanzata a solo titolo di congettura.

²⁰⁰ Sono queste, a mio avviso, le maggiori critiche che possono rivolgersi alla teoria del D'ORS e degli Autori (CREMADES y PARICIO, GIMENEZ-CANDELA) che sposano il nucleo centrale della sua tesi, basato sulla equivalenza fra mancanza e nullità della sentenza.

aveva agito in buona fede.²⁰¹ Non aveva, cioè, lo stesso disvalore, per la coscienza sociale dei romani, l'omettere o il dare pur malamente la sentenza: in sostanza l'errore professionale non poteva essere equiparato alla neghittosità soprattutto considerando il fatto che il soggetto chiamato a rispondere non era un professionista. Certo, il tipo e il grado di violazione poteva essere un indice su cui basare la valutazione dell'intenzione, ma nulla più.

A livello di fatto tipico l'obiettiva violazione di norme di procedura non implicava per ciò stesso una responsabilità del giudicante, ma una condotta dolosa doveva nondimeno sembrare riprovevole. Ecco, allora, svilupparsi da parte dei giuristi una riflessione volta a concepire in maniera più estesa il significato sanzionatorio delle ipotesi riportate da Gaio, una volta che ormai si erano impossessati degli strumenti idonei a separare la *culpa* dal *dolus*, cominciandolo a rivolgere proprio alle ipotesi in cui fosse eccezionalmente richiesto al giudice di non dare sentenza.²⁰² Era insito nel caso di violazione dell'obbligo di rinviare un comportamento antiggiuridico, eppure la posizione del giudice non poteva essere trattata con lo stesso rigore dei casi in cui egli ometteva di dare la sentenza: egli in fin dei conti si era attivato per svolgere il suo ufficio.

Un criterio diverso dal dolo sarebbe stato impossibile non essendo pensabile nel processo formulare una responsabilità 'amministrativa' per il *iudex privatus*. Inoltre, un criterio più ampio andava incontro alla discrezionalità che al giudice era riconosciuta in sede di giudizio sul fatto che lo obbligava a non rendere sentenza: nel caso contrario, d'altra parte, egli avrebbe soggiaciuto all'obbligo contrario ben più stringente sotto il profilo attributivo della responsabilità. Soccorreva, allora, la figura dell'*agere dolo malo in fraudem legis*: il giudice che dà la sentenza quando non dovrebbe darla commette una obiettiva violazione di legge

²⁰¹ Non può accogliersi, pertanto, la conclusione del BURDESE, *Sulla responsabilità...cit.*, *passim* e in part. p. 183, relativamente al fatto che il giudice rispondesse obiettivamente perché privava l'attore di valido giudicato, senza possibilità di rimedio alcuno. Gli effetti, poi, della sentenza invalida o al limite ingiusta si riverberavano in definitiva sulle stesse parti che avevano scelto un tal giudice inesperto o incapace.

²⁰² Si tratta di casi generalmente trascurati dalla dottrina che si è occupata del tema.

ma non può prescindere per dichiararne la responsabilità dall'indagare sui presupposti soggettivi che hanno determinato il comportamento. Il dolo va accertato soprattutto facendo riferimento al fatto oggetto di giudizio del giudice: se, cioè, la violazione di legge poteva in certi casi apparire lampante, la riprovevolezza del comportamento del giudice no, potendosi argomentare la sua buona fede proprio dall'aver assolto l'obbligo principale del suo ufficio. L'espressione rappresentava, quindi, il comportamento insidioso del giudice che, forte del fatto di aver dato sentenza, poteva sentirsi al riparo pur avendo agito in cattiva fede. La preoccupazione di fondo era quella di evitare quantomeno comportamenti fraudolenti nell'iter di conduzione del processo senza gravare il giudice di un'esattissima diligenza nel compimento dell'incarico incompatibile con la sua posizione di privato cittadino.

La violazione di norme di procedura non viene tipizzata ma accolta solo in quanto integri un *sententiam dicere dolo malo in fraudem legis*,²⁰³ che sotto il profilo dell'esame dello stato soggettivo del giudice inglobava: la conoscenza del precetto violato salvi i casi in cui si poteva esigere un *quot* di diligenza (ipotesi che io ho azzardato per le norme relative alla *diffissio* obbligatoria), l'assenza di errore di interpretazione (*error iuris*) quando la norma violata potesse dar adito a ciò, ma soprattutto l'assenza dell'errore sulle circostanze di fatto da cui dipendeva l'osservanza del precetto violato. Si tratta, comunque, di una rappresentazione schematica di un fenomeno più complesso che nella valutazione pratica del tempo non si serviva delle categorie di cui ho fatto uso, le quali piuttosto servono a mostrarci la globalità dei criteri che potevano concorrere a qualificare il comportamento del giudice sotto l'aspetto soggettivo.

Il riferimento alle norme sostanziali, poi, penso sia stata una ulteriore evoluzione, inizialmente confinato alla violazione di norme in cui era prevista una limitazione indeterminata della condanna per somiglianza a

²⁰³ Il riferimento del criterio così formulato non è stato valutato adeguatamente in relazione a norme di procedura dalla dottrina (LAMBERTI e DE MARTINO) che pure accoglie il presupposto del dolo come presupposto generale per la violazione di norme di sostanza.

quelle procedurali tipiche. In età tardo classica, poi, l'espressione avrebbe teso a generalizzarsi ricomprendendo le norme poste da fonte autoritativa ma anche le altre norme di diritto sostanziale. Il significato della *fraus legis* potrebbe infatti aver cambiato di significato nel tempo assumendo una latitudine impressionante: d'altra parte non può nemmeno dirsi con sicurezza che tale formulazione fosse stata recepita nell'editto o che fosse di originale fattura ulpiana, ovvero che il giurista si riferisse a una specifica *lex* o l'espressione avesse un contenuto più ampio. Mi sembra, però, probabile che nell'età dei Severi fosse giunto a cristallizzarsi il dolo come presupposto generale per potersi agire per *lis sua facta* relativamente alle ipotesi che si risolvevano nella emanazione della sentenza.

Esula da questo studio l'analisi del presupposto in età successiva; qui basti rilevare che la responsabilità civile del giudice sopravvive ma tratta fuori dal suo *habitat*: all'interno della procedura *extra ordinem* è rimedio secondario rispetto all'appello e deve misurarsi con questo; d'altra parte un criterio più rigoroso di responsabilità si giustifica meglio in questo periodo in quanto il giudice è divenuto un funzionario imperiale;²⁰⁴ infine, da ciò che apprendiamo dalla compilazione, l'istituto arriva depurato da quelle ipotesi proprie del processo formulare e la formulazione ulpiana, assorbita in quella più ampia degli *Aurea*, perde la sua vocazione a erigersi come definizione universale. L'*aliquid peccare licet per imprudentiam*, riportato altresì nelle Istituzioni giustiniane, sembra infine essere la definizione generale dell'istituto per l'età giustiniana che, a seguire la chiosa di Teofilo, sembra relegata perlopiù a sentenze ingiuste scaturite da errori dovuti all'applicazione di norme di giudizio.²⁰⁵

²⁰⁴ La considerazione è presa a prestito da LAMBERTI, *Riflessioni...cit.*, p. 264 ss.; ma nello stesso senso si era già espresso STOJCEVIC, *Sur le caractère...cit.*, p. 71.

²⁰⁵ *Par. ad I. 4.5* dove Teofilo dice che l'ingiustizia (ἀδικία) del giudice è dovuta ἐξ ἀπειρίας τοῦ δικάζειν, forse a imperizia nel maneggiare la tecnica decisoria. Si aggiunga che con Giustino è definitivamente sancito il monopolio imperiale relativo alla formazione e all'interpretazione del diritto e che al giudice è imposto unicamente di *iudicare legibus* e di rimettere direttamente all'imperatore la risoluzione dei dubbi interpretativi.

Bibliografia citata

- ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1956 (rist. 1978).
- ARANGIO RUIZ, *Recensione di ROBERTS, The Antinoopolis Papyri*, Londra, 1950, in *IURA*, 2, 1951, pp. 344-347.
- BONIFACIO, *L'estinzione del processo per 'mors litis'*, *AG*, 142, 1952, pp. 34-68.
- BURDESE, *Sulla responsabilità del <<iudex privatus>> nel processo formulare in Diritto e processo nella esperienza romana: atti del seminario torinese in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, pp. 151-186.
- CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, Torino, 1982.
- CREMADES y PARICIO, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clasico. "Actio adversus iudicem qui litem suam fecit"*, *AHDE*, 54, 1984, pp. 179-208.
- DI SALVO, <<*Ignorantia iuris*>> del <<*iudex*>>, <<*actio iudicati*>> e <<*beneficium competentiae*>>, in *Sodalitas . Scritti A. Guarino*, III, Napoli, 1984, pp. 1421-1431.
- D'ORS A., *Litem suam facere*, *SDHI*, 48, 1982, pp. 368-394.
- D'ORS A., *Nuevos datos de la ley Irnitana sobre jurisdiccion municipal*, *SDHI*, 49, 1983, pp. 18-50.
- D'ORS A., D'ORS J., *Lex Irnitana*, Santiago de Compostela, 1988.
- GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990.
- GIMENEZ-CANDELA, *Una revision de Pap. Ant. 22*, in *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro D'Ors*, Pamplona, 1987, pp. 557-577.
- GUARINO, <<*Actiones in aequum conceptae*>>, *LABEO*, 8, 1962, pp. 7-15.
- GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*², Napoli, 1978.
- GUARINO, <<*Praesenti litem addicito*>> in *P.D.R.*, IV, Napoli, 1994, pp. 120-127.

- LAMBERTI, *Riflessioni in tema di << litem suam facere >>*, *LABEO*, 36, 1990, pp. 218-266.
- LA ROSA, *'Decemviri' e 'centumviri'*, *LABEO*, 4, 1958, pp. 14-54.
- LA ROSA, *La 'lex Irnitana' e la nomina del giudice*, *IURA*, 40, 1989, pp. 63-74.
- LUZZATO, *Il processo d'origine del processo extra ordinem I: Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965.
- PARICIO, *Los cuasidelitos, observaciones sobre su fundamento historico*, Madrid, 1987.
- PARICIO, *Sobre la administraciòn de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, Madrid, 1987.
- PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza in diritto romano in Scritti giuridici scelti*, IV, Napoli, 1985, pp. 27-83.
- PUGLIESE, *Processo civile romano: il processo formulare*, Milano, 1963.
- PUGLIESE-SITZIA-VACCA, *Istituzioni di diritto romano sintesi*, Torino, 1994.
- RAGGI, *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*, Milano, 1965.
- ROTONDI, *Ancora sulla genesi della teoria della 'fraus legi'*, *BIDR*, 25, 1913, pp. 221-235.
- ROTONDI, *'Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana'*, Torino, 1911.
- STOJCEVIC, *Sur le caractère des quasi-delits en droit romain*, *IURA*, 8, 1957, pp. 57-74.
- STOJCEVIC, *Iudex qui litem suam fecit*, *RHD*, 26, 1958, pp. 307-309.
- TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano⁸, 1990.
- TOMULESCU, *Problèmes de droit romain*, *IURA*, 24, 1973, pp. 62-89.
- VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, *ANRW II*, 14, 1982, pp. 682-721.
- WOLODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris, Ricerche sulla classificazione delle obbligazioni nel diritto romano classico*, *RISG*, 14, 1970, pp. 77-227.

Indice-sommario

Parte prima

1. I significati attribuiti dalla dottrina	1
2. Nomina e investitura del <i>iudex privatus</i> nella procedura formulare	5
3. Poteri e doveri dell' ' <i>officium</i> '	7
4. Sanzione a carico del giudice inadempiente: l' <i>actio contra iudicem qui litem suam facit</i>	10
5. Caratteri dell'azione: a) pluralità di fattispecie	11
b) criterio attributivo della responsabilità	12
c) legittimazione	13
d) trasmissibilità	14
e) contenuto della condanna	15

Parte seconda

1. Ipotesi omissive: a) Macr. <i>Sat.</i> 3.16.15	19
b) P. Ant. I.22 <i>recto</i>	21
c) <i>Lex Irnitana caput</i> 91	30
d) Considerazioni relative alle ipotesi trattate.....	38
2. Ipotesi relative al ' <i>sententiam dicere</i> ': a) Gai. 4.52	42
b) D. 5.1.15.1	59
c)1) D. 44.7.5.4	68
2) D. 50.13.6.	”
3) I. 4.5. pr.	”
3. Riflessioni finali	74
Bibliografia citata	79

Indice delle fonti giuridiche

Basilicorum libri (ed. Heimbach)

52.14.5 16 nt.59

Codex Theodosianus

11.36.2 11 nt.46

CORPUS IURIS CIVILIS

Codex

3.1.14 9 nt. 40

Digesta

2.11.2.3 8 nt. 36, 54 nt.152

2.14.7.7 61 nt.172

4.8.41 7 nt.30, 8 nt. 33

5.1.12.3 5 nt.22

5.1.15.1 2 nt.5, 3 nt.13, 11, 12, 14 nt. 55,
16, 17, 39, 57 nt.159, 59, 65, 72

5.1.16 15

5.1.18 7 nt. 32

5.1.46 8 nt. 36

5.1.74. pr. 8 nt. 33

5.1.74.1 48, 51 *et* nt. 148, 72 nt. 194

5.1.75 54 nt. 152

5.1.77 5 nt.23

10.3.18 46

23.3.33 62 nt. 176

24.3.17.2 47, 64, 67, 70

27.6.1 23 nt. 82

27.6.1.2 23 nt. 82

27.6.1.6 23 *et* nt. 82

27.6.1.7 23 nt. 82

39.5.12	62 nt. 176
42.1.14	50 nt. 143
42.1.41.2	62 nt. 177, 63
42.1.55	38 nt. 121, 49
42.1.60	54
42.1.62	50 nt. 143
44.7.5.4	2 nt.5, 3 nt.14, 11 nt. 47, 12, 14 nt. 16, 39, 67, 68
46.7.2	35 nt. 110
50.5.13	7 nt. 29
50.5.13.2	7 nt. 28 nt. 31, 8 nt. 33
50.5.13.3	7 nt. 31
50.13.6	2 nt. 5, 3 nt.14, 11 nt. 47, 12, 14 nt. 55, 16, 39, 67, 68, 72
50.17.28	62 nt. 176
Institutiones	
4.5.pr.	2 nt. 5, 3 nt.14, 12 <i>et</i> nt. 48, 14 nt. 55, 16, 39, 67, 68, 72
Fragmenta Argentoratensia (FIRA II ² p. 311ss.)	
II ^b verso	15
Gai Institutiones	
4.43	45 nt. 134
4.52	2 nt.5, 3,11, 13 nt. 52, 39, 42, 52, 55, 58, 60, 63, 71
4.53	43 nt. 132
4.56	43 nt. 131
4.57	43 nt. 130
4.103	34 nt. 109
4.104	34 nt. 109
4.105	34 nt. 109

Lex duodecim tabularum (FIRA I ² p. 31)	
Tab. II.2	8 nt. 35
Lex Irnitana	
Tab. VIII cap. 69	9 nt. 40
Tab. X cap. 91	3 nt.16, 9 nt. 39, 13 nt. 52, 30, 31, 37 nt. 120, 39
Papyri Antinoopolis	
I.22 <i>recto</i>	2 nt.5 nt.11, 8 nt. 37, 13 nt. 52, 21, 39, 53, 58 nt. 161, 59, 60
Teophili Paraphrasis	
4.5 pr.	3 nt.14, 16 nt. 59, 69 nt. 184 nt. 186, 78 nt. 205

Indice delle fonti letterarie

Aristoteles

Ethica Nicomacheia

5.12 (1136 b) 71 nt. 191

Cicero

De officiis

3.10.44 9 nt. 40

De oratore

2.75.305 2 nt. 5- 6

Gellius

Noctes Atticae

10.1.5 2 nt.5 nt.7

14.2.1 9 nt. 43, 56 nt. 155

14.2.11 8 nt. 38

20.1.8 9 nt. 40

Macrobius

Saturnalia

3.16.15 2 nt. 5 nt.10, 19, 39, 60

Seneca

Dialogi

12.(11).2.2 2 nt. 5 nt. 9