

GIUSTINIANO E IL *IUDEX QUI LITEM SUAM FECERIT*

**Lezione tenuta nella Sede napoletana dell'Ast il 10 novembre 2010*

SOMMARIO: 1. Cenni sulla figura del *iudex qui litem suam fecerit* nell'età del principato e enunciazione del problema - 2. Sguardo d'insieme sulla responsabilità disciplinare del giudicante nel tardoantico - 3. *Iudex qui litem suam fecerit* e diritto giustiniano.

1. *Cenni sulla figura del iudex qui litem suam fecerit nell'età del principato e enunciazione del problema* - Le *res cottidianae* o *aurea* di Gaio, in un passo che nei *Digesta* giustinianeî compare in due luoghi diversi¹, annoverano tra le fonti delle obbligazioni che non nascono né da contratto né da delitto ma da varie tipologie di cause (*ex variis causarum figuris*), il caso del giudice “che abbia fatto sua la lite” (*qui litem suam fecerit*).

D. 44.7.5.4 (Gai. 3 *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, videtur quasi ex maleficio teneri.*

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 religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.*

Ancorché, rispetto ai contratti e ai delitti, quella delle *variae causarum figurae* sia una categoria residuale dalla denominazione generica, si percepisce che al suo interno viene operata dal giurista una bipartizione. Vi sono infatti figure che, stante la loro liceità, si possono accostare ai contratti, e altre che, in quanto invece dal diritto riprovate, sono più vicine ai delitti: così, a proposito del *iudex qui litem suam fecerit*, si dice che *non proprie ex maleficio obligatus videtur*, cioè “non appare propriamente obbligato da misfatto”, ma poiché ha comunque commesso una mancanza, *licet per imprudentiam*, “sia pure per imprudenza” - e quindi non necessariamente per dolo - è tenuto *quasi ex maleficio*. Tale obbligazione, come

¹ Qualche intervento postclassico sul testo geminato, sia pure non tale da snaturarne il contenuto, è peraltro da ammettersi: si veda *infra* § 3, in fine.

vedremo, nelle Istituzioni di Giustiniano, sarà classificata tra quelle che nascono quasi da delitto².

Un'evenienza specifica in cui il giudice fa sua la lite è indicata dallo stesso Gaio nelle *Institutiones*, e si verifica allorché il giudicante, nell'ipotesi che sia posta nella formula una *condemnatio* a una somma determinata di denaro, condanna il convenuto in misura pecuniaria maggiore o minore rispetto a quella; oppure, a fronte di una *condemnatio* con limitazione (*cum taxatione*), condanna il convenuto medesimo a pagare una somma superiore a quella contemplata come massima:

Gai. 4.52 - *Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit, alias enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est.*

E' evidente che ciò può avvenire per dolo, ma può anche essere dovuto a colpa, e qui si comprende il *licet per imprudentiam* di cui al passo delle *res cottidianae sive aurea* restituito dal Digesto.

Altri casi sono ricavabili da fonti documentali, in particolare dal Papiro Antinoopolis 22 r. e dal dettato epigrafico della *lex Irnitana*, 91 (età di Domiziano), ove – ancorché in quest'ultimo testo non si parli di *litem suam facere* ma, da diverso angolo visuale, di *litem iudici* (o *arbitro*) *damni esse* (lite che torna di danno al giudice o all'arbitro) - è sanzionato il comportamento, tendenzialmente omissivo, del giudicante, il quale non avendo pronunciato la sentenza né provveduto al rinvio della causa, provoca l'estinzione del processo in forza del termine perentorio di un anno e sei mesi stabilito dalla *lex Iulia iudiciaria*³. Anche a questo proposito vale la considerazione relativa all'elemento soggettivo di cui già alla precedente fattispecie.

E' quindi plausibile che si tratti di un illecito incentrato sul fatto del *iudex privatus* che gestisce con negligenza la controversia affidatagli o altrettanto malamente giudica trascurando precise regole processuali, sia poi tale inosservanza dovuta a dolo oppure a semplice colpa.

Non del tutto sicura - ma, almeno a mio avviso, da ammettersi - la genuinità di D. 5.1.15.1, tratto dal ventunesimo libro all'editto di Ulpiano:

² 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.* Sempre in tema di obbligazioni che nascono quasi da delitto cfr. anche I. 4.5.2 - *Si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est: Iuliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. Quod et in filio familias iudice observandum est, qui litem suam fecerit.*

³ Gai. 4.104 (la *mors litis* in forza della *lex Iulia* è ricordata anche nel citato cap. 91 della *lex Irnitana*).

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

Il giurista spiega che il giudice fa sua la lite allorché abbia pronunciato sentenza con dolo in frode alla legge e che egli versa in tale situazione quando può evincersi in modo palese un comportamento dovuto a sentimenti, a seconda dei casi, di favore o di ostilità, o comunque legati ad una connaturale bassezza d'animo, tali da determinare la parzialità di colui che invece dovrebbe essere, per definizione, al di sopra della contesa.

Il giudice asseconda così l'attore o il convenuto eludendo la *ratio* di una disposizione normativa, pur nel formale rispetto delle regole processuali: si tratterebbe, insomma, di una fattispecie in qualche misura speculare rispetto a quelle indicate in precedenza; non, tuttavia, di un'evoluzione della figura del *litem suam facere* da una dimensione originaria indifferente rispetto all'elemento soggettivo ad una nuova segnata invece soltanto dal dolo, potendo l'una e l'altra coesistere e integrarsi vicendevolmente.

L'azione, esperibile dalla parte lesa contro il giudice, è pretoria e concepita in *bonum et aequum*.

Occorre a questo punto avvertire che la problematica relativa alla figura del *litem suam facere*, qui esposta in termini che sarebbero adeguati soltanto a una trattazione istituzionale, si presenta in realtà molto complessa e che la medesima ha dato luogo a una letteratura vastissima e ad opinioni dottrinali sovente in forte contrasto⁴.

In questa sede tuttavia, visto che ci occupiamo del tardoantico, era soprattutto importante, evitando di entrare nel vivo del dibattito, isolare i caratteri essenziali di una tale tipologia di responsabilità risarcitoria del giudice propria del periodo che sul piano storico precede quello che ora andiamo a considerare specificamente.

A questo punto, considerando che all'interno del *Corpus Iuris* trattano del *iudex qui litem suam fecerit* ben cinque testi – tra cui due *leges geminae* delle Pandette da ritenersi, come anticipato, in buona misura genuine –, può venir fatto di pensare che, tenuti nel debito conto gli inevitabili riflessi legati alla scomparsa della procedura formulare - nell'orbita della quale si inseriscono il passo delle *Gai Institutiones* e le due fonti documentali -, la nostra figura giuridica abbia mantenuto in età giustiniana più o meno l'ossatura di fondo descritta, e che, nel caso, sia proprio con tali modifiche non strutturali che lo studioso del diritto nuovo sia chiamato a confrontarsi.

⁴ L'ultimo studio in argomento è quello di F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna 2010, 11 ss. Sarà pubblicata negli *Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto "La responsabilità del giudice. Prospettive storiche e attuali"* (Foggia-Trani 14-15 novembre 2008) la relazione di C. VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell'età classica, tra negligenza e corruzione*. Altra letteratura sul *litem suam facere* si trova citata in seguito, in particolare nelle note del § 3.

Senonché, come vedremo, il problema si presenta assai più complesso, con riferimento sia alla nuova veste che in generale assume la responsabilità del giudice nel tardoantico, sia allo stato della dottrina che finora si è occupata della sorte del *litem suam facere* in età giustiniana.

2. *Sguardo d'insieme sulla responsabilità disciplinare del giudicante nel tardoantico* - Mentre, per quanto concerne il processo cognizionale dell'età severiana e dell'incipiente dominato, due testi giurisprudenziali, con un'evidente estensione dell'area applicativa della *lex Cornelia testamentaria nummaria*, riconducono in generale al crimine di falso la volontaria inottemperanza del giudice al dettato delle costituzioni imperiali attestandosi così, almeno in qualche misura, su di un canone unitario⁵, circa la *cognitio* del basso impero il quadro sanzionatorio finisce con lo stemperarsi - e quasi, si direbbe, con l'esplosione - in una miriade di norme specifiche le quali puniscono con gravi pene afflittive e pecuniarie il *iudex*, o il suo *officium*, o l'uno e l'altro insieme, che disattendono questa o quella specifica norma di comportamento.

Nella sfera processuale del tardoantico prende così corpo una forma di responsabilità che può definirsi di stampo disciplinare.

Una responsabilità peraltro dalla *facies* ambigua, perché anche incline a colorarsi - sempre in questa direzione - di riflessi penalistici fino al punto di scivolare, per tipologia e gravità di pena, nel campo della repressione criminale vera e propria; dando vita, in tal caso, a lontane e flebili assonanze con le figure canoniche dei delitti pubblici, e perciò in ultima analisi - come efficacemente si è scritto in proposito - ad una sorta di “nuovo diritto penale disciplinare”⁶.

⁵ D. 48.10 (*De lege Cornelia de falsis et de senatus consulto Liboniano*).1.3 (Marcian. 14 *inst.*) - *Sed et si iudex constitutiones principum neglexerit, punitur*. P.S. 5.25 (*Ad legem Corneliam testamentariam*).4 - *Iudex, qui contra sacras principum constitutiones contrave ius publicum, quod apud se recitatum est, pronuntiat, in insulam deportatur*. Il passo delle *Pauli Sententiae* può orientare l'interpretazione della più concisa frase marcianea, nel senso di circoscrivere l'illecito alla volontaria disapplicazione da parte del giudice di una costituzione imperiale o di una norma di *ius publicum* che venga portata alla sua attenzione (*quod apud se recitatum est*) ai fini della decisione della causa. Si può pertanto escludere - e vi sono testi che lo comprovano (D. 42.1.32 [Call. 3 *de cogn.*]; D. 49.8.1.2 [Macer 2 *de app.*]) - la punibilità del giudice per una generica inosservanza di norme di tale natura, dovuta magari ad ignoranza delle medesime o, anche, al fatto di ritenerle erroneamente inconfidenti. Si tratta, insomma, di violazioni intenzionali che assumono la forma di un ingiustificabile rifiuto da reprimersi, per ciò stesso, con severità.

⁶ Così M. LAURIA, “*Calumnia*” in (*Studi Ratti*, Milano 1933, 97 ss. =) *Studii e ricordi*, Napoli 1983, 250; cfr. anche D.A. CENTOLA, *Il ‘crimen calumniae’. Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli 1999, 165; ID., *In tema di responsabilità penale nella legislazione tardoimperiale*, in *SDHI*, 68, 2002, 571; R. SCEVOLA, *La responsabilità del ‘iudex privatus’*, Milano 2004, 540; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 281 e nt. 334. In argomento mi permetto anche di rinviare a R. LAMBERTINI, *Cons. 8: il ‘vetus iurisconsultus’ e il giudice in causa propria (Aspetti della responsabilità del giudice nel tardoantico)*, in *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C. (Atti del Convegno Parma 18-19 giugno 2009)*, Parma 2010, (in particolare) 91 ss.; ID., *Sulla responsabilità del giudice nella ‘cognitio’ del tardoantico*, che comparirà negli *Atti del Convegno Internazionale della Società di Storia del Diritto “La responsabilità del giudice. Prospettive storiche e attuali” (Foggia-Trani 14-15 novembre 2008)*.

Riflessi sanzionatori, questi ultimi, che peraltro investono non solo il giudice, ma anche le parti processuali, esse pure, come il primo, inserite in un meccanismo sul quale – almeno stando alle intenzioni, perché poi la pratica rivela un’endemica inefficacia – incombe una grave cappa di pene afflittive e pecuniarie.

Da diverso profilo, la disinvoltura con cui ora vengono comminate multe severissime in libbre d’oro si coniuga pure con la ben nota avidità fiscale dello Stato tardoromano, a necessario supporto di un apparato tanto mastodontico quanto inevitabilmente divoratore di risorse.

Occorre peraltro tener conto di alcuni rilevanti fattori: in primo luogo, il giudice (anche quello civile) non è più - come notorio - un privato cittadino, ma un funzionario pubblico - tra l’altro investito di ulteriori, e in genere più importanti, competenze⁷ -; inoltre che, a differenza di quanto accadeva nella procedura dell’*ordo*, la sentenza è ora passibile di gravame; infine, ‘but not least’, che l’originaria e massima espressione della *iuris dictio* risiede nella persona dell’imperatore.

Sulla base di simili presupposti riesce abbastanza agevole comprendere come il senso direzionale della responsabilità del giudice tenda adesso a spostarsi dal rapporto ‘*iudex* - parti processuali’, almeno in via di principio tutelate dallo strumento dell’appello, al rapporto ‘*iudex* - statuto deontologico diretta espressione di interesse pubblico’, ‘*iudex* - gerarchia’, culminante, come è noto, nella persona del sovrano assoluto.

Nel quadro di un teorema che progressivamente si attesta sull’assunto per cui la macchina deve funzionare con efficienza, non girare a vuoto, non soffrire ritardi, ma al contempo la sua guida suprema va chiamata in causa il meno possibile, meno che mai - ma questo è ovvio - importunata: *singuli universique cognoscant non licere ... principum animos commovere*⁸.

A titolo di esempio mi sembra opportuno citare una costituzione che può dirsi paradigmatica rispetto alle premesse poste finora.

Si tratta di una legge di Valentiniano II, restituita dal Codice Teodosiano e non presente in quello giustiniano, di cui ora interessa la seconda parte.

C.Th. 2.1.6 - Grat. Valentin. Theod. (30 apr. 385) - (...) *si quis litigator se vel fastidio vel gratia cognitoris aut non auditum aut dilatum docuerit, et eius litis quae protracta est aestimationem fisco*

⁷ Nella letteratura più recente cfr. S. PULIATTI, ‘*Officium iudicis*’ e certezza del diritto in età giustiniana, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell’impero d’ Oriente in età giustiniana tra passato e futuro (Atti Convegno Modena, 21-22 maggio 1998* [cur. S. Puliatti - A. Sanguinetti]), Milano 2000, 57 s.; R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 538 ss; F. GORIA, *Il giurista nell’impero d’Oriente (da Giustiniano agli inizi del secolo XI)*, in *Fontes Minores*, XI (hrsg. L. Burgmann), Frankfurt 2005, 165-166: “anche i poteri giurisdizionali, quando spettavano, erano ritenuti espressione di quelli amministrativi e quindi, secondo l’opinione tradizionale, non richiedevano di per sé una particolare preparazione giuridica, essendo sufficiente potersi avvalere dell’assistenza di persone esperte scelte come *adsores*”.

⁸C.Th. 9.39.2 (Grat. Valentin. Theod. a. 385): la redazione della legge di cui a C. 9.36.8.1 sostituisce *principum* con *iudicum*.

nostro iudex praestet et in primores officii poena deportationis ilico deprometur.

Interpretatio - (...) *Sane si quis causam habens a iudice suo se vel per superbiam vel propter amicitiam adversarii sui probaverit non auditum, iudicem tantum, quantum res de qua agitur valuerit, fisco nostro iubemus exsolvere: et qui consiliis suis adhaerent, exilii poenam pro districtione sustineant.*

Se una delle parti in causa è in grado di dimostrare di non avere ricevuto udienza o di avere sofferto dilazione per un atteggiamento di superiorità del giudice o per la connivenza di questi con la parte avversa, il *iudex* medesimo è tenuto a corrispondere al fisco il valore della lite, mentre i principali del suo *officium* subiscono immediatamente la pena della deportazione. L'*interpretatio* visigotica aderisce lucidamente al dettato imperiale.

Come si può vedere emerge un marcato interesse per un corretto comportamento del giudice e del suo ufficio, che denoti efficienza - non sono ammessi ritardi - e imparzialità - repressione dei favoritismi -, ma l'*aestimatio litis*, che richiama inevitabilmente soluzioni proprie dell'età precedente orientate in tutt'altra direzione⁹, non va a vantaggio del *litigator*, che pure ha subito la palese ingiustizia, ma viene incamerata dal fisco. Al contempo, senza andare troppo per il sottile, i *primores officii*, ai quali nella maggioranza dei casi può imputarsi solo un dato di appartenenza, finiscono senz'altro deportati.

E così, sanzioni che non di rado all'interprete moderno appaiono inopinatamente drastiche sono comminate al giudice per tutta una serie di mancanze riscontrabili nell'ambito della *cognitio* sia civile sia penale.

A titolo di esempio, Costantino, con l'editto a tutti i provinciali in C.Th. 2.30.1 (= C. 8.16.7) del 315, ordina ai governatori di punire di morte, tra gli altri, gli *intercessores* - magistrati incaricati dagli stessi *rectores provinciarum* di riscuotere debiti in via civile - che abbiano sottoposto a pignoramento anche servi e buoi adibiti al lavoro dei campi, sì da provocare ritardo nel pagamento dei tributi fondiari. C.Th. 1.22.1 (= C. 1.48.1), sempre di Costantino (anno 316), minaccia la pena capitale al giudice che, inviando un *adparitor* alla casa di una matrona per condurla in pubblico, si renda colpevole della violazione della riservatezza di quest'ultima.

C.Th. 9.17.2.2 ([= C. 9.19.3] Const. a. 349) sul *crimen sepulchri violati*, e C.Th. 16.5.65.5 ([= C. 1.5.5, 1.6.3] Theod. Valentin. a. 428) in tema di *haereticorum reprimenda insania* prevedono a carico del *iudex* la medesima pena che egli ha omesso di applicare. C.Th. 16.10.12.4 (Theod. Arcad. Hon. a. 392), che inibisce una lunga serie di manifestazioni del culto pagano, prevede una non precisata sanzione a carico dei *defensores* e dei *curiales* negligenti o conniventi nel promuovere la punizione dei colpevoli, e in più un multa di trenta libbre d'oro se cerchino di procrastinare l'irrogazione della pena. Identica sanzione

⁹ Basti qui ricordare D. 5.1.15.1 (Ulp. 21 *ad ed.*), riprotto *supra* al § 1, proprio in tema di *iudex qui litem suam facit*.

pecuniaria colpisce i componenti dell'ufficio. Altre volte - C.Th. 9.10.4.1 = C. 9.12.8.3) di Teodosio, del 390 - la pronuncia sanzionatoria omessa, o differita, o più mite di quella comminata dalle leggi, comporta per il giudice che sia incorso in tali illeciti soltanto una nota di sia pur grave infamia.

Una folto nucleo di costituzioni imperiali, oltre a quelle già viste, prevede poi la pena della multa, di varia entità, ma in genere assai pesante (quasi sempre oro a chilogrammi, più di rado argento), - a volte solo a carico dell'*officium*, altre volte solo del *iudex*, altre ancora a carico dell'uno e dell'altro¹⁰ - per tutta una serie di mancanze delle più svariate tipologie e gravità, che vanno, per esempio, dal non aver impedito a un *honoratus* di presentarsi al cospetto del vicario senza indossare la clamide¹¹, alla sottoposizione a un giudice superiore di cause di lieve entità di competenza di un tribunale inferiore¹², a omissioni o ritardi nella trasmissione degli atti in caso di appello o di *consultatio ante sententiam*¹³, all'ammissione di *appellationes* per varie ragioni vietate¹⁴ così come all'ingiustificato rigetto di appelli invece da ammettersi¹⁵; all'aver istruito cause non rientranti nella propria competenza¹⁶, all'aver abitato con le parti, trattandosi di *honorati*, durante il processo e perfino all'averle viste nelle ore meridiane¹⁷, all'aver graziato colpevoli di omicidio in possesso di una benevola *adnotatio* senza verificare l'invocata assenza di dolo¹⁸, (in età giustiniana) all'aver, per riprovevoli motivi, rifiutato di assumere la causa o averne procrastinato la trattazione sì da

¹⁰ Né mancano casi che si potrebbero qualificare di solidarietà elettiva, nel senso che o paga la multa l'*officium*, o la paga il *iudex*: magari più salata, come stabilito da C.Th. 1.6.9 (Valent. Theod. Arcad. [a. 385]). Il brano relativo alla multa non compare più nella redazione della legge di cui a C. 9.29.2.

¹¹ C.Th. 1.15.16 (Arcad. Hon. a. 401).

¹² C.Th. 2.1.8 (Arcad. Hon. a. 395).

¹³ Notevole C.Th. 11.30.31 (Iul. a. 363), con cui per la prima volta si pone una norma di carattere generale che prevede una pena di dieci libbre d'oro per il prefetto al pretorio e di venti per il suo ufficio, se la *relatio* promessa non viene trasmessa con celerità, e comunque entro un mese, agli *officiales* che devono inoltrarla al tribunale dell'imperatore. Sul testo cfr. F. PERGAMI, *Amministrazione della giustizia e interventi imperiali nel sistema processuale della tarda antichità*, Milano 2007, 28 ss. (ivi, 13 ss., per altri atteggiamenti ostruzionistici dei giudici).

¹⁴ C.Th. 11.36.10 (Constant. Const. a. 360?) e C.Th.11.36.13 (Const. Constant. a. 358): ammissione di un appello dilatorio contro l'interesse del fisco; C.Th. 11.36.16 (Valentin. Val. a. 364): ammissione di un appello *a praeiudicio vel ab executione* (ivi richiamo al *litem suam facere: infra* § 3 nt. 55); C.Th. 11.36.26 (= C. 7.65.6 [Grat. Valentin. Theod. a. 379]): ammissione di un appello teso a impedire che una volontà testamentaria sia resa nota o l'applicazione di un rimedio a vantaggio degli eredi.

¹⁵ C.Th. 11.30.58.1 (= C. 7.62.30, 7.62.21).

¹⁶ C. 1.33.3 (Hon. Theod. a. 414).

¹⁷ C.Th. 1.20.1 (= C. 1.45.1 [Arcad. Hon. Theod. a. 408]): Il brano in cui compare la sanzione non figura nel *Codex Iustinianus*, ove pure non si legge più nemmeno il divieto di vedere il giudice (per l'*Interpretatio* di salutarlo) nelle ore meridiane.

¹⁸ Nov. Valent. 19.1, 3 (a. 445).

provocarne la morte per la scadenza del triennio¹⁹, e si potrebbe proseguire ancora a lungo.

Si è più volte sottolineato in dottrina come la punizione di questi fatti prescinda in genere non solo dal presupposto del dolo ma anche da quello di una pur lieve colpa, essendo imperniata esclusivamente sulla constatazione del verificarsi dell'evento che si intendeva impedire, e perciò su un dato oggettivo, come, appunto, oggettiva sarebbe da ritenersi la responsabilità che ne consegue²⁰.

Tale rilievo, nel complesso fondato, trova più evidente riscontro allorché la pena coinvolge l'*officium*, rivelando sovente un intento punitivo che sembra senz'altro prescindere dalla considerazione circa le possibilità per quest'ultimo di impedire l'evento. Una prova *a contrario* è offerta dai rarissimi casi in cui all'*officium* medesimo è concessa l'impunità se dimostra di aver fatto il possibile per evitare che il giudice commetta l'illecito, magari resistendogli con tenacia e ricordandogli il tenore della legge che sta violando²¹.

Per quanto concerne in modo specifico la figura del *iudex* si nota invece un più frequente riferimento alla *coniventia* - definita anche, talora, *culpabilis*²² o prestata *ignave*²³ -, alla *culpa*²⁴, alla *desidia*²⁵, all'*incuria*²⁶, alla *neglegentia*²⁷: il che testimonia forse di una tendenza, almeno quanto alla formulazione della norma, a mantenere un collegamento tra la punibilità dell'autore dell'illecito e un riprovevole atteggiamento soggettivo di quest'ultimo.

¹⁹ C. 3.1.13.8 (Iust. a. 530). Sulle misura giustinianee in tema di inattività processuale, in cui C. 3.1.13 si inserisce come una sorta di pietra miliare, cfr. S. PULIATTI, '*Officium iudicis*', cit., 98 ss.; sul § 8 della legge citata, 102 s.

²⁰ Cfr. M. LAURIA, "*Calumnia*", cit., 250 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *Le sentenze contra constitutiones e le sanzioni penali a carico del giudicante*, in ZSS, 62, 1942 (= *Scritti varii di diritto romano*, III. *Diritto penale*, Bari 1987, 211 ss.), 265 ss.; G. CERVENCA, in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (direz. M. Talamanca), Milano 1989, 581, D.A. CENTOLA, *Il 'crimen calumniae'*, cit., 107 ss.; ID., *In tema di responsabilità penale*, cit., 571 ss.; R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 545 ss.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici*, cit., 281; S. SCIORTINO, *Intorno a 'Interpretatio Theodosiani 9.39 De calumniatoribus'*, in AUPA, 52, 2007-2008, 217 nt.6. Del resto non mancano studiosi che individuano un fondamento di responsabilità oggettiva anche nella figura del *iudex qui litem suam fecerit* dell'età classica: li si veda indicati in F. LAMBERTI, *Riflessioni in tema di "litem suam facere"*, in *Labeo*, 38, 1990, 245 nt. 111, 247 (a tale impostazione non appare estranea neppure l'autrice citata); cfr. pure R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 556 e ntt. 18, 19. Sulla politica giustiniana in tema di abuso processuale cfr. C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano 2002, 153 ss.

²¹ Si veda in tal senso C.Th. 11.30.58 .1 (= C.7.62.30, 7.62.21[Arcad. Hon.] a. 399).

²² C.Th. 11.36.10 (Constant. Const. a. 360?).

²³ C.Th. 11.36.26 (= C. 7.65.6 [Grat. Valentin. Theod.] a. 379).

²⁴ C.Th. 6.4.22.3 (Valentin. Val. Grat. a. 373); C.Th. 6.10.1 (Grat. Valentin. Theod. a. 380); C.Th. 6.35.10 (Grat. Valentin. Theod. a. 380?).

²⁵ C.Th. 1.5.9 (= C. 1.26.3 [Valentin. Theod. Arcad.] a.389); C.Th. 1.10.7 (= C.1.32.1[Arcad. Hon.] a. 401).

²⁶ C.Th. 16.10.12.4 (Theod. Arcad. Hon. a.392).

²⁷ C.Th. 1.10.7 (Arcad. Hon. a.401); 1.12.6 (Arcad. Hon. a. 398).

Rimane nondimeno difficile, in un clima siffatto, accreditare ad un giudice accusato di tali mancanze valide possibilità di scagionarsi adducendo il dato di un proprio comportamento incolpevole.

Occorre tuttavia porre mente a un dato ulteriore.

Sono una fitta schiera – si è detto – le costituzioni che reprimono severamente le mancanze del giudice, ma - ancorché ciò possa apparire singolare - sono forse ancora più numerose le leggi che vietano questo o quel comportamento senza al contempo prevedere una sanzione.

Ciò premesso, a questo punto dell'indagine, ossia una volta delineata almeno nei suoi caratteri generali questa tipologia di responsabilità del giudicante espressione dell'età e della temperie politico-giuridica del tardoantico, viene spontaneo domandarsi se in tutti quei casi in cui una costituzione imperiale impone una condotta senza al contempo prevedere una sanzione, il trasgressore finisca o no colpito da una pena, afflittiva o pecuniaria che sia.

Si tratta, come appare intuitivo, di una domanda a cui non è agevole rispondere. Poiché, come abbiamo visto, sostanzialmente difettano in quest'epoca norme che in generale sanzionano l'inosservanza delle leggi imperiali da parte del *iudex*, e ci si trova invece di fronte a una moltitudine di statuizioni particolari, ciascuna basata su un presupposto e racchiusa in un ambito assai precisi, sembrerebbe giocoforza concludere, almeno su un piano di logica astratta, che, in carenza di un'espressa e specifica disposizione sanzionatoria, il giudice resosi autore della mancanza vada ciò nonostante esente da pena.

Senonché occorre anche riflettere su alcuni dati ulteriori.

Innanzitutto, e non solo nel nostro campo, affiora in modo palese una tendenza della legislazione del tardo impero ad erigere un fitto reticolato sanzionatorio dalle cui maglie sia per chiunque difficile uscire. Non so se si possa condividere 'tout court' l'affermazione del Lauria per cui ora "qualunque atto compiuto dal magistrato può essere considerato reato"²⁸: forse, presa alla lettera, essa pecca un po' per eccesso, ma l'idea che lo studioso ha inteso rendere rimane in buona sostanza da condividersi.

In rapporto al quadro che offre l'apparato testuale nel suo complesso, appare difficile pensare che nel momento in cui l'uno o l'altro degli imperatori di questo lungo periodo impone al *iudex* un preciso *modus operandi* in forza di una *constitutio* nel cui testo non è prevista sanzione pensi di affidare in tal modo il proprio volere a una sorta di *lex imperfecta*.

Se, per intenderci rapidamente, l'*officialis* a cui si addebita il fatto di Tizio che si è presentato al vicario senza indossare la clamide deve pagare dieci libbre d'oro²⁹, ulteriore percorso logico conduce a ritenere che altre mancanze, di più grave portata, difficilmente possano andare esenti da pena.

Allora, probabilmente, occorre rivolgersi a quelle disposizioni che, nel quadro della gerarchia dei funzionari, demandano in particolare ai prefetti al pretorio e ai

²⁸ M. LAURIA, "Calumnia", cit., 250.

²⁹ C.Th. 1.15.16 (Arcad. Hon. a. 401), citato anche *supra* a nt. 11.

presidi la sorveglianza sull'operato dei *iudices* collocati nei gradini più bassi della scala gerarchica, attribuendo loro il compito sia di punire direttamente l'atteggiamento inerte, negligente, avido o comunque censurabile del sottoposto, sia di riferire il fatto all'imperatore³⁰.

Ciò, chiudendo in qualche modo il circolo, concorre a inscrivere l'operato del *iudex*, in particolare dei gradi inferiori, entro un ambito sanzionatorio dal quale risulta assai difficile evadere. In questo senso, volendo, è dato reperire pressoché sempre una soluzione punitiva.

3. *Iudex qui litem suam fecerit e diritto giustiniano* - Alla luce del quadro prospettico tratteggiato poco sopra, viene spontaneo domandarsi che spazio possa aver trovato in età giustiniana quella responsabilità patrimoniale propria del giudice dell'*ordo*, allora privato cittadino, che ne faceva un debitore nei confronti della parte lesa dalla sua condotta. Quella stessa responsabilità che le fonti inscrivono nel sintagma del *litem suam facere*, e di cui all'inizio di queste pagine si sono brevemente delineati i caratteri.

E' facile immaginare la risposta che affiora d'acchito. E difatti è proprio questa la risposta che all'interrogativo fornisce oggi la dottrina maggioritaria, secondo la cui impostazione - per intenderci rapidamente -, con riferimento all'assetto processuale del VI secolo, si potrebbe anche concludere: c'era una volta il *iudex qui litem suam fecerit*.

Come si è anticipato, un filone di ricerche, che trova anche assai recenti (benché non proprio unanimi) adesioni, nega infatti che il sintagma *iudex qui litem suam fecerit* alluda ora alla responsabilità risarcitoria a carico del giudice verso la parte lesa dal suo comportamento scorretto, per inserirsi invece - quasi, si direbbe, inesorabilmente attratta - nel quadro di quella responsabilità disciplinare o 'penale disciplinare' di cui si è trattato nel precedente paragrafo.

Secondo detta teoria, la presenza della nostra figura giuridica, in particolare nelle Istituzioni imperiali³¹, sarebbe soprattutto legata a esigenze di euitmia sistematica in rapporto al 'catalogo' delle fonti delle obbligazioni, a sua volta debitrice, più in generale, alla propensione classicheggiante di Giustiniano³².

³⁰ Cfr. C.Th. 1.5.9 ([Valentin. Theod. Arcad. a. 389] = C. 1.26.3): *Si quos iudices corpore marcentes et neglegentes desidia somniis oscitantes, si quos servilis furti aviditate degeneres vel similium vitiorum labe sublimitas tua repperit involutos, in eos vindictam publicae ultionis exaggeret et amotis vicarios subroget, ut ad nostrae mansuetudinis scientiam non crimina sed vindicta referatur.*

³¹ I. 4.5 pr.; I. 4.5.2 (in fine): per il testo si veda *supra* § 1 nt. 2.

³² In generale cfr. O. ROBINSON, *Justinian's Institutional Classification and the Class of quasi-delict*, in *JLH*, 18, 1998, 245 ss.; EAD., *The 'iudex qui litem suam fecerit' explained*, in *ZSS*, 116, 1999, 195 ss.; EAD., *Justinian and the Compilers' View of the 'iudex qui litem suam fecerit'*, in *Status familiae. Festschrift für A. Wacke zum 65. Geburtstag*, München 2001, 389 ss.; R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 537 ss.; M. GIUSTO, *Per una storia del 'litem suam facere'*, in *SDHI*, 71, 2005, 468 e nt. 36. *Contra*, di recente, A. PETITO, *Il 'iudex qui litem suam fecerit' nella Parafrasi di Teofilo*, in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità* (cur. C. Cascione - E. Germino - C. Masi Doria), Napoli 2006, 453; nonché, da ultima, F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna 2010, 61 ss. Anche A. BURDESE, *Note sulla responsabilità del "iudex privatus"*, in *Studi L. Mazzarolli*, I, Padova

In tale direzione si fa leva anche sul dato relativo alla collocazione di una delle due *leges geminae* tratte dagli *aurea*, D. 50.13.6³³, sotto il titolo *De variis et extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicetur*, dunque in un libro dei *Digesta* giustinianeï, l'ultimo, dedicato in generale al diritto pubblico e alle municipalità, il che dimostrerebbe un differente, e quasi inconciliabile, intento compilatorio rispetto al luogo in cui si parla di *litem suam facere* (D. 44.7.5.4)³⁴ come quasi delitto³⁵; nonché, infine, sull'asserita inesistenza di specifiche fattispecie rientranti nell'ambito della nostra figura, consegnata quindi esclusivamente al vago e 'sospetto' *utique peccare* da parte del giudice di cui alla coppia di frammenti gaiani sistemati nelle *Pandette*³⁶.

E' indubbio che gli studiosi che si muovono lungo la predetta direttrice hanno il merito di aver apportato nel dibattito elementi di riflessione tutt'altro che trascurabili, e d'altra parte che il *litem suam facere* non trovi nella temperie processuale del dominato un 'habitat' particolarmente favorevole non ha certo bisogno di dimostrazione.

Ciò premesso, la predetta tesi non mi sembra da condividersi.

Intanto, una prima considerazione: sarà forse dovuto al fatto che l'apparato testuale in nostro possesso è più generoso con riguardo alle fonti di diretta matrice giustiniana, ma non può negarsi che proprio con riferimento all'età di Giustiniano emerga un discreto nucleo casi in cui il giudice è tenuto a risarcire le parti processuali che ricevono pregiudizio dalla sua condotta. Di tale responsabilità con direzione risarcitoria gli esempi per quanto riguarda i secoli IV e V sono di un'esiguità estrema. Ora, come si è detto, le cose cambiano.

E' vero che si tratta di situazioni specifiche in genere connesse non tanto alla sentenza che decide la controversia, quanto piuttosto alla mancata attribuzione ad

2007, 50 ss., propende per una, sia pur limitata, presenza della responsabilità patrimoniale del giudicante nella *cognitio* tardoantica. Tendenzialmente incerta (ma più vicina alla teoria maggioritaria) G. ZANON, *Indicazioni di metodo giuridico dalla 'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti'*, Napoli 2009, 190 nt.165. Secondo C. DE KONINK, 'Iudex qui litem suam fecit'. *La responsabilité quasi-délictuelle du iudex privatus dans la procédure formulaire*, in *Viva vox iuris romani. Essays in honour of J.E. Spruit*, Amsterdam 2002, 86 s., nel sistema della *cognitio* era lo stesso giudice di appello che, oltre a riformare la sentenza di primo grado, condannava il giudice ai danni arrecati dalla sua condotta illegittima. Ciò che il De Konink afferma è invece posto come oggetto di domanda in G. MACCORMACK, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, in *ANRW*, II.14, Berlin-New York 1982, 27.

³³ *Supra* § 1.

³⁴ *Supra* § 1.

³⁵ Cfr. O. ROBINSON, *Justinian and the Compilers' View*, cit., 391 ss.: la studiosa anglosassone sostiene che, quanto alla responsabilità del giudice, D. 44.7.5.4 non riveste un particolare significato per Giustiniano, poiché il passo è tratto dal terzo libro degli *aurea* di Gaio in quanto parte di un testo più ampio recante le classificazioni che in quella sede interessavano, mentre in D. 50.13.6 "the *iudex* is free-standing", non più quindi accostato agli *effusa vel deiecta*, ai *posita vel suspensa* e ai furti e danni sulle navi nelle osterie e negli stallaggi, bensì "connected to issues of jurisdiction".

³⁶ Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 541: "In primo luogo, non vi è più alcuna condotta specifica che integri l'illecito, così come avveniva in età formulare".

una delle parti di rimborsi spese che avrebbero dovuto essere accollati all'avversario che ha perso la causa, ma ciò non autorizza a sottovalutare tale elemento, da ritenersi invece abbastanza sintomatico.

Così C. 3.1.13.6, di Giustiniano, del 530, la celebre *lex Properandum*, impone a tutti i giudici dell'impero di corrispondere alla parte vincitrice l'importo delle spese processuali a cui essi non abbiano eventualmente condannato la parte soccombente.

In modo analogo, C. 3.1.15, ancora di Giustiniano, del 531, prevede a carico di tutti i giudici, sia a Costantinopoli sia nelle province, il rimborso delle spese processuali e il risarcimento dei danni fino ad allora subiti dalla parte presente, allorché, comparsa quella assente regolarmente citata, il giudice stesso l'abbia ammessa al giudizio senza prima provvedere a condannarla a tali titoli.

Tali disposizioni³⁷ si coordinano con l'inammissibilità stabilita dalla costituzione giustiniana in C. 7.64.10, del 529, di proporre appello da parte del vincitore di una causa per l'omessa o insufficiente condanna alle spese di giustizia a carico del soccombente³⁸, nel quadro, più in generale, della linea di politica giudiziaria dell'imperatore tendente a porre un freno al preoccupante proliferare delle cause.

Sempre su questa falsariga, la Novella 124, del 545, prevede al capo IV che l'*executor* che pretenda diritti (*sportulae*) di ammontare superiore a quello stabilito dalle leggi sia condannato al quadruplo di quanto richiesto in più, di cui i tre quarti andranno al fisco e un quarto al danneggiato: identica sanzione è prevista per il giudice che non abbia a ciò condannato il suo ufficiale giudiziario. Al capo V è previsto che i *referendarii* che si immischino in qualunque modo nella causa pretendendo per sé qualcosa o costringendo le parti a transazioni siano tenuti a risarcire il danno derivante dal loro comportamento.

Prima facie più interessante, sia pure di portata che travalica l'ambito giudiziario per attestarsi nel campo dell'attività amministrativa nel suo complesso, è la previsione di Nov. Iust. 86.4, del 539, la quale sottopone al giudizio del vescovo il *praeses provinciae* dalla cui attività il privato si ritenga ingiustamente leso (l'espressione verbale usata è ἀδικηθῆναι³⁹): se condannato, il governatore deve soddisfare il ricorrente che subì *iniuria* sotto ogni profilo (τὸ ἰκανὸν ἀπὸ τὸν ποιεῖν παντὶ τρόπῳ τῷ ἐντυχόντι κατ'αὐτοῦ). Sembra si possano inserire in tale previsione anche svariate forme di denegata giustizia.

Veniamo ora, nello specifico, al *iudex qui litem suam fecerit* nelle fonti giustiniane.

L'argomento relativo ad una mera volontà compilatoria di mantenere la quadripartizione delle *obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*, tiene fino a

³⁷ Più genericamente ribadite nella Novella 82.7, del 539, ove è pure sottolineata la responsabilità sussidiaria del giudice competente in caso di simili violazioni commesse dal delegato.

³⁸ All'inconveniente – chiarisce la legge – si può porre rimedio *sine provocatione*.

³⁹ Sull'ampia valenza del verbo, tale da includere ogni tipologia di comportamento scorretto, cfr. S. PULIATTI, '*Officium iudicis*', cit., 112.

un certo punto. Che un simile ossequio sistematico rientri nella mentalità giustiniana⁴⁰ è senz'altro da concedersi - e capita pure, ad esempio, che un modello classico si renda funzionale alla spiegazione di una recente riforma⁴¹ -, ma le *Institutiones* sono anche molto attente a favorire il più possibile la comprensione da parte dello *studiosus adulescens* che sulle medesime incomincia a formarsi.

Tale preoccupazione è dichiarata già *in limine* a chiare lettere, come programmatico impegno⁴², ma trova anche in seguito significativi riscontri: si pensi solo alla trattazione dei legati tenuta apposta distinta da quella dei fedecommissi, nonostante l'unificazione dei due istituti operata da Giustiniano, proprio per consentire una loro più agevole assimilazione concettuale⁴³.

Anche per quanto concerne la quadripartizione delle obbligazioni nascenti da contratto nell'età giustiniana è venuto meno uno dei poli, e precisamente quello delle *obligationes litteris*, tuttavia i compilatori del manuale non solo non versano entro il contenitore dell'*expensilatio*, da tempo uscita di scena, un contenuto diverso e incompatibile con quello originario, ma nemmeno - nominandoli come terza tipologia senza aggiungere altro - inducono a credere che i *nomina transscripticia* operino ancora. Li dichiarano invece, come in effetti sono, un ricordo⁴⁴, e riempiono quel vuoto con l'ipotesi che potremmo definire della presunzione assoluta di *obligatio re contracta* che nasce dalla scrittura il cui contenuto non sia contestato in termini⁴⁵: sarà anche una soluzione poco felice sul piano tecnico, d'accordo, ma perlomeno non si risolve in una sorta di falso.

Pur essendo intuitivo che la scomparsa del processo formulare ha inciso profondamente sulla connotazione della nostra figura giuridica, intendo dire che la scelta di inserire nell'ambito delle obbligazioni quasi da delitto una 'voce' che di queste conserva solo il nome ma in realtà risulta ora del tutto inconciliabile quanto all'*illud proprium*, e cioè al senso direzionale della responsabilità, non differisce

⁴⁰ Si parla al nostro proposito di "pedagogic reasons" (O. ROBINSON, *Justinian and the Compilers' View*, cit., 392); di "gusto arcaizzante" (R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 541); di mero "ossequio alla tradizione" (M. GIUSTO, *Per una storia*, cit., 468 nt. 36).

⁴¹ Così lo schema dell'*emptio venditio* obbligatoria è chiamato in causa per illustrare la portata della riforma giustiniana della donazione tra vivi di cui a C. 8.53(54).35, del 530: cfr. I. 2.7.2, e R. LAMBERTINI, *I. 2.7.2: un problematico raccordo tra effetti della donazione e della compravendita in diritto giustiniano*, in *Labeo*, 49, 2003, 60 ss.; ID., *Sugli effetti della donazione nell'ottica giustiniana e dei primi interpreti bizantini*, in *Diritto@Storia*, 6, 2007, 2 s. (www.dirittoestoria.it/6/Memorie/Scienza_giuridica.htm).

⁴² I. 1.1.2.

⁴³ I. 2.20.3: (...) *sed ne in primis legum cunabulis permixte de his exponendo studiosis adulescentibus quandam introducamus difficultatem, operae pretium esse duximus interim separatim prius de legatis et postea de fidicommissis tractare, ut natura utriusque iuris cognitiva facile possint permixtionem eorum eruditi suptilioribus auribus accipere.*

⁴⁴ I. 3.21: *Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt.*

⁴⁵ Cfr. in particolare M.R. CIMMA, *De non numerata pecunia*, Milano 1984, 219 ss.

molto da un ingannevole gioco di prestigio che personalmente, nel sistema delle *Institutiones*, non mi sento di addebitare neppure al Giustiniano più proclive a tentazioni classicistiche di schulziana memoria⁴⁶. Si trattasse di limitare la visione al *mare magnum* dei *Digesta*, ove più estesa e condizionante è la vischiosità dei testi traditi, sarei (entro certi limiti) più possibilista, ma la compiuta consapevolezza critica e normativa che permea il manuale mi induce - per quanto ciò possa valere - ad escluderlo.

Anche l'asserita mancanza di ipotesi specificamente definite di *litem suam facere* non corrisponde al vero: la costituzione giustiniana in C. 2.3.29, del 1° settembre 531, è eloquente, prevedendo proprio un caso di tale natura. E, a mio sommo credere, non è privo di singolarità il modo con cui detta legge viene spesso trascurata o ritenuta inconferente.

C. 2.3.29⁴⁷ - *Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit non usurum fori proscriptio[n]e [sic]⁴⁸ propter cingulum militiae suae vel dignitatis vel etiam sacerdotii praerogativam, licet ante dubitabatur, sive oportet eandem scripturam tenere et eum qui hoc pactus est non debere adversus suam conventionem venire, vel licentiam ei praestari decedere quidem a scriptura, suo autem iure uti: sancimus nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere. 1. Si enim ipso edicto praetoris pacta conventa, quae neque contra leges nec dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt, quare et in hac causa pacta non valent, cum alia regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt*

⁴⁶ Il mio concetto di fine pedagogico non coincide evidentemente con quello di Olivia Robinson (*supra* nt. 40).

⁴⁷ La costituzione, in una veste un poco diversa e ridotta, si trova anche in C. 1.3.50 (51): *Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit non usurum fori praescriptione propter sacerdotii praerogativam, sancimus non licere ei adversus sua pacta venire et contrahentes decipere, cum regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introduca sunt renuntiare. 1. Quam generalem legem in omnibus casibus obtinere sancimus, qui necdum per iudicalem sententiam vel amicabilem conventionem sopiti sunt. In tale redazione, manca, tra l'altro, la parte relativa alla comminatoria della sanzione per il *litem suam facere*. Non è tuttavia necessario pensare che quest'ultima figura, e la connessa citazione dell'editto pretorio, derivino - nel testo integrale della legge di cui a C. 2.3.29 - dalla possibile ricopiatura di una fonte classica - così M. GIUSTO, *Per una storia*, cit., 468 nt.36 -, ché Triboniano non aveva bisogno di un tale supporto per menzionare l'*edictum de pactis*. Ma anche se così fosse, rimane un dato incontrovertibile: l'imperatore avverte il giudice che, nel caso non applichi il disposto della legge, "fa anche sua la lite". Che il testo compaia accorciato in C. 1.3.50 (51) è ai nostri fini irrilevante: nel titolo 1.3 ci si occupa di tutta una serie di categorie di religiosi, nonché di enti e di problematiche di tale natura, e come si è tolto il riferimento al *cingulum militiae* o alla *dignitas* in quanto fuori luogo, così si è eliminata per analoga ragione la parte relativa alla sanzione per il giudicante: ciò che qui conta è la consapevolezza che deve avere il chierico di non poter disattendere al *pactum* da lui stretto, perché ci troviamo nello statuto che lo riguarda. Diverso è l'angolo visuale da cui invece si pone il titolo 2.3 (*de pactis*) del Codice, ove appare invece opportuno insistere maggiormente, e in generale, sul valore vincolante dell'accordo e sulla responsabilità alla quale va incontro giudice che non se ne faccia carico: qui insomma si parla della valenza cogente dell'accordo sia per i paciscenti sia per l'organo giudicante.*

⁴⁸ In C. 1.3.50 (51), di cui alla nota precedente, si parla invece di *fori 'praescriptione'*.

renuntiare? 2. Omnes itaque iudices nostri hoc in litibus observent, et huiusmodi observatio et ad pedaneos iudices et ad compromissarios et arbitros electos perveniat scituros, quod, si neglexerint, etiam litem suam facere intellegantur.

Come si evince abbastanza agevolmente, la *constitutio* ammonisce tutti i giudici, e pure gli *arbiri ex compromisso*⁴⁹, a non permettere che colui che in un documento si era impegnato a non valersi della *praescriptio fori* in ragione della sua qualifica, in seguito vada in contrario avviso e pretenda che la causa sia trattata nel foro privilegiato dei pari che gli compete. In questo caso infatti non si rinuncia ad una posizione di favore, il che è sempre stato e rimane possibile, ma si intende derogare ad un patto che avvantaggia l'avversario.

Prescindendo in questa sede dall'elegante lezione triboniana con richiamo all'*edictum de pactis*, occorre fermare l'attenzione sull'*etiam* di cui al paragrafo 2, il quale non può essere considerato pleonastico, sottolineando che la responsabilità per *litis sua facta* si aggiunge, per i giudici che non si attengono a quanto disposto dalla presente legge, ad un'altra forma di responsabilità evidentemente di natura diversa, ad esempio di stampo disciplinare⁵⁰.

Ulteriori considerazioni valgono a confortare la soluzione qui prospettata.

Per esempio, nella Parafrasi di Teofilo (4.5 pr.) è spiegato chiaramente che la sanzione pecuniaria va a vantaggio della parte lesa dal comportamento illegittimo del giudice:

καὶ εἰς τοσοῦτον καταδικάζεται εἰς ὅσον ἂν δοκιμάσῃ ὁ δικάζων αὐτῷ καὶ τῷ ἀδικηθέντι χρῆναι αὐτὸν ποινῆς λόγῳ καταβάλλειν· τῷ γὰρ βλαβέντι ἢ in factum ἀρμόζει (*et in tantum condemnabitur, quantum parebit ei, qui inter eum et illum, qui iniuriam passus est, cognoscit, eum poenae nomine dare oportere. Nam ei, qui laesus est, in factum actio competit*)⁵¹.

Immaginiamo ora il contemporaneo di Giustiniano che legga nel *Codex repetitae praelectionis* la costituzione 2.3.29, ove si fa riferimento al *iudex qui litem suam facit*, espressione non solo tecnica, ma che non trova neppure un corrispondente nella lingua greca, tanto è vero che le fonti bizantine o la lasciano in caratteri latini o si limitano a traslitterarla.⁵² Egli, per avere un'idea del

⁴⁹ Cfr. sul punto K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München 1971, 223 s.

⁵⁰ R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 547 nt.10, trae dal paragrafo 2 della costituzione - riportato avulso dal contesto della costituzione a cui appartiene - conclusioni generali sulla responsabilità (disciplinare) del *iudex* in età giustiniana e sull'elemento soggettivo connesso, ma l'*omnes iudices* con quel che segue si riferisce solo ai giudicanti, di ogni ordine e grado, che non ottemperino al disposto di questa stessa legge, che fissa quindi un caso specifico di *litem suam facere*.

⁵¹ Cfr. A. PETITO, *Il 'iudex'*, cit., 491.

contenuto di tale figura giuridica non potrà non rifarsi soprattutto alla sistematica delle *Institutiones*, sul tenore delle quali in argomento vale il già detto.

Dunque, anche ora, una responsabilità patrimoniale del *iudex* che comporta per il medesimo una sanzione pecuniaria a favore della parte danneggiata, e che eventualmente si aggiunge a una responsabilità del giudicante fondata su diverso titolo.

Resta il dato – questo sì incontestabile – di una formula che nella legislazione imperiale tardoantica non compare più da quasi centosettant'anni, e che prima, sempre nella legislazione del dominio è affiorata - con coloritura dolosa⁵³ - solo due volte, in una norma di Costantino⁵⁴ del 315, in tema di divieto di appello *a praeiudicio vel ab executione*, e in una di Valentiniano e Valente⁵⁵ del 364, che a quella si richiama per confermarne il disposto⁵⁶.

La mia impressione in proposito è che il rapporto tra Giustiniano e i precedenti modelli legati alla procedura formulare abbia potuto operare non nel senso di una implicita, e in fondo surrettizia, sostituzione, ma, semmai, nella direzione di una sorta di tentativo rivitalizzante.

Siamo in piena temperie compilatoria: nel 531 si è già messa in moto la macchina dei Digesti, la stessa legge del 531 in C. 2.3.29 si muove sulla scia,

⁵² Cfr. Theoph. Par. 4.5 pr.: *litem suam ἐποίησε*; Sch. 3 a Bas. 11.1.90 (Scheltema, B.I, 337): *λίτεμ σοῦαμ ποιεῖ*; Sch. 5 a Bas.11.1.90 (Scheltema, *ibid.*): *λίτεμ σοῦαμ ποιῶσιν*.

⁵³ Cfr. F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 55 ss., ove alle due leggi è accostato, sul piano delle fonti letterarie, Dracont., *Romulea*, 8.31-38, in cui si rappresenta un Paride che, nel celebre giudizio, ‘fa sua la lite’ preferendo Venere a Giunone e Minerva.

⁵⁴ C.Th. 11.36.2 (Const. a. 315): *Qui a praeiudicio appellaverit vel ab executoribus rerum antea statutarum atque alterius auditorii praepropere iudicia poposcerit, XXX follium poena multetur, ita ut omnem causam ipse sine dilatione discingas, quippe cum et causam tuam videaris esse facturus, si per conventiam huiusmodi appellationem admiseris. (...)*. Sarà un caso, ma anche nel testo di questa legge compare un *et (et causam tuam videaris esse facturus)* che sembra fare da significativo ‘pendant’ con l’*etiam* di cui a C. 2.3.29.2.

⁵⁵ C.Th. 11.36.16 (Valentin. Val. a. 364): *Interpositas appellationes a praeiudicio vel ab executione damnantes et eum, qui ab istiusmodi titulis provocaverit, et officium, quod non renuntiavit, quinquagenas argenti libras fisco nostro iubemus inferre, litem suam faciente iudice qui recepit*. Sul testo cfr. F. PERGAMI, *Amministrazione*, cit., 32 e nt. 65.

⁵⁶ Non va dimenticato tuttavia che le fonti dell’età del principato non sembrano conservare memoria di cause per danni intentate contro giudici, e che vi sono autori che ritengono che anche in quest’epoca le norme sul *litem suam facere* siano rimaste pressoché lettera morta: cfr. J.M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford 1966, 116: “The greatest mystery about the action on *litem suam facere* is its apparent rarity. (...) our information about it at any period is extremely scanty, secular literature contains not a single instance of its being brought (in spite of the fact that one would have imagined that at least some actions against the judge *qui litem suam fecit* would have been *causes célèbres*)”. Si veda anche, in tal senso, C. DE KONINCK, ‘*Iudex*’, cit., 83 nt.16. Entrambi gli studiosi rilevano le difficoltà insite nel chiamare in giudizio un giudice eventualmente di rango senatorio o equestre; ma il *iudex unus* poteva appartenere – e sovente di fatto apparteneva – anche a umili strati sociali: cfr. di recente L. GAGLIARDI, *La figura del giudice privato del processo civile romano. Per un’analisi storico-sociologica sulla base delle fonti letterarie (da Plauto a Macrobio)*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma* (cur. E. Cantarella), Milano 2007, 199 ss. Considera invece la responsabilità per il *litem suam facere* un sempre incombente “*Damoklesschwert*” H. HÜBNER, *Zur Haftung des iudex, qui litem suam fecit*, in *IVRA*, 5, 1954, 200.

quanto meno ideale, delle *quingenta decisiones (licet ante dubitabatur ... sancimus)*⁵⁷. Le *Institutiones* delineano una figura di cui una costituzione imperiale di Giustiniano fornisce già un'applicazione, chiara ed al contempo enfaticizzata; un esempio, nelle intenzioni imperiali, destinato presumibilmente a non rimanere isolato.

D'altronde una responsabilità patrimoniale del giudice, in particolare dei giudici inferiori⁵⁸, si inquadra anche, più in generale, nel grande disegno di riforma della giustizia in chiave sia di efficienza organizzativa sia di spinta moralizzatrice, che Giustiniano persegue - in fondo con apprezzabile coerenza - in un lungo arco di tempo della sua vicenda imperiale⁵⁹.

Poi la fase codificatoria si esaurisce lasciando il posto a una legislazione definita dal Bonini 'corrente'⁶⁰, e l'*humus* sfavorevole di cui si diceva non dura fatica ad avere il sopravvento. E questo non sarebbe certo l'unico né tanto meno il più importante dei disegni giustiniani sfumati in un breve volgere di anni.

Si può pensare in questa direzione - tengo a sottolinearlo, ipotetica - che i due frammenti gemelli collocati nei *Digesta*⁶¹, i quali pressoché certamente non sono usciti così dalla penna di Gaio - ma che non credo neppure rechino il segno di Triboniano - forniscano, come dire, una sorta di generale copertura sanzionatoria in cui i singoli casi di volta in volta introdotti possano trovare un loro collante, un grande, elastico denominatore comune.

Qui tuttavia il discorso rischierebbe di portarci molto lontano, investendo anche il terreno, ben più esteso ed infido, del valore normativo dei *Digesta* e del loro rapporto con la legislazione imperiale.

Restando al nostro tema e per concludere, poiché - nonostante qualche uso promiscuo dei termini - altro è la glossa, altro l'interpolazione in senso tecnico, che la parte glossematica di quelle *leges geminae* a firma di Gaio - penso soprattutto a quell'*utique peccare aliquid* che non dà scampo - possa essere in più o meno larga misura debitrice proprio alle maglie strettissime della responsabilità 'penale disciplinare' dei funzionari imperiali di cui si è detto - e che risulta, come pure si è visto, altra cosa - non si pone a mio avviso in contrasto con la soluzione

⁵⁷ Cfr. M. GIUSTO, *Per una storia*, cit., 468 nt. 36. Sulle *quingenta decisiones* cfr. da ultimo, R. LAMBERTINI, *Se ci sia stato un 'Quingenta decisionum liber'*, in *IVRA*, 2008-2009 [pubbl. 2009], 121 ss.

⁵⁸ O. ROBINSON, *Justinian and the Compilers' View*, cit., 393 ss., ritiene che il vocabolo *iudex* nei due frammenti dei *Digesta* relativi al *litem suam facere* venga sostanzialmente inteso nel sistema processuale del tardo impero come riferito al *iudex pedaneus*. Che la responsabilità per *litem suam facere* sia limitata ai giudici delegati è affermato - pur da angolo visuale diverso - anche da G. PUGLIESE(- F. SITZIA - L. VACCA), *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991, 911.

⁵⁹ Basti qui ricordare l'ampia e puntuale ricerca di S. PULIATTI, '*Officium iudicis*', del resto più volte citata.

⁶⁰ Cfr. R. BONINI, *Note sulla legislazione giustiniana dell'anno 535*, in (*L'imperatore Giustiniano. Storia e mito [Giornate di studio a Ravenna, 14-16 ott. 1976]*, cur. G.G. Archi, Milano 1978, 161 ss. => *Studi sull'età giustiniana*², Rimini 1990, 35.

⁶¹ D. 44.7.5.4 (Gai. 3 *aur.*) e D. 50.13.16 (Gai. 3 *rer. cott. sive aur.*): *supra* § 1.

che la complessiva esegesi dei testi mi suggerisce e che ho qui tentato di delineare.