

CONTRA CONSTITUTIONES IUDICARE
ALLE ORIGINI DI UNA DIALETTICA NELL'ETÀ DEI SEVERI

Direzione

Lucio De Giovanni, Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza

Comitato scientifico

Angelo Abignente, Raffaele Ajello, Andrea Amatucci, Ferruccio Auletta, Raffaele Caprioli, Cosimo Cascione, Antonio Cavaliere, Aurelio Cernigliaro, Fabio Ciaramelli, Vincenzo Cocozza, Pasquale Commendatore, Chiara Corbo, Lucio De Giovanni, Raffaele De Luca Tamajo, Settimio Di Salvo, Carmine Donisi, Giuseppe Ferraro, Carlo Fiore, Vincenzo Giuffrè, Biagio Grasso, Dario Grosso, Giuseppe Guizzi, Bruno Jossa, Massimo Iovane, Luigi Labruna, Giovanni Leone, Fiorenzo Liguori, Carlo Longobardo, Alberto Lucarelli, Vincenzo Maiello, Carla Masi Doria, Giulio Massimilla, Roberto Mastroianni, Massimo Miola, Sergio Moccia, Renato Oriani, Antonio Palma, Giuseppe Palma, Fulvio Maria Palombino, Gabriello Piazza, Lucia Picardi, Ferdinando Pinto, Mario Porzio, Salvatore Prisco, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Enrico Quadri, Nicola Rascio, Francesca Reduzzi Merola, Giuseppe Riccio, Francesco Riccobono, Marilena Rispoli, Mario Rusciano, Francesco Santoni, Michele Scudiero, Vincenzo Spagnuolo Vigorita, Sandro Staiano, Giuliana Stella, Lucia Venditti, Massimo Villone, Antonello Zoppoli, Lorenzo Zoppoli

Referee

Prima della pubblicazione, tutti i saggi sono sottoposti a *peer review* obbligatoria da parte di due *referee*. Il referaggio è a doppio anonimato. Il giudizio del *referee* potrà essere: a) positivo, b) positivo con indicazioni di modifiche, c) negativo. In caso di due referaggi nettamente contrastanti, il testo verrà inviato a un terzo *referee*.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Pubblicazioni

IV

DONATO ANTONIO CENTOLA

*CONTRA CONSTITUTIONES
IUDICARE*

ALLE ORIGINI DI UNA DIALETTICA
NELL'ETÀ DEI SEVERI



Edizioni Scientifiche Italiane
Napoli 2017

CENTOLA, Donato Antonio
Contra constitutiones iudicare. *Alle origini di una dialettica nell'età dei Severi*
Università degli Studi di Napoli Federico II
Dipartimento di Giurisprudenza
Pubblicazioni, IV
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017
pp. IV+212; 24 cm
ISBN 978-88-495-3432-0

© 2017 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it

E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

INTRODUZIONE

La problematica del rapporto tra l'attività legislativa e la concreta applicazione della norma in ambito giudiziale, nonostante costituisca da tempo l'oggetto di un dibattito mai sopito, continua a rimanere di grande attualità, soprattutto con riguardo al valore delle sentenze ai fini dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano¹.

Come è noto, l'art. 101 della nostra Costituzione, dopo aver ricordato al primo comma che «La giustizia è amministrata in nome del popolo», statuisce, al secondo comma, che «I giudici sono soggetti soltanto alla legge»².

¹ Sul complesso rapporto tra il giudice e la legge nel nostro ordinamento, nell'ambito della sterminata bibliografia, oltre a S. SATTÀ, *Il giudice e la legge*, in *Quaderni del diritto e del processo civile* 4 (1970) 17 ss. e dello stesso autore *La vita della legge e la sentenza del giudice*, in *Il mistero del processo*, Milano 1994, 39 ss., si veda, con l'indicazione della precedente dottrina, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritto, giustizia*, Torino 1992; dello stesso autore *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli 2007; *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008; G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Bari 1996; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione del fatto*, Bari 2001; G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli 2012, 7 ss. [su cui cfr. L. LABRUNA, *Un tema «senza tempo»: il «difficile rapporto» tra il giudice e la legge. Qualche riflessione a proposito di un recente volume*, in A. PALMA (a cura di), *Studi in onore di Francesco Guizzi*, 1, Torino 2013, 453 ss.]; C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano 2012; F. GALLO, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino 2014; G. VALDITARA, *Giudici e legge*, Roma 2015, 9 ss., ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

Si veda, ancora, A. CARDONE, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio Magistralis di Paolo Caretti*, Napoli 2016, 7 ss.

Cfr., infine, il recente numero monografico, dedicato proprio a «Il giudice e la legge», della rivista *Questione giustizia* 4 (2016) 1 ss., dove sono raccolti i contributi di autori vari.

In un'altra prospettiva, a proposito delle problematiche riguardanti le insidie cognitive ed emotive per chi deve giudicare si veda A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna 2017.

² Cfr. inoltre l'art. 104 Cost. 1° com.: «La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere».

Quest'ultimo precetto, apparentemente chiaro, si presta ad una duplice interpretazione: da un lato, mira a garantire l'autonomia e l'indipendenza dei giudici, la cui unica soggezione è soltanto nei confronti della legge, dall'altro, rappresenta un limite, poiché, se è vero che i giudici sono soggetti soltanto alla legge, è altrettanto vero che non possono oltrepassarla, dal momento che solo in essa devono individuare la regola idonea alla risoluzione dei casi concreti.

Con specifico riferimento, pertanto, al rapporto tra il giudice e la legge nel nostro sistema, è appena il caso di ricordarne l'estrema complessità, poiché oramai da più tempo si registra l'insufficienza dello strumento legislativo come mezzo di regolamentazione di una società sempre più articolata e, di conseguenza, si assiste al progressivo ampliamento della dimensione giudiziale³: si pensi, a questo proposito, al cd. 'diritto vivente',

³ Contro la 'mitologia' legislativa si veda, in particolare, P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari 2003, 6 ss. e, recentemente, dello stesso autore *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015, VII ss., il quale, a proposito del «contenuto rilevantisimo di crisi dello Stato quale produttore esclusivo del diritto e della legge quale fonte collocata al colmo della scala gerarchica in grazia della credenza (di conio assolutamente mitologico) che essa sola potesse rappresentare ed esprimere la volontà generale», ha affermato che «la strada da imboccare era (ed è) una sola: riscoprire – con il riscoperto pluralismo della nostra Carta costituzionale, del diritto europeo e globale – la complessità del diritto», da intendersi come «un ordine giuridico complesso, dove la fonte autoritaria della legge è solo uno dei molti canali di produzione giuridica» (*op. ult. cit.* IX s.).

Si veda, pure, N. LIPARI, *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in L. DE GIOVANNI, C. DONISI (a cura di), *Convergenza dei saperi e prospettive dell'uomo*, Napoli 2015, 74 s., il quale ha ricordato che: «Il tentativo del nostro sprovveduto e incolto legislatore di imporre soluzioni interpretative vincolate sconta la radicale ignoranza del fatto che oggetto dell'interpretazione nella vicenda applicativa del diritto non è mai soltanto un complesso di testi, ma un rapporto fra testi e contesti, con la conseguenza che è proprio in funzione dell'evoluzione culturale del contesto storico che un testo può finire per mutare significato pur nell'apparente rigidità della sua validità formale».

Sulla crisi della legalità, ultimamente, si veda, in una prospettiva storica, C. STORTI, *Il contributo degli storici del diritto (e non solo) alla riflessione su 'le legalità e le crisi della legalità'*, in C. STORTI (a cura di), *Le legalità e le crisi della*

espressione che rende bene l'idea di un diritto inteso come norma che 'vive' nella realtà concreta e, dunque, in quella dell'applicazione da parte dei giudici⁴.

legalità, Torino 2016, XIII ss.; nello stesso volume, con riguardo all'esperienza romana, cfr. P. GIUNTI, *Il mare del diritto. Legalità e famiglia in Roma antica*, 1 ss.; V. MAROTTA, *Legalità repubblicana e investitura imperiale nell'Historia Augusta*, 21 ss.; F. ARCARIA, *Da Ottaviano ad Augusto: repressione del dissenso e crisi della legalità nel passaggio dalla repubblica al principato*, 63 ss.; C. LANZA, "Crisi della legalità" *esperienza contemporanea. Exempla romani*, 99 ss. Ancora su questo tema si leggano le interessanti riflessioni di E. STOLFI, *Quando la Legge non è solo legge*, Napoli 2012; *Nómoi e dualità tragiche. Un seminario su Antigone*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 80 (2014) 467 ss. e di F. LUCREZI, *Legge e limite nell'ebraismo*, in F. LUCREZI, M. MARAZZI, V. SALDUTTI, C. SIMONETTI, *Legge e limite*, Napoli 2015, 5 ss., con specifico riferimento rispettivamente al mondo greco ed a quello ebraico.

⁴ Sul valore delle sentenze nel nostro ordinamento si veda, con l'indicazione della principale bibliografia, G. GORLA, sv. *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia del diritto* 19 (1970) 489 ss.; sv. *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani* 23 (1990) 1 ss.; M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, 1, Milano 1994, 383 ss. e dello stesso autore *Precedente e giurisprudenza*, Napoli 2007, 7 ss.

Cfr., inoltre, in una prospettiva storico-comparatistica, U. VINCENTI (a cura di), *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova 1998, 1 ss.; L. VACCA (a cura di), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC - Perugia, 25-26 giugno 1999*, Torino 2000; S. GALEOTTI, *Interpretazione giurisprudenziale e nomopoiesi*, in *Diritto@storia* 8 (2009) consultabile su <http://www.dirittoestoria.it>; L. VACCA, *Interpretazione e scientia iuris: problemi storici e attuali*, in *Diritto@storia* 10 (2011-2012) consultabile su <http://www.dirittoestoria.it>; L. VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC, Roma 22-23 febbraio 2013*, Napoli 2014.

Per alcuni spunti di riflessione, si veda anche G. LUCHETTI, *Il valore del precedente giurisprudenziale sul confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario. Profili romanistici*, in *Archivio giuridico* 234.4 (2014) 507 ss.

Sul 'diritto vivente' si veda, per una prima indicazione, L. MENGONI, sv. *Diritto vivente*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile* 6 (1990⁴) 445 ss.; A. MARIANI MARINI, D. CERRI (a cura di), *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, Pisa 2007, dove, con specifico riferimento alla *iurisprudencia* romana, F. PROCCHI, *Brevi considerazioni semantiche: il "diritto vivente" ed il "diritto giurisprudenziale". Dalla iurisprudencia romana alla moderna "giurisprudenza"*, 117 ss.; G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto vivente. Convergenza o affinità di sistemi giuridici*, in *Sociologia del diritto* 3 (2008) 47 ss.; S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*,

Come ben si intende, il problema del potere discrezionale dei giudici in relazione alle leggi da applicare, per i suoi risvolti, rappresenta uno dei temi di grande rilievo idonei a suscitare l'interesse anche dello storico del diritto che desideri indagare sull'origine di fenomeni giuridici così rilevanti.

Quale, dunque, il rapporto fra i giudici e le leggi nell'ordinamento romano? Quando ed eventualmente in quali termini si è posta una problematica del genere in tale contesto?

A questo proposito, è appena il caso di avvertire che bisogna evitare l'utilizzo di categorie moderne ai fini della comprensione di una realtà molto differente da quella contemporanea.

In primo luogo, come è risaputo, non vi è nel corso della storia romana un principio ben definito di divisione dei poteri – quello legislativo, quello esecutivo e quello giudiziario – che si avrà soltanto in un periodo molto successivo, risalendo alla nota teoria di matrice illuministica⁵.

Inoltre, con riferimento all'esperienza giuridica di Roma, si è soliti ripetere che i romani sono stati il 'popolo del diritto' ma non il 'popolo della legge'⁶, nel senso che la *lex publica* non ebbe un ruolo preminente nella produzione del *ius civile*, poiché, almeno per quanto concerne le prime epoche fino al tardo principato, si è trattato di un diritto prevalentemente giurispru-

Bologna 2015, in particolare 165, 184 s., su alcuni profili della Corte costituzionale «essa stessa creatrice della 'dottrina' del diritto vivente»; N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Questione giustizia* 4 (2016) 33 ss., ivi ulteriore letteratura.

⁵ Sulla teoria della tripartizione dei poteri formulata da Montesquieu nel celebre *De l'esprit des lois* si veda, di recente, GALLO, *Carattere ideologico della soggezione del giudice* cit. 13 ss.; VALDITARA, *Giudici e legge* cit. 233 ss.

Sul principio della divisione dei poteri nel nostro ordinamento si veda, per un primo riferimento, G. SILVESTRI, sv. *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del diritto* 34 (1985) 671 ss.

⁶ Così F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934, che cito nella traduzione italiana a cura di V. ARANGIO-RUIZ, *I principii del diritto romano*, Firenze 1946, 6.

denziale il cui fondamento consisteva nell'attività di *interpretatio iuris* dei giureconsulti⁷.

Nel tardoantico, invece, con l'affermarsi dell'imperatore quale sovrano assoluto, la legge imperiale diventa la fonte pressoché esclusiva per l'evoluzione del diritto⁸.

⁷ Sulla *lex publica* oltre al lavoro di G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano 1912 rist. Hildesheim- Zürich - New York 1990, 1 ss., si veda, nell'ambito della vasta letteratura, F. SERRAO, sv. *Legge (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto* 23 (1973) 794 ss.; J. BLEICKEN, *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik*, Berlin - New York 1975; A. MAGDALEIN, *La loi à Rome. Histoire d'un concept*, Paris 1978; G. VALDITARA, *Gai. 3,218-I. 4,3,15 e l'evoluzione del concetto di legislator*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, 2, Napoli 1997, 487 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della Rappresentanza*, Milano 2008, 24 ss.; J.-L. FERRARY (a cura di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012; G. VIARENGO, *Un confronto tra Modestino e Isidoro sulle facoltà della legge*, in *Ravenna Capitale. Uno sguardo ad Occidente. Romani e Goti - Isidoro di Siviglia*, Santarcangelo di Romagna 2012, 117 ss.; E. QUADRATO, *Legislator dal legem ferre al leges condere*, Bari 2014; G. VALDITARA, *Leges e iurisprudencia fra democrazia e aristocrazia*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 80 (2014) 17 ss. e dello stesso autore *Giudici e legge* cit. 189 ss.

⁸ Sul valore della legge e sulla funzione degli organi giudicanti nella tarda antichità e nell'età di Giustiniano si veda M. BIANCHINI, *Caso concreto e «lex generalis». Per lo studio della tecnica e della politica normativa da Costantino a Teodosio II*, Milano 1979; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano 1983; G.G. ARCHI, *Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano. Teodosio II e Giustiniano*, Cagliari 1987, 173 ss.; F.P. CASAVOLA, *Legislatore interprete*, in *Labeo* 41 (1995) 90 ss.; S. PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustiniana*, in S. PULIATTI, A. SANGUINETTI (a cura di), *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del Convegno Modena, 21-22 maggio 1998*, Milano 2000, 43 ss. e dello stesso autore *Accertamento della veritas rei e principio dispositivo nel processo postclassico-giustiniano*, in S. PULIATTI, U. AGNATI (a cura di), *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d. C. Atti del Convegno Parma, 18 e 19 giugno 2009*, Parma 2010, 103 ss.; *L'organizzazione della giustizia dal V al IX secolo*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, 381 ss.; *Ottenere giustizia. Linee dell'organizzazione giudiziaria diocleziana*, in *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme*

Considerate queste premesse, è stato necessario, per cercare di svolgere al meglio il mio lavoro, non avere la pretesa di of-

processuali in Occidente nei secoli IV-VIII, 1, Saggi, Santarcangelo in Romagna 2015, 11 ss.; F. SITZIA, *Norme imperiali e interpretazioni della prassi*, in M.G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di storia del diritto, Napoli 18-20 ottobre 2001*, Napoli 2003, 275 ss. e dello stesso autore *Giudici e legislatori: il divieto stabilito da Nov. 125 nella storia del diritto bizantino*, in M.P. BACCARI, C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, 2, Napoli 2006, 1403 ss.; *Consultatio ante sententiam e Nov. 125*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, 6, Milano 2010, 1 ss.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 246 ss. e dello stesso autore *Gli imperatori e la 'giustizia'*, in L. DE GIOVANNI (a cura di), *Società e diritto nella tarda antichità*, Napoli 2012, 89 ss.; *Imperatori, corti, attività legislativa nella tarda antichità*, in *Le corti nell'Alto Medioevo. Spoleto, 24-29 aprile 2014*, Settimane di Studio della Fondazione Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 62, Spoleto 2015, 357 ss.; F. PERGAMI, *Amministrazione della giustizia e interventi imperiali nel sistema processuale della tarda antichità*, Milano 2007; V. GIUFFRÈ, *Dall'imperatore "legge vivente" alla identificazione del diritto con la legge*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 2007-2008 233 ss.; F. GORIA, *Valori e principi del processo civile nella legislazione tardoantica: brevi note*, in PULIATTI, AGNATI (a cura di), *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano* cit. 11 ss., in particolare 25 ss.; P. BIANCHI, *Il principio di imparzialità del giudice: dal Codice Teodosiano all'opera di Isidoro di Siviglia*, in *Ravenna Capitale. Uno sguardo ad Occidente. Romani e Goti* cit. 181 ss.; S. BARBATI, *Studi sui 'iudices' nel diritto romano tardo antico*, Milano 2012; C. CASCIONE, *Linee per una storia della 'veritas' nell'esperienza giuridica romana. II. Diritto tardoantico*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli 2013, 65 ss., in particolare 101 ss.; A. CALORE, *L'imperatore Costantino e la legge*, in *KOINΩNIA* 38 (2014) 141 ss.; G. MATINO, *Letteratura e diritto: la retorica, la legge, l'impero*, ivi, 325 ss.; A.M. GIOMARO, *Il prefetto del pretorio Flavio Magno Aurelio Cassiodoro e la sua "squadra": il praerogativarius qui secreti munus iudicialis accepit*, in *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, 1, cit. 255 ss.; O. LICANDRO, *L'irruzione del legislatore romano-germanico. Legge, consuetudine e giuristi nella crisi dell'Occidente imperiale (V-VI sec. d. C.)*, Napoli 2015; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Leges generales: linee per una definizione*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 82 (2016) 61 ss.; L. DE GIOVANNI, *L'esperienza giuridica nella tarda antichità*, in S. PULIATTI (a cura di), *L'ordine costituzionale come problema storico. Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto. Parma, 15-16 dicembre 2011*, Torino 2016, 1 ss.

frire una sintesi di tutti i possibili aspetti della tematica, ma operare alcune scelte, ponendo l'attenzione solo su qualche elemento che, a mio avviso, risulta più significativo.

Osservatorio privilegiato della mia indagine, dunque, è l'età dei Severi, che, come hanno dimostrato le più recenti ricerche storiografiche, è un'epoca di enorme importanza, nel corso della quale si avverte in modo particolare il passaggio dal vecchio al nuovo mondo, poiché molto accelerati sono i processi di trasformazione dal punto di vista delle dinamiche non solo politiche ed economiche, ma anche giuridiche.

Prima di soffermarmi, tuttavia, su tale epoca, mi è sembrato opportuno – ed in un certo senso preliminare alla corretta impostazione della problematica – ricordare, seppur in sintesi, qualche profilo riguardante il ruolo del giudice e il valore delle sentenze nell'età repubblicana e nel primo principato, al fine di cogliere meglio le novità introdotte nell'età dei Severi.

Durante l'epoca severiana, infatti, un aspetto rilevante è rappresentato dal fatto che si presenta in termini controversi il rapporto tra il giudice e la legge, creandosi in qualche modo le premesse del futuro principio della subordinazione del primo alla seconda: nello specifico, si è verificato come in alcuni testi si faccia riferimento all'invalidità delle sentenze emesse *contra constitutiones* o *contra ius*.

Tale situazione ben si comprende alla luce di motivazioni, oltre che di natura politica dettate dal nuovo assetto di governo, anche di carattere processuale legate all'affermarsi della *cognitio extra ordinem*, nella quale la *sententia* assume il valore di un atto giuridico solenne emanato da un organo giudicante nell'ambito di un sistema gerarchico e piramidale al cui vertice è posto il sovrano.

Se questo è vero, va evidenziato, tuttavia, che forse è opportuno ridimensionare la portata della nuova regola, in base ad alcune considerazioni.

Dall'esame dei testi, infatti, si desume che la nuova causa di invalidità delle sentenze non è indicata in maniera chiara ed uni-

voca dai giuristi e dagli imperatori, ma si presenta caratterizzata da una certa imprecisione di concetti, che forse ne ha reso non sempre agevole l'applicazione.

In particolare, le testimonianze giurisprudenziali sul tema rivelano come i giuristi, più che essere attenti ad un'elaborazione teorica dell'argomento, tendano – secondo la loro attività casistica e controversiale – a dare *responsa* che non sempre risultano in armonia tra loro, soprattutto al fine di comprendere le problematiche riguardanti l'introduzione e l'effettiva portata della nuova regola dell'invalidità delle sentenze.

D'altronde, con specifico riguardo al sintagma '*contra constitutiones*', si è constatato come non ci sia pervenuta una precisa definizione, neppure nella fondamentale testimonianza di Macro (D. 49.8.1.2) sulla bipartizione '*contra ius constitutionis*' – '*contra ius litigatoris*'.

Un altro problema è rappresentato dalla difficoltà dell'individuazione delle precise caratteristiche del comportamento del giudice che decide *contra constitutiones* o *contra ius*.

Sul punto, nonostante non vi siano indicazioni chiare nelle fonti pervenuteci, mi è parso che in qualche maniera un elemento significativo sia costituito dalla necessità che il giudicante neghi esplicitamente l'esistenza di una norma, in modo che il contrasto tra la sua decisione ed il precetto giuridico risulti palese.

Un ulteriore profilo che va evidenziato, inoltre, è che non viene a ridursi completamente il potere discrezionale del giudice in relazione alla norma da applicare.

A questo riguardo, di interesse è risultato un testo di Callistrato (D. 42.1.32), nel quale si afferma che non rientra nelle ipotesi di invalidità della sentenza *contra constitutiones* la decisione del giudice in merito all'applicabilità o meno di una costituzione imperiale ai fini della risoluzione del caso a lui sottoposto.

Da quanto fin qui soltanto accennato, dunque, emerge nell'età dei Severi un quadro abbastanza problematico, poiché se è vero che vi è la tendenza a limitare il potere degli organi giu-

dicanti è altrettanto vero che traspare un clima di attenzione verso l'attività dei giudici e quindi di tutela a favore del giudicato, testimoniato peraltro anche dalle note massime giurisprudenziali: '*sententia (iudex) facit ius*', '*res iudicata pro veritate accipitur*' e '*rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere*'.

Tale oscillazione è ravvisabile soprattutto in alcune costituzioni dell'imperatore Alessandro Severo, il quale, se da una parte conferma quell'indirizzo volto a ridimensionare il potere dei giudici vincolati al preciso rispetto della norma giuridica, prevedendo l'invalidità della sentenza *contra tam manifesti iuris formam data*, dall'altra, si preoccupa sia di precisare quando una sentenza possa essere definitiva ed avere la forza di *res iudicata* sia di garantire il valore del giudicato prevedendo la nullità di una sentenza *contra res prius iudicatas*.

Di particolare importanza, infine, è risultato pure il regime punitivo previsto a carico del giudice che si pronuncia *contra constitutiones* o *contra ius*. Dalla lettura delle fonti si è evidenziato che nella tarda età severiana tale ipotesi è configurata come un vero e proprio reato, la cui disciplina oscilla tra il *crimen falsi* e quello *maiestatis*.

Anche sotto questo profilo, però, tende ad affiorare, in modo specifico con Alessandro Severo, nell'ambito di una concezione moderata del potere imperiale, una politica punitiva più indulgente volta, per certi aspetti, a non esasperare il rapporto tra i giudici e l'imperatore.

In conclusione, durante l'età dei Severi, emergono due elementi di notevole rilievo: da un lato, si pongono in qualche modo le basi del principio della soggezione del giudice alla legge, prevedendo una disciplina che comporti l'invalidità delle sentenze emesse *contra constitutiones* o *contra ius* e la conseguente punizione del giudice per falso o lesa maestà e, dall'altro, vi è il riconoscimento dell'importante funzione dei giudici, non riducendone del tutto il potere discrezionale e tutelando il valore del giudicato.

Non vi è dubbio, dunque, che tale epoca manifesti motivi di grande interesse e, pur stando attenti ad esaminarla senza eccessivi riferimenti alla modernità, abbia posto le basi di una dialettica tra l'onnipotenza del legislatore e l'autonomia del giudice che, dopo aver connotato per lunghi secoli il dibattito giuridico, soprattutto oggi è al centro dell'importante riflessione se sia preferibile, ai fini di una più equa applicazione del diritto, un sistema fondato sul comando rigido di una norma generale ed astratta o piuttosto quello che lasci maggiore margine di valutazione al giudice.

Dilemma questo mai così attuale in un momento in cui è particolarmente avvertita, in vari paesi europei, la necessità di una riforma organica dell'amministrazione della giustizia.

CAPITOLO PRIMO

IL VALORE DELLE SENTENZE E LA FUNZIONE DEL GIUDICE TRA REPUBBLICA E PRINCIPATO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il giudice e la legge: spunti di riflessione in alcuni passi di Cicerone. – 3. Il problema del valore delle sentenze nelle testimonianze retoriche. – 4. Brevi osservazioni sul rapporto tra il *responsum* ed il *iudicatum*. – 5. Il giudice nel nuovo assetto del principato ed il ruolo dei *decreta principis*.

1. Premessa

Come è ben noto, l'esperienza giuridica romana è caratterizzata, almeno per un lungo periodo della sua storia, da due aspetti determinanti e peculiari per i quali si è soliti parlare di un diritto prevalentemente giurisprudenziale e *controversum*¹.

¹ Sull'argomento, si veda, per un primo riferimento, con l'indicazione della principale bibliografia, P. CERAMI, sv. *Giurisprudenza*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile* 9 (1993⁴) 180 ss.; M. TALAMANCA, *Il Corpus Iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova 1995, 771 ss. = *Strutture e forme di tutela contrattuali*, a cura di V. MANNINO, Padova 2004, 1 ss., che qui si cita; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 28 ss., il quale opportunamente evidenzia che «I giuristi di Roma non furono dunque solo dei sapienti, o degli scienziati del diritto. Per gran parte della loro storia, ne furono anche i più importanti costruttori e produttori: un ceto di esperti al lavoro per decine di generazioni, lungo un itinerario fino ad allora mai percorso» (*op. cit.* 29). Cfr., inoltre, L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova 2006, 1 ss.

Su questi particolari profili ha richiamato, di recente, l'attenzione E. STOLFI, 'Argumentum auctoritatis', citazioni e forme di approvazione nella scrittura dei giuristi romani, in A. LOVATO (a cura di), *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio Trani, 22-23 maggio 2009*, Bari 2011, 85 ss., in particolare 105 ss., il quale, a proposito della 'giurisprudenzialità' e 'controversialità' dell'esperienza giuridica romana, ha ricordato che: «Uno dei meccanismi peculiari dello "Iuristenrecht" romano risiedeva anzi proprio nel capillare confronto con le soluzioni dei *prudentes* del passato (vicino

Tali aspetti sono particolarmente evidenti nell'età repubblicana e nel principato, nell'ambito dei quali, invero, il diritto si è evoluto grazie soprattutto all'*interpretatio* dei giuristi e, almeno a partire dal secondo secolo a. C., è connotato dal costante confronto fra i diversi pareri dei *prudentes* in relazione alle problematiche a loro sottoposte. A quest'ultimo proposito, infatti, Mario Talamanca ha ricordato che: «dopo l'affermarsi della giurisprudenza laica, l'istituzionale autonomia di ciascun giureconsulto portava, come inevitabile conseguenza, al *ius controversum*, caratteristica tendenzialmente presente in tutti i diritti giurisprudenziali in senso stretto»².

o relativamente remoto), muovendo da quelle anche e soprattutto ove erano oggetto di revisione completa o parziale, di rielaborazione in termini più generali, o di limitazione solo ad alcune ipotesi, se non addirittura di aperto e totale dissenso» (*op. ult. cit.* 105). Dello stesso autore si vedano anche le pagine dedicate al 'diritto giurisprudenziale' e alla sua 'controversialità' in A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia giuridica di Roma*, Torino 2016, 267 ss.

Sul diritto romano come diritto giurisprudenziale si veda pure LUCHETTI, *Il valore del precedente giurisprudenziale* cit. 507 ss., in particolare 511 ss.

Su alcune problematiche concernenti il cd. *ius controversum* si veda, con l'indicazione della principale letteratura, P. CANTARONE, *Ius controversum e controversie giurisprudenziali nel II sec. a. C.*, in F. M. D'IPPOLITO (a cura di), *φιλικα. Scritti per Gennaro Franciosi*, 1, Napoli 2007, 405 ss.; F. MILAZZO (a cura di), *Ius controversum e auctoritas principis. Giuristi principe e diritto nel primo impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanistico «G. Boulvert»*, Copanello 11-13 giugno 1998, Napoli 2003, 7 ss.; D. DALLA, *Fra ius controversum, discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali*, in BACCARI, CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, 2, cit. 1023 ss.; M. BRETONE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei, Memorie*, serie 9, vol. 23.3, Roma 2008, 755 ss.; V. MAROTTA, E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, Roma 2012, 1 ss.; M. BRUTTI, *Gaio e lo ius controversum*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* 55 (2012) 75 ss.; A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 81 (2015) 45 ss., ora in A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino 2016, 9 ss., che qui si cita.

² TALAMANCA, *Il Corpus Iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto*

Se questo è vero, occorre chiedersi, tuttavia, quale rilievo abbiano avuto, durante tali epoche, le sentenze dei giudici e, dunque, quale sia stato il ruolo della prassi giudiziaria ai fini dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico romano³.

In modo più particolare, da un lato, risulta necessario affrontare una serie di problematiche riguardanti le sentenze: il loro valore come semplici *exempla*, l'eventuale efficacia vincolante delle *res similiter iudicatae*, il riconoscimento o meno delle stesse quali fonti del diritto; dall'altro, bisogna soffermarsi sulla funzione del giudice nell'emanazione della sentenza, al fine di accertare se, con la propria attività, possa in qualche modo concorrere alla formazione del *ius*, cercando di comprendere come egli si ponga nei confronti sia della legge sia di precedenti decisioni giudiziali su casi uguali o comunque simili.

vigente cit. 6. Con specifico riferimento al diritto giurisprudenziale romano, l'autorevole studioso, infatti, richiama l'attenzione sul *ius controversum* dei *prudentes*, quale espressione di un 'sistema aperto'.

Sulla distinzione tra sistemi giuridici 'aperti' e quelli 'chiusi' si veda U. VINCENTI, *L'universo dei Giuristi, Legislatori, Giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova 2003, 73 ss., il quale sottolinea che «A caratterizzare gli uni in contrapposizione agli altri starebbe la radicale diversità del ragionamento giuridico: la soluzione del caso discenderebbe, nei sistemi chiusi, dall'applicazione assiomatica della regola legislativa; nei sistemi aperti, essa si ricaverrebbe induttivamente, attraverso l'analisi del caso concreto, guidata da 'punti di vista prammatici', detti altrimenti *tópoi*» (*op. ult. cit.* 73 s.). Sull'argomento si veda, pure, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Torino 2013, 23 ss., la quale evidenzia che «nei due sistemi sono necessariamente diversi sia la funzione dell'interprete, giudice o giurista che sia, che il procedimento logico-euristico che porta all'individuazione della soluzione 'giusta' per il caso concreto» (*op. ult. cit.* 23).

³ Giova ricordare che sul punto qualche studioso ha parlato di 'diritto giudiziale'; cfr. in particolare P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, 1, *parte generale*, Milano 1984², 111 ss., il quale, dopo aver ricordato che il 'diritto giudiziale' «è quello creato dai giudici con le loro sentenze, negli ordinamenti che danno ad essi il potere non solo di applicare il diritto vigente, ma di produrne di nuovo», ne individua alcune caratteristiche negli ultimi due secoli della repubblica, con particolare riferimento ai giudizi di buona fede e all'introduzione dell'istituto della compensazione, e nell'età del principato con riguardo alle sentenze imperiali.

2. *Il giudice e la legge: spunti di riflessione in alcuni passi di Cicerone*

Con riferimento al rapporto tra il giudice e la legge nell'età repubblicana, nonostante il tema non sia stato oggetto di una specifica trattazione da parte di Cicerone, qualche dato può comunque essere desunto da alcune sue testimonianze, dove, seppur in modo indiretto, si fa cenno all'argomento.

Sul punto, però, occorre preliminarmente avvertire che non è mia intenzione, né sarebbe possibile in questa sede, esaminare tutti i testi ciceroniani, nei quali vi è un richiamo ai giudici, alle leggi o in particolare all'importante ruolo della *lex publica* nel processo delle *quaestiones perpetuae*, a proposito del quale si discute se vi siano o meno i caratteri essenziali di quello che oggi definiamo 'principio di legalità'⁴.

Si tratta, come ben si intende, soltanto di qualche spunto di riflessione che è possibile fare alla luce di alcune tra le testimonianze di Cicerone, per certi aspetti più significative ai fini del nostro discorso.

Un primo cenno che va segnalato emerge in determinati passi dell'opera giovanile *De inventione*.

In particolare, nel secondo libro dedicato alle forme dell'argomentazione che possono servire in ogni causa per la *confirmatio* e la *reprehensio*⁵, Cicerone, tra le varie tematiche trattate,

⁴ Sul quale si veda, con i richiami alla principale bibliografia, M. SCOGNAMIGLIO, *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Salerno 2009, 7 ss. e, di recente, della stessa autrice *Principio di legalità e divieto di analogia: note sull'origine del principio nullum crimen sine lege*, in L. SOLIDORO (a cura di), *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, Torino 2016, 137 ss.

⁵ Come è noto, la *confirmatio* e la *reprehensio* sono due parti del discorso insieme alle altre: l'*exordium*, la *narratio*, la *partitio* e la *conclusio*; sulle quali, oltre a *De inv.* 1.14.19, cfr. anche Cic. *De orat.* 1.31.143: *etiam illa cognoram et acceperam, ante quam de re diceremus, initio conciliandos eorum esse animos qui audirent; deinde rem demonstrandam, postea controversiam constituendam, tum id quod nos intenderemus confirmandum, post quae contra dicerentur refellenda,*

si sofferma sulla controversia che nasce dal contrasto fra chi sostiene l'interpretazione letterale di un testo e chi, invece, ne interpreta lo spirito.

A questo proposito, l'oratore pone in risalto l'importanza delle leggi, sottolineandone il fondamentale ruolo di guida per i giudici e per gli altri cittadini (Cic. *De inv.* 2.45.131: *deinde et ipsis iudicibus iudicandi et ceteris civibus vivendi rationes perturbatum iri, si semel ab legibus recessum sit*).

L'Arpinate, infatti, evidenzia la necessità di rispettare le leggi al fine di evitare quella situazione di incertezza che si verificherebbe, qualora i giudici si allontanassero dal testo scritto delle stesse (*De inv.* 2.45.132: *nam et iudices neque, quid sequantur, habituros, si ab eo, quod scriptum sit, recedant, neque, quo pacto alii probare possint, quod contra legem iudicarint*) ed i cittadini amministrassero ogni cosa a proprio modo o in base all'idea che gli viene in mente o per impulso e non secondo regole scritte valide per tutti (*De inv.* 2.45.132: *et ceteros civēs, quid agant, ignoraturos, si ex suo quisque consilio et ex ea ratione, quae in mentem aut in libidinem venerit, non ex communi praescripto civitatis unam quamque rem administrabit*).

extrema autem oratione ea quae pro nobis essent amplificanda et augenda, quaeque essent pro adversariis infirmanda atque frangenda.

Sulla struttura del discorso argomentativo in Cicerone, di recente, si veda, con l'indicazione della principale bibliografia, A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, Bologna 2016, 21 ss., la quale ricorda che in altre opere ciceroniane (*Orator*, *Partitiones oratoriae* e *Topica*) le parti del discorso sono, invece, quattro, 'ossia *principium*, *narratio*, *confirmatio* e *peroratio*, con lievi variazioni terminologiche' (*op. ult. cit.* 40 nt. 56).

Su determinati aspetti dell'argomentazione giuridica, anche in una prospettiva attualizzante, si veda U. VINCENTI, *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in U. VINCENTI, A. MARIANI MARINI, F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa 2005, 15 ss.; *Metodologia giuridica*, Padova 2005, 63 ss.

Su alcune problematiche relative al 'concetto di argomentazione' si veda, pure, STOLFI, *Argumentum auctoritatis*' cit. 85 ss., in particolare 88 ss., con ampi riferimenti bibliografici nelle note 6 ss.

In un passo successivo della sua opera, inoltre, Cicerone considera riprovevole che i giudici con una sentenza possano modificare una legge di cui invero non è possibile cambiare neanche una parola e una lettera (*De inv.* 2.45.133: *atque hoc esse indignius, quam rem verbo et litteris mutare non possint, eam re ipsa et iudicio maximo commutare*). Risulta, quindi, sconveniente derogare a qualche disposizione normativa o abrogare la legge o modificarne qualche articolo, senza che il popolo abbia potuto esaminare la questione, dal momento che una tale decisione causerebbe molte inimicizie agli stessi giudici (*De inv.* 2.45.134: *deinde indignum esse de lege aliquid derogari aut legem abrogari aut aliqua ex parte commutari, cum populo cognoscendi et probandi aut improbandi potestas nulla fiat; hoc ipsis iudicibus invidiosissimum futurum*).

Da questo punto di vista, dunque, l'oratore pone in evidenza l'importante ruolo del popolo, ai fini dell'eventuale modifica di un legge, poiché il cambiamento conviene farlo davanti al popolo e con la sua approvazione (*De inv.* 2.45.134: *non hunc locum esse neque hoc tempus legum corrigendarum; apud populum haec et per populum agi convenire*)⁶.

Cicerone, però, con riguardo al rapporto tra il giudice e la legge, dimostra di avere ben presente soprattutto la rilevanza dell'interpretazione volta ad individuare la *ratio* della norma, poiché – ricorda l'oratore – obbedisce alla legge non il giudice

⁶ Sulla *lex publica* da intendersi come *iussum populi* cfr., ultimamente, VALDITARA, *Giudici e legge* cit. 196 ss., ivi ulteriore bibliografia.

Sull'argomento è appena il caso di ricordare la notissima definizione della legge riportata da Gaio, all'inizio delle sue *Institutiones* (1.3), a proposito dell'elenco dei *iura populi romani*: *Lex est quod populus iubet atque constituit*. Tale definizione va collegata a quella data precedentemente dal giurista Gaio Ateio Capitone e riportata da Gellio (*N. A.* 10.10.2): *Lex [...] est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu*. Sul punto si veda, di recente, COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini* cit. 24 ss., la quale evidenzia che «in questa formulazione già il giurista augusteo individuava nella legge un comando del popolo a contenuto generale, in cui appare del tutto estranea ogni idea di accordo» (*op. cit.* 25 s.).

che si limita a rispettarne il dato letterale ma colui che ne interpreta lo spirito (*De inv.* 2.48.141: *et iudex is videatur legi optemperare, qui sententiam eius, non qui scripturam sequatur*)⁷.

Un altro gruppo di testi, sui quali è opportuno soffermarsi, è tratto dalla nota orazione *Pro Cluentio*, relativa ad un celebre processo, svoltosi nel 66 a. C., dinanzi al tribunale competente per le accuse di veneficio (*quaestio perpetua de veneficiis*)⁸. In particolare, Cicerone, nell'ambito della difesa di Aulo Cluenzio

⁷ A proposito dell'invito rivolto da Cicerone ai giudici ad essere interpreti della 'volontà' della legge, più che semplici lettori del testo, cfr. anche Cic. *De inv.* 2.47.139: [...] *ea re legis scriptorem certo ex ordine iudices certa aetate praeditos constituisse, ut essent, non qui scriptum suum recitarent, quod quivis puer facere posset, sed qui cogitatione assequi possent et voluntatem interpretari; deinde illum scriptorem, si scripta sua stultis hominibus et barbaris iudicibus committeret, omnia summa diligentia perscripturum fuisse; nunc vero, quod intellexeret, quales viri res iudicaturi essent, idcirco eum, quae perspicua videret esse, non adscripsisse: neque enim vos scripti sui recitatores, sed voluntatis interpretes fore putavit [...].*

⁸ Per una 'lettura' di questa orazione si vedano, con interessanti rilievi, le edizioni (con trad. it.) curate da G. PUGLIESE, *L'orazione per Aulo Cluenzio Abito*, Milano 1972 rist. 1992, e da V. GIUFFRÈ, *Imputati, avvocati e giudici nella «pro Cluentio» ciceroniana*, Napoli 1993. Su alcuni profili dell'orazione si veda, inoltre, G. PUGLIESE, *Un nuovo esame della ciceroniana «pro Cluentio»*, in *Labeo* 40 (1994) 248 ss.; V. GIUFFRÈ, «*Nominis delatio*» e «*nominis receptio*», in *Labeo* 40 (1994) 359 ss.; B. SANTALUCIA, *Cicerone e la nominis delatio*, in *Labeo* 43 (1997) 404 ss.; *Ancora in tema di nominis delatio*, in *Labeo* 44 (1998) 462 ss., ora entrambi in B. SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale*, Padova 2009, 203 ss. e 221 ss., da cui cito; V. GIUFFRÈ, *Una singolare coerenza di Cicerone tra il De inventione e la Pro Cluentio oratio*, in B. SANTALUCIA (a cura di), *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia 2009, 251 ss., saggio poi pubblicato con il differente titolo *Retorica «iudiciale genus» e torsioni del diritto*, in V. GIUFFRÈ, *Momenti della «iuris scientia»*. *Per la coscienza del giurista moderno. Scritti emigrati*, Madrid 2015, 273 ss., che qui si cita; M. SCOGNAMIGLIO, *Tra retorica e diritto. Alcuni esempi di interpretazione delle leges iudiciorum publicorum nelle orazioni di Cicerone*, in SANTALUCIA (a cura di), *La repressione criminale nella Roma repubblicana* cit. 265 ss.; *Principio di legalità e divieto di analogia* cit. 146 ss., ivi ulteriore bibliografia, con riferimento anche alla problematica se tra le accuse sostenute contro Cluenzio vi fosse pure la corruzione dei giudici del *iudicium Iunianum*, di cui si discute nella *Pro Cluentio*.

Abito dall'accusa di aver avvelenato il patrigno Oppianico *senior*, richiama l'attenzione sull'importante ruolo delle leggi, dal momento che l'osservanza delle stesse rappresenta il fondamento della libertà e la fonte della giustizia (*hoc fundamentum libertatis, hic fons aequitatis*):

Cic. *Pro Cluent.* 53.146: [...] tu mihi concedas necesse est multo esse indignius in ea civitate, quae legibus contineatur, discedi ab legibus. Hoc enim vinculum est huius dignitatis qua fruimur in re publica, hoc fundamentum libertatis, hic fons aequitatis; mens et animus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus. Ut corpora nostra sine mente, sic civitatis sine lege suis partibus, ut nervis ac sanguine et membris, uti non potest. Legum ministri magistratus, legum interpretes iudices, legum denique idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus⁹.

L'Arpinate, infatti, dopo aver ricordato che le leggi costituiscono la mente, l'anima, la saggezza e la coscienza della comunità politica (*mens et animus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus*), istituisce un parallelismo tra la funzione della mente nel corpo umano e quella della legge nell'ambito della *civitas*: come il nostro corpo senza la mente non può servirsi di tutti i suoi elementi, così la comunità senza le leggi non può reggere le diverse componenti sociali, che rappresentano le sue parti, come i nervi, il sangue e le membra del corpo umano (*Ut corpora nostra sine mente, sic civitatis sine lege suis partibus, ut nervis ac sanguine et membris, uti non potest*).

Cicerone, dunque, evidenzia solennemente la necessità del rispetto delle leggi: i magistrati ne sono gli esecutori, i giudici gli interpreti (*legum interpretes iudices*), tutti i cittadini ne sono

⁹ Sul notissimo passo ciceroniano, di recente, si veda, con l'indicazione della principale bibliografia, P. CERAMI, *Giudice e legge nel pensiero di Cicerone*, in *Legal Roots* 3 (2014) 283 s. e nt. 6; C. CORBO, *Tra salvaguardia della libertas e tutela della bona fides: il caso della vendita dell'uomo libero*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 81 (2015) 155 s. e nt. 1; BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, actor veritatis* cit. 252 nt. 89.

‘servi’ per poter essere liberi (*legum denique idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus*).

In particolare, però, il giudice, proprio per la sua peculiare funzione, deve aver ben presente non solo i poteri a lui conferiti ma anche la *fides* che gli è stata prestata (*etiam fidem habitam*) e, pertanto, deve ragionare, non in base ai suoi personali desideri, ma secondo quanto la legge e la coscienza esigono (*sed quid lex et religio cogat cogitare*):

Cic. *Pro Cluent.* 58.159: Est enim sapientis iudicis cogitare tantum sibi a populo Romano esse permissum, quantum commissum sit et creditum, et non solum sibi potestatem datam, verum etiam fidem habitam esse meminisse; posse quem oderit absolvere, quem non oderit condemnare, et semper non quid ipse velit, sed quid lex et religio cogat cogitare; animadvertere qua lege reus citetur, de quo reo cognoscat, quae res in quaestione versetur.

Di conseguenza, per l’oratore è dovere del giudice saggio, quando si accinge ad esprimere il proprio parere, ricordare di non essere solo, ma che in qualche modo alla sua decisione partecipano la *lex*, la *religio*, l’*aequitas* e la *fides*:

Cic. *Pro Cluent.* 58.159: Cum haec sunt videnda, tum vero illud est hominis magni, iudices, atque sapientis cum illam iudicandi causa tabellam sumpserit, non se reputare solum esse nec sibi quodcumque concupierit licere, sed habere in consilio legem, religionem, aequitatem, fidem; libidinem autem, odium, invidiam, metum cupiditatesque omnis amovere maximique aestimare conscientiam mentis suae, quam ab dis immortalibus accepimus, quae a nobis divelli potest [...].

Degno di interesse, inoltre, è quanto Cicerone dice in un passo successivo della *Pro Cluentio* a proposito del giuramento dei giudici, dove si ricorda che essi, per aver giurato, devono decidere con uno scrupolo e una diligenza ben maggiori di quelli con i quali sono comminate le *notae* ad opera dei censori:

Cic. *Pro Cluent.* 43.121: Itaque non solum illud ostendam quod iam videtis, populi Romani suffragiis saepe numero censorias subscriptiones esse sublatas, verum etiam iudiciis eorum qui iurati statuere maiore cum religione et diligentia debuerunt.

Già da una prima lettura di queste testimonianze tratte dal *De inventione* e dalla *Pro Cluentio*, è emerso l'importante valore delle leggi nel pensiero di Cicerone; anche se – come è stato di recente avvertito – «la configurazione della legge come *mens et anima civitatis*» non deve indurci a «ravvisare nel discorso di Cicerone una vera e propria enfaticizzazione del ruolo delle leggi nel quadro complessivo della fenomenologia giuridica e, conseguentemente, la formulazione, *ante litteram*, del principio di legalità»¹⁰.

Basti ricordare, a tal proposito, la successiva opera dell'Arpinate, *De legibus*, il cui impianto argomentativo risulta incentrato sulla *lex aeterna*, che deriva dalla *ratio naturalis*, comune agli dèi ed agli uomini¹¹.

Sul punto, senza avere la pretesa di affrontare la complessa problematica del 'giusnaturalismo ciceroniano'¹², sia sufficiente

¹⁰ CERAMI, *Giudice e legge* cit. 284.

¹¹ Cfr., ad esempio, Cic. *De leg.* 1.6.18: [...] *lex est ratio summa insita in natura, quae iubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria*; Cic. *De leg.* 1.6.19 [...] *a lege ducendum est iuris exordium; ea est enim naturae vis, ea mens ratioque prudentis, ea iuris atque iniuriae regula*.

Sulla correlazione fra la *lex naturalis* e la '*iustorum iniustorumque distinctio*' nel *De legibus* cfr., ad esempio, P. CERAMI, *Recta ratio e iustorum iniustorum distinctio nel De legibus di Cicerone*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, 2, Napoli 2007, 965 ss.

Su alcuni profili della *lex* nel *De legibus* di Cicerone cfr., pure, F. SERRAO, *Cicerone e la lex publica*, in F. SERRAO (a cura di), *Legge e società nella repubblica romana*, 1, Napoli 1981, 426 ss.; M. D'ORTA, '*Moderatio legis*'- '*temperatio iuris*'. *Su alcuni passi del 'de legibus' di Cicerone*, in *Index* 28 (2000) 203 ss.; G. FALCONE, *La citazione 'Si in ius vocat' in Cic., leg. 2.9*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* 50 (2005) 117 ss.

¹² L'espressione fra virgolette è di CERAMI, *Recta ratio e iustorum iniustorum distinctio* cit. 963.

qui almeno sottolineare in sintesi – con riguardo alle delibere legislative votate dalle assemblee popolari – la necessità che siano rispettate alcune condizioni, ritenute fondamentali da Cicerone. Un primo aspetto rilevante è che si tratti di delibere valide per tutti e non solo per alcune persone (Cic. *De leg.* 3.19.44: *In privatos homines leges ferri noluerunt; id est enim privilegium; quo quid est iniustius? Cum legis haec vis sit: scitum et iussum in omnis*). Un altro profilo importante è che le leggi devono essere conformi alla *'recta ratio imperandi atque prohibendi'* (*De leg.* 1.15.42), dal momento che sarebbero considerati ingiusti, dal punto di vista sostanziale, i provvedimenti emanati da tiranni anche se in base a deliberazioni legislative. Infine, secondo quanto ricorda ancora Cicerone, i precetti delle leggi devono essere coerenti con il concetto della scelta del giusto e del vero, che rappresenta nel contempo il fine fondamentale dell'interpretazione del dettato legislativo (Cic. *De leg.* 2.5.11: [...] *ut perspicuum esse possit in ipso nomine legis interpretando inesse vim et sententiam iusti et veri legendi*)¹³.

Ritornando ai doveri del giudice, di particolare rilievo, ai fini del nostro discorso, risultano pure alcuni passi tratti dal *De officiis* di Cicerone. In primo luogo, l'Arpinate ricorda che il compito del giudice è cercare in ogni causa il vero: *Iudicis est semper in causis verum sequi* (*De off.* 2.14.51)¹⁴.

¹³ Su queste particolari aspetti della concezione della legge nel *De legibus* si veda, di recente, CERAMI, *Giudice e legge* cit. 284 ss.

¹⁴ Sul fondamentale canone della 'deontologia giudiziaria' del *'verum semper sequi'* si veda, per una prima indicazione, P. CERAMI, *Le radici storiche: ars rhetorica ed esperienza forense ciceroniana*, in P. CERAMI, G. DI CHIARA, M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Torino 2003, 289 ss., in particolare 309.

Su alcune problematiche riguardanti il rapporto fra la *veritas* e il diritto cfr., di recente, con l'indicazione della letteratura principale, CASCIONE, MASI DORIA (a cura di), *Quid est veritas* cit. 1 ss., dove, con riguardo alla storia giuridica romana, si vedano i contributi di C. MASI DORIA, *Linee per una storia della 'veritas' nell'esperienza giuridica romana. I. Dalle basi culturali al diritto classico*, 1 ss.; C. CASCIONE, *Linee per una storia della 'veritas' nell'esperienza giuridica ro-*

Inoltre, si impone al *vir bonus* di non contravvenire, per motivi di amicizia personale, al proprio dovere di giudice agendo *contra rem publicam neque contra ius iurandum ac fidem*, poiché quando si ricopre il ruolo di giudice si depone quello di amico¹⁵:

Cic. *De off.* 3.10.43: [...] at neque contra rem publicam neque contra ius iurandum ac fidem amici causa vir bonus faciet, ne si iudex quidem erit de ipso amico; ponit enim personam amici, cum induit iudicis. Tantum dabit amicitiae, ut veram amici causam esse malit, ut orandae litis tempus, quoad per leges liceat, accomodet.

Ancora, nel passo seguente, Cicerone richiama il costume, ereditato dagli avi, di chiedere al giudice, nel momento in cui pronunzia la propria sentenza dopo aver giurato nel nome della divinità, di fare tutto quello che sia possibile senza violare la *fides*:

mana. II. Diritto tardoantico, 65 ss.; R. FIORI, *La gerarchia come criterio di verità: 'boni' e 'mali' nel processo romano arcaico*, 169 ss.; J. PLATSCHKE, 'Contra fidem veritatis'. Documenti greci nella prospettiva romana con un excursus sui 'nomina arcaria' negli archivi campani, 251 ss.; M. MIGLIETTA, 'Est vir qui adest', 277 ss.; T. GIARO, *Verità fattuale e verità normativa nell'argomentazione dei giuristi romani*, 359 ss.; A. WACKE, 'Res iudicata pro veritate accipitur'? Le finalità della procedura civile romana fra principio dispositivo e principio inquisitorio, 381 ss.; N. RAMPAZZO, *Vero e falso nel diritto pubblico romano*, 423 ss.; G. FALCONE, *La 'veritas' delle 'leges': C. 7.62.39.2a; cost. 'Tanta' §§10 e 12*, 451 ss.

¹⁵ Sulla concezione del *vir bonus*, alla luce delle testimonianze contenute nel *de officiis* di Cicerone, si veda, con l'indicazione della principale bibliografia, R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, 1 ss., il quale, a proposito della funzione del giudice, ricorda che «un *vir bonus* non farà nulla per un amico che sia contro la *res publica* o la *fides*, come nel caso dello *iudex iuratus*, che deve giudicare senza lasciarsi condizionare dall'amicizia» (*op. ult. cit.* 248).

Su alcuni aspetti della qualifica di *vir bonus* nell'esperienza giuridica romana si vedano anche i contributi raccolti in A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio Trani, 28-29 ottobre 2011*, Bari 2013, 7 ss., dove, nell'introduzione opportunamente si avverte che «Ogni indagine sul *vir bonus* non può non partire dalla constatazione del nesso imprescindibile, in Roma arcaica, tra il diritto e la complessa trama di rapporti sociali e di valori etico-religiosi su cui esso si regge» (*op. cit.* 10).

Cic. *De off.* 3.10.44: Cum vero iurato sententia dicenda erit, meminert deum se adhibere testem, id est, ut ego arbitrator, mentem suam, qua nihil homini dedit deus ipse divinius. Itaque praeclarum a maioribus accepimus morem rogandi iudicis, si eum teneremus, «quae salva fide facere possit». Haec rogatio ad ea pertinet, quae paulo ante dixi honeste amico a iudice posse concedi [...].

Estremamente interessante è pure un testo successivo, dove l'oratore, dopo aver sottolineato che il giuramento è un'*affirmatio religiosa*, chiarisce che quanto è stato promesso solennemente, dinanzi alla testimonianza della divinità, deve essere rispettato, anche se ciò riguarda non più l'ira degli dèi, che non esiste, ma la *iustitia* e la *fides*:

Cic. *De off.* 3.29.104: Sed in iure iurando non qui metus, sed quae vis sit, debet intellegi; est enim ius iurandum affirmatio religiosa; quod autem affirmate quasi deo teste promiseris, id tenendum est. Iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet [...] Qui ius igitur iurandum violat, is fidem violat, quam in Capitolio «vicinam Iovis Optimi Maximi», ut in Catonis oratione est, maiores nostri esse voluerunt.

Cicerone, infine, dopo aver ancora una volta ribadito lo strettissimo legame tra il *iusiurandum* e la *fides*, riconduce gli effetti della violazione del primo non più in un ambito strettamente sacrale ma anche su un piano morale e sociale che comporta la pena del disonore, con le conseguenti sanzioni dei censori:

Cic. *De off.* 3.31.111: Nullum enim vinculum ad astringendam fidem iure iurando maiores artius esse voluerunt: id indicant leges in duodecim tabulis, indicant sacratae, indicant foedera, quibus etiam cum hoste devincitur fides, indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de iure iurando iudicabant.

Alla luce delle testimonianze ciceroniane fin qui esaminate,

fermo restando l'importante ruolo delle leggi, alle quali i giudici come tutti i cittadini sono sottoposti, quello che mi sembra particolarmente interessante sottolineare è il richiamo al giuramento giudiziale, riguardante coloro che, scelti dai relativi albi, facevano parte delle giurie giudicanti (le cd. *quaestiones*) nell'ambito del processo criminale, oppure, in qualità di giudici unici, risolvevano le controversie nel processo privato.

Tale giuramento, con molta probabilità previsto a partire già dalle XII Tavole e ripreso addirittura molti secoli dopo anche da Giustiniano¹⁶, risulta connotato – come del resto ogni tipo

¹⁶ Sulla previsione di tale giuramento già nella legislazione decemvirale si veda la testimonianza di Gellio (*N. A.* 20.1.7-8), il quale, nel ricordare la famosa disputa tra il filosofo Favorino e il giurista Sesto Cecilio Africano, richiama una disposizione che comportava la pena di morte nei confronti del giudice reo di corruzione, che, *contra omnia iura divina et umana*, aveva scambiato per denaro il suo giuramento: *Dure autem scriptum in istis legibus quid existimari potest? Nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur; aut quae furem manifestum ei, cum furtum factum est, in servitutem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit. 8. Dic enim, quaeso, dic, vir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura divina atque humana iusiurandum suum pecunia vendentis aut furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam violentiam non dignam esse capitis poenae existumes?*

Sulle numerose problematiche riguardanti il testo di Gellio, si veda, con l'indicazione della precedente letteratura, F. LAMBERTI, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, in *Labeo* 36 (1990) 218 ss., la quale, però, manifesta forti perplessità sull'esistenza della norma in questione nella legislazione decemvirale. A favore, invece, dell'attendibilità del testo si veda A. BURDESE, *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano*, in *Fraterna Munera. Studi in onore di Luigi Amirante*, Salerno 1998, 58; R. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano 2004, 21 ss., con ampi riferimenti bibliografici nelle note 3 ss.; N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli 2012, 149 s.; *Note sulla responsabilità del giudice e dell'arbitro nel processo romano*, in *Culpa. Facets of Liability in Ancient Legal Theory and Practice. Proceedings of the Seminar Held in Warsaw 17-19 February 2011*, Warsaw 2012, 189 ss.

Con specifico riguardo alla problematica della precisa individuazione della norma decemvirale richiamata da Gellio si veda, di recente, C. VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell'età classica, tra negligenza e corruzione*, in *Index* 41 (2013) 455 ss., il quale ricorda che «Il passo, collocato tradizionalmente in

di giuramento – da un evidente carattere religioso¹⁷. Strettamente

Tab. IX ma spostato dal Crawford in *Tab. I*, 19 a seguito delle osservazioni paleografiche di O. Diliberto, contiene una notizia che autorevoli opinioni considerano del tutto affidabile, ma che non ha mancato di sollevare perplessità, tanto da venire ritenuta inesistente la norma in essa indicata» (*op. ult. cit.* 456). Tali perplessità, tuttavia, secondo l'autore non sembrano 'giustificate'.

Sui principali aspetti della disputa fra Favorino e Sesto Cecilio Africano, alla luce della nota testimonianza di Gellio, *N. A.* 20.1.1-54 si veda, per una fondamentale indicazione, F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Roma 2011², 1 ss.

Sul richiamo di Giustiniano agli antichi *legislatores*, a proposito del giuramento del giudice di pronunciare la sentenza *cum veritate et legum observatione*, cfr. *CI.* 3.1.14 pr., Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.: *Rem non novam neque insolitam adgredimur, sed antiquis quidem legislatoribus placitam, cum vero contempta sit, non leve detrimentum causis inferentem. Cui enim non est cognitum antiquos iudices non aliter iudicalem calculum accipere, nisi prius sacramentum praestitissent omnimodo sese cum veritate et legum observatione iudicium esse disposituros?*

Sul punto si veda, per un fondamentale riferimento, PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto* cit. 69 ss., ivi ulteriore bibliografia.

¹⁷ La parola *iusiurandum*, infatti, si ricollega all'accezione originaria di *ius* nel senso di 'formula religiosa che ha forza di legge', da cui è derivato *iusiurare* con il significato di 'pronunciare una formula sacra'; sul punto cfr. A. ERNOUT, A. MEILLET, sv. *Ius*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (1967⁴) 329.

Sul giuramento nell'esperienza giuridica romana si veda, per una prima indicazione, L. AMIRANTE, sv. *Giuramento (Diritto romano)*, in *Novissimo digesto italiano* 7 (1961) 937 ss., il quale ricorda che: «I Romani fecero applicazione abbastanza larga del giuramento, sia nel campo dei rapporti internazionali, sia nel diritto pubblico, sia nel diritto privato, sia, infine, nel processo privato» (*op. ult. cit.* 937). Dello stesso autore cfr. pure: *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Napoli 1954, 1 ss.

Si veda pure B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Roma 1970²; A. CALORE, *La rimozione del giuramento. 'Conditio iurisiurandi' e 'conditio turpis nel testamento romano*, Milano 1988; *'Per Iovem lapidem' alle origini del giuramento. Sulla presenza del sacro nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2000; F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico. Elementi per uno studio comparatistico*, Milano 2000; C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano 2002, 106 ss.; SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 98 ss.

Su alcuni aspetti del giuramento cfr. di recente, con ulteriore bibliografia, S. ROSSARO, *Genealogia del giuramento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, 1, Padova 2012, 431 ss., in particolare 435 ss., con riguardo ai profili etimologici e all'origine del

connesso a questo aspetto, peraltro, è il problema della punibilità di colui che abbia spergiurato, dal momento che viene emarginato dal gruppo umano e abbandonato alla vendetta divina, nonostante sia discusso fra gli studiosi il suo avvicinamento alla condizione dell'*homo sacer*¹⁸.

Con riguardo ai testi riportati, però, l'aspetto significativo, ribadito più volte da Cicerone, è lo stretto legame fra il giuramento e la *fides*, la quale in qualche modo deve guidare l'attività dei giudici stessi¹⁹.

giuramento; L. MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'*, ivi, 493 ss., a proposito del *non liquet* del giudice.

¹⁸ Sulla condizione dell'*homo sacer* si veda R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridica-religiosa*, Napoli 1996, *passim*; L. GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, Padova 2005, in particolare 11 ss. e 75 ss.

Per un'accurata sintesi delle opinioni recenti sulla sacertà si veda ora L. GAROFALO (a cura di), *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, Napoli 2013, 1 ss., il quale, prima di dedicarsi alla discussione dei diversi orientamenti della storiografia sul tema, ricorda che «All'*homo sacer* continuano a guardare con interesse filosofi e cultori del diritto romano. Il suo statuto normativo, ricostruito da Giorgio Agamben e da lui eretto a paradigma dell'autentica condizione giuridica, in cui ancor oggi versano tipologie varie di individui, non cessa di appassionare i protagonisti del dibattito teorico internazionale; ma è anche oggetto di nuove indagini da parte degli studiosi dell'ordinamento della *civitas* arcaica» (*op. ult. cit.* 1).

¹⁹ Sulle numerose problematiche riguardanti il concetto di *fides* ed il sintagma *bona fides*, nell'ambito della sterminata letteratura, oltre a L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano 1961, si veda, con l'indicazione della principale bibliografia, L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, 1-4, Padova 2003; R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema, Torino 2004; E. STOLFI, «*Bonae fidei interpretatio*». *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli 2004; R. FIORI, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato romano*, 3, Napoli 2008, 237 ss.; C. MASI DORIA, *Principii e regole. Valori e razionalità come forme del discorso giuridico*, in LOVATO (a cura di), *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative* cit. 19 ss., in particolare 24 ss., la quale opportunamente ricorda che «[...] l'antichissima *fides* costituiva la struttura relazionale fondamentale dell'ordinamento arcaico, nel diritto pubblico come in quello privato».

Più in particolare, a proposito del mancato rispetto del giuramento e quindi della violazione della *fides*, mi è parso rilevante quanto dichiarato da Cicerone in *De off.* 3.29.104 e *De off.* 3.31.111, dove se è vero che viene confermato l'aspetto sacrale del giuramento (*est enim ius iurandum affirmatio religiosa*) è altrettanto vero, però, che il giudice, quando non rispetta il giuramento, non deve preoccuparsi più dell'ira degli dèi, che non esiste (*quae nulla est*), ma della *fides* e della *iustitia*; inoltre, l'oratore sottolinea che si hanno conseguenze dello spergiuro anche sul piano morale e sociale rilevanti ai fini della nota censoria.

Da queste dichiarazioni, dunque, traspare in Cicerone l'affermarsi di una prospettiva umana accanto a quella divina, come, peraltro, già si evince anche da un passo del *De legibus* (2.9.22), dove l'oratore sottolinea che la pena divina dello spergiuro è la rovina, mentre quella umana è il disprezzo: *Periurii poena divina exitium, humana dedecus*.

In modo più specifico, però, dalla lettura dei testi sopra riportati del *De officiis* (3.29.104; 3.31.111) – nei quali appunto Cicerone sottolinea che l'ira divina non esiste mentre ciò che rileva è la *fides* in stretta relazione con la *iustitia* e, inoltre, ri-

Cfr., inoltre, M. PANI, 'Aequum bonum', 'vir bonus', 'bona fides': sul criterio della bontà di natura nel precetto romano, in LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico* cit. 91 ss.; R. CARDILLI, 'Vir bonus' e 'bona fides', ivi, 179 ss.

Sulla locuzione *fides*, caratterizzata da una pluralità di significati tra loro eterogenei, si veda, di recente, L. MANNA, *Buona fede e doveri di protezione: tutela processuali*, in L. GAROFALO (a cura di), 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca, 2, Padova 2011, 279 ss., in particolare 315 ss., la quale, dopo aver ricordato le diverse accezioni di *fides*: «una *fides*-virtù (nel senso, anche, di fedeltà e verità), una *fides*-buona reputazione, una *fides* vista come attendibilità di una persona o di una dichiarazione, una *fides*-garanzia, una *fides*-protezione del più forte verso il più debole», evidenzia la difficoltà di ridurre tutti questi significati a una nozione unitaria, nonostante l'idea generica di 'affidamento' sembri «accompagnare tutti gli usi di *fides* e costituirne il comune sostrato» (*op. ult. cit.* 327 s.).

chiama l'attenzione soprattutto sulla sanzione umana, da identificarsi con la nota censoria – si può, per certi aspetti, cogliere un sintomo del processo di 'laicizzazione della società'²⁰, ormai avanzato nell'ultimo secolo della repubblica, che non trova riscontro in epoca decemvirale, durante la quale in caso di spergiuro vi era solo l'antica pena a sfondo sacrale.

In conclusione, si può ritenere che proprio in questo particolare contesto di trasformazione possa essere ben inquadrato il notevole rilievo della *fides* che, fondata sempre di più su valori etici, tende ad imporre al giudicante una serie di canoni comportamentali strettamente connessi con l'assunzione dell'*officium iudicis*²¹. Da questo punto di vista, dunque, coloro che vengono

²⁰ L'espressione fra virgolette è di BURDESE, *In margine alla responsabilità del giudice* cit. 63.

²¹ *Officium iudicis* che – come è stato ultimamente ricordato da MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'* cit. 543 nt. 79 – 'di per sé impone un contegno *secundum bonum et aequum*'. Sul punto di interesse risultano anche le osservazioni formulate da Cosimo Cascione nella sua relazione dal titolo: '*Officium iudicis*'. *Deontologia, poteri, doveri e responsabilità del giudice tra modelli storici e attualità*, nell'ambito del Convegno, tenutosi il 7 maggio 2009 presso l'Università LUM, su «Il ruolo del giudice, fra indipendenza e responsabilità. Linee storiche e prospettive attuali», dove è stato evidenziato che la *fides* imponeva al giudice di svolgere la sua attività, modulando il proprio agire sui 'canoni deontologici' della correttezza, della lealtà e della professionalità. Per un resoconto del convegno cfr. E. QUADRATO, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 76 (2010) 843 ss., in particolare 845 s.; M.A. GUERRA, *Il ruolo del giudice, fra indipendenza e responsabilità. Linee storiche e prospettive attuali*, in *Teoria e storia del diritto privato* 2 (2009) consultabile su www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com.

Va evidenziato, inoltre, che il concetto dell'interdipendenza tra deontologia e professionalità del giudice è ripreso anche nell'età di Giustiniano, seppure in un contesto storico e processuale differente da quello repubblicano; sul punto si veda PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto* cit. 43 ss.; *L'organizzazione della giustizia dal V al IX sec.* cit. 381 ss. Lo stesso autore, peraltro, ha sottolineato l'importanza del richiamo ai doveri morali del giudice durante l'età giustiniana nella recente relazione, significativamente intitolata «Un paradigma per il futuro: l'obbligo delle mani pulite e i doveri del giudice in età tardoimperiale», tenutasi il 9 maggio 2017, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Uni-

investiti della funzione di giudice devono avvertire il dovere etico ancor prima che giuridico di essere – e soprattutto di apparire – indipendenti ed affidabili.

3. *Il problema del valore delle sentenze nelle testimonianze retoriche*

Al fine di verificare quale sia il valore delle sentenze nell'età repubblicana, è opportuno prendere le mosse da una serie di testimonianze tratte dalla *Rhetorica ad Herennium* e dalle opere di Cicerone, nelle quali si fa riferimento alle decisioni giudiziarie e soprattutto alle tecniche di utilizzo delle stesse.

Università Federico II di Napoli, nell'ambito degli incontri organizzati dall'Associazione Internazionale di Studi Tardoantichi.

Sulle problematiche riguardanti la natura dell'*officium iudicis* si veda, per alcuni spunti, F. CANCELLI, sv. *Ufficio (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto* 45 (1992) 599 ss., in particolare 627 ss., il quale, dopo aver ricordato che «ci si riferisce al *iudex* o *arbiter privatus datus*, per il quale si può parlare di *officium civile*», pone tuttavia in risalto «l'ambiguità o l'ambivalenza di questo aggettivo valevole a significare anche qualcosa di molto prossimo a *publicum*» (*op. ult. cit.* 627).

Sugli impedimenti soggettivi ed oggettivi che determinano l'esenzione dall'*officium iudicis* si veda ora N. RAMPAZZO, *Osservazioni sulle cause di esenzione dall'officium iudicis*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, 3, Padova 2015, 489 ss.

A proposito della funzione del giudice da intendersi come un '*munus publicum*' si veda A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, in DI RENZO VILLATA (a cura di), *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi* cit. 164 ss.

Su alcuni profili, per certi aspetti pubblicistici, dell'attività del giudice si veda G. NICOSIA, sv. *Giudice nel processo privato romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile* 9 (1993⁴) 90 ss., in particolare 93: «il *iudex*, pur restando un privato (ancorché ormai normalmente tratto da liste ufficiali), veniva ora ad esercitare un potere in qualche modo pubblico». Dello stesso autore, ora, si veda pure *Nuovi profili istituzionali di diritto privato romano*, Catania 2013⁶, 162, dove, a proposito del *inssum iudicandi*, si ricorda che: «Si trattava di un nuovo tipo di investitura, di una delega di un potere pubblico da parte del magistrato».

Va subito avvertito, però, che il tema – oggetto peraltro da tempo dell'interesse della storiografia²² – risulta piuttosto problematico per due ordini di motivi: in primo luogo, non vi è una terminologia univoca per designare le decisioni dei giudici dal momento che esse sono indicate con diverse espressioni, come ad esempio *sententiae*, *res iudicatae*, *praeiudicia*, *exempla*;

²² Si veda, ad esempio, J. L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, 1, Oxford 1912, in particolare 77 ss.; G.A. HARRER, *Precedent in Roman Law*, in *Studies in Philology* 19 (1922) 52 ss.; H.F. JOLOWICZ, *Precedent in Greek and Roman Law*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 46 (1939) 394 ss.; M. KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht*, in *Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag*, Wien 1978, 115 ss. = *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz 1986, 42 ss., che qui si cita; G. PROVERA, *Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7 (1982) 55 ss., ora in *Scritti giuridici consultabili nella Collana della Rivista di diritto romano*=<http://www.ledonline.it/rivistadidirittoromano/scrittiprovera.html>; L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano. Ristampa con appendice*, Milano 1982, in particolare 37 ss.; G. PURPURA, *Dalle raccolte di precedenti alle prime codificazioni postclassiche: alcune testimonianze papiracee*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* 42 (1992) 673 ss.; Z. VÉGH, *Ex pacto ius. Studien zum Vertrag als Rechtsquelle bei Rhetoren*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* 110 (1993) 184 ss., in particolare 192 ss.; U. VINCENTI, *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana*, Padova 1995², in particolare 97 ss.; *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, 2, Napoli 1997, 567 ss.; *I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche*, in VINCENTI (a cura di), *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea* cit. 1 ss.; M. MARRONE, *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 100 (1997) 37 ss. = G. FALCONE (a cura di), *Scritti giuridici*, 2, Palermo 2003, 799 ss., in particolare 805 ss.; E. METZGER, *Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure*, in *Law and History Review* 22 (2004) 243 ss., soprattutto 250 ss.; L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di Lezioni*, Torino 2012², 23 ss.; P. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, 2, Padova 2012, 25 ss., in particolare 70 ss.; LUCHETTI, *Il valore del precedente giurisprudenziale* cit. 520 ss. e, ultimamente, G. GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Res iudicata'*, 2, Napoli 2015, 331 ss.

in secondo luogo, non è possibile individuare un unico significato da attribuire alle sentenze poiché diversa è la valenza ad esse riconosciuta²³.

Tuttavia, con specifico riguardo alle fonti retoriche sull'argomento, è appena il caso di evidenziare che esse, pur se non sempre caratterizzate da una certa precisione sotto il profilo tecnico-giuridico, risultano di rilievo ai fini della nostra indagine poiché ci danno comunque la possibilità di ricostruire alcuni aspetti interessanti relativi alla prassi del foro.

Prendiamo, dunque, le mosse da alcuni passi della *Rhetorica ad Herennium*.

Rhet. ad Her. 2.12.18: In causa ratiocinali primum quaeretur, ecquid in rebus maioribus aut minoribus aut similibus similiter scriptum aut iudicatum sit; deinde, utrum ea res similis sit ei rei, qua de agitur, an dissimilis [...]²⁴.

Nel testo si afferma che nella causa *ratiocinalis* (cioè fondata sul ragionamento) per prima cosa si cerca se sia stato scritto o giudicato qualcosa *similiter* in vicende più importanti, meno importanti o simili; poi si verifica se ciò sia simile o meno alla fattispecie per la quale si agisce.

In seguito, l'autore della *Rhetorica*, dopo aver elencato le parti di cui consta il diritto (*natura, lex, consuetudo, iudicatum, aequum et bonum, pactum*), con riferimento al *iudicatum* chiarisce che esso è ciò su cui è stata emanata una sentenza o un decreto, ricordando che questi di frequente sono diversi poiché ad un giudice è sembrata giusta una cosa diversa rispetto ad un

²³ Sulla molteplicità di termini utilizzati, nelle testimonianze pervenute, per indicare la pronuncia giudiziale si veda M. MOLÈ, sv. *Sentenza (diritto romano)*, in *Novissimo digesto italiano* 16 (1969) 1082 s.

²⁴ Sul passo cfr. in particolare VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico* cit. 57; *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano* cit. 27 nt. 9 e, di recente, STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano* cit. 74; GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto* cit. 351 nt. 63.

altro, così che in relazione alla stessa fattispecie spesso è stato decretato o giudicato in maniera differente:

Rhet. ad Her. 2.13.19: Absoluta iuridiciali constitutione utemur, cum ipsam rem, quam nos fecisse confitemur, iure factam dicemus, sine ulla adsumptione extrariae defensionis. In ea convenit quaeri, iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus, si, ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constant igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto [...] Iudicatum est id, de quo sententia lata est aut decretum interpositum. Ea saepe diversa sunt, ut aliud alio iudici aut praetori aut consuli aut tribuno plebis placitum sit et fit, ut de eadem re saepe alius aliud decreverit aut iudicarit, quod genus: M. Drusus, praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit, Sex. Iulius non reddidit. Item C. Caelius iudex absolvit iniuriarum eum, qui Lucilium poëtam in scaena nominatim laeserat, P. Mucius eum, qui L. Accium poëtam nominaverat, condemnavit²⁵.

Nel testo, infatti, a conferma che su casi uguali o comunque simili vi possono essere orientamenti differenti da parte di magistrati o giudici, sono ricordati due esempi: quello del pretore M. Druso che, essendosi agito con l'*actio mandati* nei confronti di un erede, concesse il giudizio, a differenza di S. Giulio che invece non lo accordò, e quello del giudice C. Celio il quale aveva assolto dall'*actio iniuriarum* colui che sulla scena di una commedia aveva offeso il poeta Lucilio, diversamente dal giudice Publio Mucio che aveva condannato un comme-

²⁵ Sul testo si veda, per un primo riferimento, KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht* cit. 43 s.; PROVERA, *Il valore normativo della sentenza* cit. 4; VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico* cit. 57 s.; *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano* cit. 27 s. e nt. 9; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano. Edizione completata con la parte relativa alla fase della codificazione*, Torino 1993; 181 nt. 1 e, di recente, STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano* cit. 74 s.; GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto* cit. 351 nt. 63.

dianete per le offese rivolte in circostanze simili verso il poeta L. Accio²⁶.

Ciò che più rileva, d'altra parte, è quanto viene affermato nel passo immediatamente successivo, dove si ricorda che, poiché possono essere citate *res iudicatae* differenti con riguardo alla stessa causa, è venuto in uso tener conto del giudice che le ha pronunciate, del momento temporale nel quale sono state emanate e del numero delle decisioni in un senso e di quelle nell'altro:

Rhet. ad Her. 2.13.20: Ergo, quia possunt res simili de causa dissimiliter iudicatae proferri, cum id usu venerit, iudicem cum iudice, tempus cum tempore, numerum cum numero iudiciorum conferemus²⁷.

A proposito, inoltre, delle modalità di citazione della sentenza (dette tecnicamente *res iudicatae*)²⁸, in un passo seguente l'autore della *Rhetorica* chiarisce che la citazione della *res iudicata* risulta errata quando è stata pronunciata in una causa differente o quando concerne una questione non controversa oppure ingiusta o nell'ipotesi in cui dagli avversari possano essere citate sentenze in maggior numero o più idonee:

Rhet. ad. Her. 2.29.46: Res iudicata vitiose proferetur, si aut dissimili de re proferetur, aut de ea re, qua de controversia non est, aut improba, aut eiusmodi, ut aut plures aut magis idoneae res iudicatae ab adversariis proferri possint²⁹.

²⁶ Su questo particolare episodio di *iniuria* si veda F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, 141 s. nt. 87.

²⁷ Sul testo di recente si veda LUCHETTI, *Il valore del precedente giurisprudenziale* cit. 524 nt. 41, ivi ulteriore bibliografia.

²⁸ Come ha ricordato, ad esempio, VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano* cit. 26.

²⁹ Sul passo cfr. in particolare VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico* cit. 58; *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano* cit. 28

Alla luce di queste prime testimonianze, dunque, tralasciando per il momento il discorso sull'elenco delle parti di cui consta il diritto e sulla definizione del *iudicatum*, emerge un dato significativo: se è vero che non risulta alcun obbligo da parte del giudice di uniformarsi alle decisioni precedenti relative a casi uguali o comunque simili, è altrettanto vero che viene riconosciuto un ruolo significativo alle sentenze dal momento che gli oratori erano soliti addurre le precedenti *res iudicatae* al fine di influenzare in qualche maniera il giudice a dare una soluzione analoga.

Sul punto, in modo efficace, Letizia Vacca ha evidenziato che: «le *res iudicatae* venivano frequentemente utilizzate nella prassi giudiziaria, come 'prova' di un certo modo di atteggiarsi del diritto precedente, e che vi poteva essere la tendenza dei giudici a seguire sentenze particolarmente numerose o autorevoli, se ritenevano che il caso sul quale dovevano pronunciarsi fosse simile»³⁰.

Tale valore delle sentenze nel senso di mezzi di prova è confermato anche in una nota testimonianza ciceroniana:

Cic. *De orat.* 2.27.116: Ad probandum autem duplex est oratori subiecta materies: una rerum earum quae non excogitantur ab oratore, sed in re positae ratione tractantur, ut tabulae, testimonia, pacta conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa, reliqua, si quae sunt, quae non reperiuntur ab oratore, sed ad oratorem a causa atque a re deferuntur; altera est, quae tota in disputatione et in argumentatione oratoris conlocata est³¹.

e nt. 9 e, ultimamente, LUCHETTI, *Il valore del precedente giurisprudenziale* cit. 524 nt. 41.

³⁰ VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano* cit. 28 s.

³¹ Sul passo si veda, con l'indicazione della principale bibliografia, KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht* cit. 44; VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico* cit. 58 nt. 34; VINCENTI, *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana* cit. 114 e, ultimamente, LUCHETTI, *Il va-*

Nel passo Cicerone ricorda che, per dimostraere la veridicità delle proprie tesi, l'oratore ha a disposizione elementi di due specie: una è composta da quei mezzi di prova che non sono 'escogitati' dall'oratore ma che sono insiti nel fatto stesso e adottati secondo modalità precise; l'altra consiste interamente nella discussione e nell'argomentazione dell'oratore.

Nell'ambito, dunque, della distinzione tra quei mezzi che *non excogitantur ab oratore sed in re posita ratione tractantur* e quelli che invece costituivano la materia *quae tota in disputatione et in argumentatione oratoris conlocata est*, Cicerone inquadra le sentenze tra i primi.

Le *res iudicatae*, infatti, sono menzionate in un elenco composto insieme a: *tabulae, testimonia, pacta conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, decreta e responsa*.

La collocazione delle sentenze tra i mezzi di prova, inoltre, sarà confermata, nel primo secolo d.C., anche da Quintiliano, il quale, dopo aver richiamato, la nota distinzione di origine aristotelica tra prove 'atecniche' definite *probationes inartificiales* (che esistono al di fuori dell'arte dell'oratore) e quelle 'tecniche' dette *probationes artificiales* (che l'oratore stesso trae dalla causa e in qualche modo genera)³², ricorda le sentenze tra le prime, inserendole tra i *praeiudicia*³³ e qualificandole più correttamente come *exempla*:

lore del precedente giurisprudenziale cit. 523; GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto* cit. 351 nt. 64.

³² Cfr. Quint. *Inst. orat.* 5.1.1.

³³ Come è noto, il termine *praeiudicium* ha nell'esperienza romana un ampio valore semantico; sul punto si veda J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, «*Praeiudicium*», in *Labeo* 8 (1962) 73 ss.

Sulle problematiche in argomento si veda anche F. DE MARINI AVONZO, sv. *Praeiudicium*, in *Novissimo digesto italiano* 13 (1966) 540 ss., la quale avverte che «Lo studio del *praeiudicium* nel processo romano deve prescindere da troppo stretti riferimenti alla terminologia ed ai concetti elaborati dalla moderna dottrina processualistica, ed ora accolti nel vigente Codice, in tema di pregiudizialità», dal momento che nell'esperienza romana «le espressioni *praeiudicium-praeiudicare* avevano un ambito di applicazione molto più ampio e generico. In par-

Quint. *Inst. orat.* 5.2.1: *Iam praeiudiciorum vis omnis tribus in generibus versatur: rebus, quae aliquando ex paribus causis sunt iudicatae, quae exempla rectius dicuntur [...]*³⁴.

Tali sentenze – avverte ancora Quintiliano – acquistano valore soprattutto in base a due elementi e cioè l'autorità di coloro che le hanno pronunziate e la somiglianza dei fatti:

Quint. *Inst. orat.* 5.2.2: *auctoritate eorum, qui pronuntiaverunt, et similitudine rerum, de quibus quaeritur [...]*³⁵.

Orbene, non è possibile in questa sede soffermarsi sulle diverse problematiche concernenti la classificazione delle prove in *artificiales* ed *inartificiales* e sulle eventuali differenze tra l'elenco di Cicerone e quello di Quintiliano, per le quali si rinvia a studi specifici sull'argomento³⁶. Quello che rileva, ai fini del discorso

ticolare, se *praeiudicium* venne impiegato in una accezione che potremmo tecnicamente indicare come 'causa pregiudiziale' [...] la stessa parola si ritrova anche in significati assai diversi, che appare difficile riportare al primo, entro uno schema astratto ed unitario di pregiudizialità» (*op. ult. cit.* 541).

Sui diversi tipi di *praeiudicia* nelle testimonianze retoriche si veda KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht* cit. 42 ss., specialmente 45 ss.

Con specifico riferimento ai significati di *praeiudicium* nelle testimonianze di Quintiliano si veda M. SKŘEJPEK, *Praeiudicium nell'opera di Quintiliano*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, 7, Napoli 2007, 5230 ss.

³⁴ Sul testo cfr. in particolare KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht* cit. 44; VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico* cit. 58 nt. 34; VINCENTI, *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana* cit. 114.

³⁵ Sul passo si veda, per una prima indicazione, VINCENTI, *op. ult. cit.* 114.

³⁶ Sull'argomento si veda, per un primo riferimento, J. PH. LÉVY, *Cicéron et la preuve judiciaire*, in *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris 1959, 187 ss.=*Autour de la preuve dans les droits de l'Antiquité*, Napoli 1992, 23 ss.; G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in *Ius* 11 (1960) 386 ss.; *Cicerone tra diritto e retorica*, in *Scritti in onore di A. C. Jemolo*, 4, Milano 1963, in particolare 576 ss. = *Scritti giuridici scelti*, 3, *Diritto romano*, Napoli 1985, 86 ss., che qui si cita; M. MICELI, *La prova retorica tra esperienza romanistica e moderno processo penale*, in *Index* 26 (1998) 241 ss., la quale manifesta alcune perplessità nei con-

che qui si sta conducendo, è che da questo primo gruppo di testi risulta che le sentenze, pur non avendo di certo valore vincolante per i futuri giudici, venivano utilizzate come *exempla* al fine di poterne influenzare le decisioni.

Sul punto, infatti, è emersa l'importanza di tali esempi dal momento che una certa attenzione è riconosciuta alle tecniche di citazione delle *res iudicatae*: il richiamo delle stesse è ritenuto maggiormente appropriato e, di conseguenza utile, nella misura in cui i casi da trattare, quello precedente e quello nuovo, siano simili e non distanti nel tempo, il giudice che ha pronunciato la precedente decisione sia autorevole ed infine numerose siano le sentenze di un certo orientamento.

Dopo aver ricordato il valore delle *res iudicatae* come mezzi di prova o *exempla*, occupiamoci adesso di un'altra nota testimonianza ciceroniana nella quale si fa riferimento al *iudicatum*:

Cic. *De inv.* 2.22.65-68: Nunc huius generis praecepta videamus. Utrisque aut etiam omnibus, si plures ambigent, ius ex quibus rebus constet, considerandum est. Initium ergo eius ab natura duc-

fronti dell'utilizzo della distinzione di origine aristotelica tra prove *artificiales* ed *inartificiales* ai fini di un'esatta comprensione delle stesse nelle fonti tardo repubblicane, sottolineando che «mentre Aristotele, e poi Quintiliano fondano ed articolano tutto il sistema delle prove sulla distinzione tra prove *artificiales* ed *inartificiales*, nelle opere retoriche ciceroniane, così come anche nella *Rhetorica ad Herennium* tale distinzione si presenta, invece, con caratteri notevolmente sfumati» (*op. ult. cit.* 270).

Sul punto di recente si veda S. PULIATTI, *Alla ricerca della verità. La discrezionalità del giudice tra retorica e diritto*, in LOVATO (a cura di), *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative* cit. 43 ss., il quale ricorda il «distacco che, in materia di rapporti tra prove *artificiales* e *inartificiales* o relativamente alla riconducibilità a queste ultime dei fatti produttivi di diritto, segna il rapporto tra le opere retoriche di Cicerone e l'*Institutio oratoria* di Quintiliano» (*op. ult. cit.* 54 s.).

Per la manualistica si veda, ad esempio, A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 2001¹², 227 s.; E. STOLFI, *Il processo civile*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino 2010², 127; E. CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano 2010, 273 ss.

tum videtur [...] Consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobabit. In ea autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem. Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt. Quaedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt; quod genus pactum, par iudicatum [...] iudicatum, de quo iam ante sententia alicuius aut aliquorum constitutum est. Iam iura legitima ex legibus cognosci oportebit [...]³⁷.

Nel passo, tratto dall'opera giovanile *De inventione*, Cicerone, nell'occuparsi della *negotialis constitutio* da intendersi «come quella in cui la controversia verta sulle norme di *ius civile* in base alle quali valutare la rilevanza giuridica di un negozio»³⁸, si sofferma sulle *res ex quibus ius constat*: l'oratore, infatti, richiama l'attenzione in primo luogo sulla *natura*, in un momento successivo (sia sul piano storico che sotto il profilo logico), sulla *consuetudo* e infine – come ulteriore fase di una sorta di sequenza storica – sulle *leges*³⁹.

³⁷ Sulla testimonianza ciceroniana si veda, con l'indicazione della principale bibliografia, KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht* cit. 43; VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico* cit. 64 s., 80; *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto* cit. 29 s.; VINCENTI, *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana* cit. 128 s.; *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano* cit. 576 s.; GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* cit. 181 nt. 1 e, ultimamente, STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano* cit. 76 s.; GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto* cit. 354 nt. 72.

³⁸ Così A. BURDESE, *Ius consuetudine, pactum, ius e res. Divagazioni su pubblicazioni recenti*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 61 (1995) 708 s.

Sulla definizione della *causae constitutio negotialis* cfr. lo stesso Cicerone in *De inv.* 1.11.14: *'in qua, quid iuris ex civili more et aequitate sit, consideratur'* e in *De inv.* 2.21.62: *'quae in ipso negotio iuris civilis habet implicatam controversiam'*.

³⁹ Sul punto si veda L. BOVE, *La consuetudine in diritto romano*, 1, *Dalla repubblica all'età dei Severi*, Napoli 1985, 23 s., il quale evidenzia che «la *lex*, quindi, in uno stadio ancora più avanzato di questo sviluppo, non costituisce altro che la definitiva sanzione autoritativa, esterna e formale, della norma di condotta sociale, la quale peraltro trova autonomamente il suo fondamento e la sua giustificazione – oltre che nella natura e nella *ratio utilitatis* (così come, in ge-

In particolare, in questa sede, è opportuno ricordare quanto l'Arpinate afferma a proposito della consuetudine: il diritto costituito dalla consuetudine è quello comprovato dalla *vetustas* sulla base della *voluntas omnium* e senza l'intervento della legge (*consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobabit*). Nell'ambito del *genus* costituito dalla consuetudine – avverte ancora Cicerone – vi sono alcuni *iura* già certi in base alla vetustà (*quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem*)⁴⁰, ma ve ne sono molti altri, la massima parte dei quali i pretori sono soliti formulare nell'editto (*alia sunt multa et eorum multo maxima pars quae praetores edicere consuerunt*). Accanto a questa *partitio*, nel testo si richiama un'ulteriore *partitio* di *genera iuris* che sono già resi certi mediante la *consuetudo*, nel qual genere rientrano il *pactum*, il *par* e il *iudicatum*. Il giudicato, pertanto, fa parte di quei *genera iuris* che, grazie all'uso ripetuto, si sono ormai consolidati nel loro specifico contenuto.

Con riguardo alla definizione di *iudicatum*, infine, si afferma che il giudicato è ciò su cui si è statuito in precedenza con sentenza di uno o di alcuni (*iudicatum, de quo iam ante sententia alicuius aut aliquorum constitutum est*).

Come ben si intende, il testo non risulta di agevole lettura e non a caso da tempo è oggetto di attenzione da parte della storiografia⁴¹.

nere, qualsiasi regola normativa) – anche nell'*adprobatio* da parte della preesistente *consuetudo*».

⁴⁰ Da riferirsi probabilmente ai *mores maiorum* secondo B. ALBANESE, *Pactum e iudicatum in due testi retorici*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* 42 (1992) 13.

⁴¹ Si veda, per un primo riferimento, G. LOMBARDI, *Sul titolo 'Quae sit longa consuetudo'* (8, 52, [53]) nel *Codice giustiniano*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 18 (1952) 21 ss.; BOVE, *La consuetudine in diritto romano*, 1, cit. 23 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* 39 (1987) 50 ss.; ALBANESE, *Pactum e iudicatum in due testi retorici* cit. 5 ss., in particolare 9 ss.; VÉGH, *Ex pacto ius* cit. 193 ss.; BURDESE, *Ius consuetudine, pactum, ius e res* cit. 709 ss.; T. MASIELLO, *Ideolo-*

Quello che a me pare di interesse è il rapporto tra il *iudicatum* e la consuetudine: mentre la singola sentenza non produce alcuna modifica all'ordinamento giuridico romano, più sentenze sono da considerarsi fra le componenti del *ius civile*, qualora la loro rilevanza sia confermata dalla consuetudine. Il giudicato, infatti, acquisterebbe certezza attraverso la sua prolungata applicazione, da intendersi molto probabilmente nel senso di una sua ripetizione uniforme e costante.

Quanto detto trova conferma in un passo successivo del *De inventione* nel quale Cicerone richiama il valore del *iudicatum* consolidato nella ripetitività:

Cic. *De inv.* 2.54.162: Consuetudine ius est, quod aut leviter a natura tractum aluit et maius fecit usus, ut religionem, aut si quid eorum, quae ante diximus, ab natura profectum maius factum propter consuetudinem videmus, aut quod in morem vetustas vulgi adprobatione perduxit; quod genus pactum est, par iudicatum. Pactum est, quod inter aliquos convenit; par, quod in omnes aequabile est; iudicatum, de quo alicuius aut aliquorum iam sententiis constitutum est [...]⁴².

Secondo l'oratore, infatti, il giudicato è da considerarsi parte del *consuetudine ius* non in ogni caso, ma nell'ipotesi in cui esso sia stato ricondotto al *mos* dalla *vetustas* con l'approvazione del popolo (*quod in morem vetustas vulgi adprobatione perduxit*)⁴³.

gia e diritto nel De inventione e nella Rhetorica ad Herennium, in C. CASCIONE, E. GERMINO, C. MASI DORIA (a cura di), *Parti e giudici nel processo dai diritti antichi all'attualità*, Napoli 2006, 87 ss.; A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli 2007, 168 ss.; VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano* cit. 29 s.

⁴² Sul passo in particolare si veda VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico* cit. 82 nt. 38.

⁴³ Secondo VINCENTI, *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano* cit. 578, tale testo «sembrerebbe implicare che il giudicato ormai consolidato nella ripetitività attesti non solo il *consensus* dei giudici, ma – attraverso loro – di tutti i consociati, giustificandone, si potrebbe anche dire, la *receptio moribus*».

Il ripetersi nel tempo di un certo giudicato, dunque, proverebbe il suffragio da parte del popolo dal momento che la *vetustas* diventa «mezzo per la riconduzione del giudicato al *mos* [...] e per la conseguente qualificazione del medesimo come *genus iuris consuetudine certum factum*»⁴⁴.

Per quanto concerne più nello specifico la definizione di *iudicatum*, inoltre, Cicerone ripete che esso è ciò su cui si è in precedenza deciso con sentenza di uno o di alcuni (*iudicatum, de quo alicuius aut aliquorum iam sententiis constitutum est*).

A quest'ultimo proposito, occorre evidenziare che si tratta della stessa definizione tecnica già adoperata dall'oratore⁴⁵, nella quale subito appare evidente la 'corrispondenza tradizionale' tra *iudicatum* e *sententia* nell'ambito dell'*ordo iudiciorum privatorum*⁴⁶.

Tale definizione risulta di rilievo, ai fini del nostro discorso, soprattutto se consideriamo che il termine *iudicatum* ha un ampio valore semantico nelle testimonianze pervenuteci⁴⁷, manifestando anche nelle stesse opere di Cicerone non sempre un valore tecnico, come ad esempio in un altro passo del *De inventione*:

Cic. *De inv.* 1.30.48: [...] *Iudicatum est res assensione aut auctoritate aut iudicio alicuius aut aliquorum conprobata* [...]⁴⁸.

⁴⁴ Così VINCENTI, *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana* cit. 119.

⁴⁵ Cfr. Cic. *De inv.* 2.22.68.

⁴⁶ L'espressione fra virgolette è di ALBANESE, *Pactum e iudicatum in due testi retorici* cit. 20.

⁴⁷ Sull'accezione tecnica di *iudicatum* si veda H.E. DIRKSEN, sv. *Iudicatus*, in *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum* (1837) 510, dove il primo significato riportato è '*Sententia iudicis decisus, Condemnatione definitus*'.

Per una sintesi della storia del giudicato nell'esperienza giuridica romana risulta ancora fondamentale G. PUGLIESE, sv. *Giudicato civile (storia)*, in *Enciclopedia del diritto* 18 (1969) 722 ss.=*Scritti giuridici scelti*, 2, *Diritto Romano*, Napoli 1985, 139 ss., che qui si cita.

⁴⁸ Su questa definizione atecnica di *iudicatum* si veda, per un primo riferimento, ALBANESE, *Pactum e iudicatum in due testi retorici* cit. 12, il quale, dopo

Tuttavia, ai fini di una migliore comprensione della nozione tecnica di *iudicatum*, risulta opportuno, raffrontare la definizione data da Cicerone in *De inv.* 2.22.68 con quella contenuta nella *Rhetorica ad Herennium*, secondo cui *iudicatum est id, de quo sententia lata est aut decretum interpositum*.

Quest'ultima nozione fa parte di quella testimonianza della *Rhetorica*, sulla quale precedentemente ci siamo soffermati e che per comodità qui si riporta:

Rhet. ad Her. 2.13.19: Absoluta iuridiciali constitutione utemur, cum ipsam rem, quam nos fecisse confitemur, iure factam dicemus, sine ulla adsumptione extrariae defensionis. In ea convenit quaeri, iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus, si, ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constant igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto [...] Iudicatum est id, de quo sententia lata est aut decretum interpositum. Ea saepe diversa sunt, ut aliud alio iudici aut praetori aut consuli aut tribuno plebis placitum sit et fit, ut de eadem re saepe alius aliud decreverit aut iudicarit, quod genus: M. Drusus, praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit, Sex. Iulius non reddidit. Item C. Caelius iudex absolvit iniuriarum eum, qui Lucilium poetam in scaena nominatim laeserat, P. Mucius eum, qui L. Accium poetam nominaverat, condemnavit.

Con riguardo al rapporto tra questo testo e Cic. *De inv.* 2.22.65-68, la storiografia da tempo ha evidenziato le difformità tra i due passi, avvertendo soprattutto come le griglie dei due trattati non coincidano⁴⁹.

aver ricordato che, in *De inv.* 1.30.48, Cicerone menziona il *iudicatum* con riferimento alle tecniche retoriche utili per la *confirmatio*, evidenza che in questo caso si tratta di «una nozione di *iudicatum* palesemente remota da ogni connessione tecnica con il diritto romano. In realtà, in questo luogo, a *iudicatum* sono affiancati – nella generale categoria del *probabile* (*De inv.* 1,30,46 ss.) – *signum*, *credibile* e *comparabile* (*De inv.* 1,30,47): si tratta, in sostanza (e ciò vale anche per il *iudicatum*) di generalissimi concetti relativi a possibili argomenti per sostenere un'affermazione oratoria».

⁴⁹ Sul punto si veda, ad esempio, BOVE, *La consuetudine in diritto romano*

In particolare, nell'ambito delle varie differenze, fermo restando che l'autore della *Rhetorica* si sta occupando della *constitutio iuridicialis absoluta*⁵⁰ mentre Cicerone sta trattando della *constitutio negotialis*, è stata richiamata l'attenzione sul fatto che lo schema adottato nella *Rhetorica ad Herennium* risulta essere più semplicistico rispetto a quello usato da Cicerone.

L'autore della *Rhetorica*, infatti, pone sullo stesso piano fenomeni giuridici molto diversi, secondo un criterio statico e formale, elencando la *natura*, la *lex*, la *consuetudo*, il *iudicatum*, l'*aequum et bonum* e il *pactum*.

Nel *De inventione*, invece, la narrazione è più complessa dal momento che essa è caratterizzata, in primo luogo, da un senso dinamico del diritto, che prende le mosse dalla fonte primaria, la natura, per poi richiamare la consuetudine e concludere, infine, con la legge. D'altronde, solo questi tre elementi (*natura*, *consuetudo* e *lex*) sono considerati *partes iuris*, laddove il *pactum*, il *iudicatum* (e il *par*) insieme con altri fattori contribuiscono a costituire soltanto il *ius* che scaturisce dalla consuetudine, risultando – per così dire – *genera* di una parte del *ius*.

Con specifico riguardo, inoltre, alle definizioni di *iudicatum* date da Cicerone (*iudicatum, de quo iam ante sententia alicuius aliquorum constitutum est*) e dall'autore della *Rhetorica* (*iudicatum est id, de quo sententia lata est aut decretum interpositum*), va evidenziato che quella ciceroniana risulta di certo più precisa poiché non vi è alcun riferimento all'attività decretale dei magistrati (che invece è presente nella *Rhetorica*) ed appare incen-

cit. 21 ss.; ALBANESE, *Pactum e iudicatum in due testi retorici* cit. 5 ss.; ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris* cit. 50 ss.; BURDESE, *Ius consuetudine, pactum, ius e res* cit. 707 ss.; MASIELLO, *Ideologia e diritto nel De inventione e nella Rhetorica ad Herennium* cit. 75 ss.; SALOMONE, *Iudicati velut obligatio* cit. 165 ss., ivi ulteriore bibliografia.

⁵⁰ Da intendersi come «controversia giudiziaria imperniata sulla conformità o meno a diritto di un fatto in sé ammesso senza riserve dai contendenti»: così BURDESE, *Ius consuetudine, pactum, ius e res* cit. 708. Sul punto cfr. già ALBANESE, *Pactum e iudicatum in due testi retorici* cit. 7.

trata, più che sui soggetti che hanno il compito di *iudicare*, sulla priorità del *constituere* (*de quo iam ante [...] constitutum est*). Nella nozione conservataci nella *Rhetorica*, invece, traspare il tentativo di considerare come realtà omogenee, nell'ambito di una categoria generale, le *sententiae* vere e proprie e i *decreta* dei magistrati (con riferimento non solo ai magistrati giudicanti ma anche ai consoli e ai tribuni). Si tratta, come ben si intende, di una definizione molto ampia di *iudicatum*, di cui non è certo facile comprendere la *ratio* e a proposito della quale da più tempo la storiografia ha ipotizzato letture differenti⁵¹.

⁵¹ Sulla nozione di *iudicatum* in Rhet. 2.13.19 si veda, ad esempio, VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* cit. 58, secondo cui «appare evidente che non ci si riferisce ai principi giuridici che attraverso la decisione si siano evidenziati, ma al dispositivo delle decisioni stesse. Il *iudicatum* può essere costituito sia da una sentenza sia da un *decretum* del magistrato, e viene citato senza alcun riferimento alla *ratio decidendi*».

Secondo ALBANESE, *Pactum e iudicatum in due testi retorici* cit. 19 s., «Al riguardo, potrebbe forse supporre, nel nostro testo, il persistere – come d'eco remota – di concezioni assai risalenti, allorché [...] la decisione della *legis actio sacramenti* (il *iudicare* sulla *iustitia sacramenti*) era divenuto compito dei magistrati supremi (*praetores – iudices – consules*), e poi del *praetor* creato nel 367 a. C., e poi ancora ai collegi magistratuali come quello dei *decemviri stlitibus iudicandis* o quello dei *tresviri capitales*. Insomma, l'eco di un tempo in cui vi erano magistrati titolari – oltre che, eventualmente, d'*imperium* – di *iurisdictio* (riassunta nei famosi *tria verba: do, dico, addico*) e anche di *iudicatio*».

Cfr., inoltre, MASIELLO, *Ideologia e diritto nel De inventione e nella Rhetorica ad Herennium* cit. 83, il quale dopo aver ricordato che «Il giudicato consiste nelle sentenze di uno o più giudici o nell'interposizione di decreti da parte di magistrati», chiarisce che «in quest'ultima ipotesi [...] deve trattarsi di decreti che negano un'azione civile facendo così arrestare il procedimento giudiziario nella fase preliminare del processo. Sebbene in modo atecnico, quindi, il decreto di *denegatio actionis* è assimilato alla sentenza definitiva». Secondo l'autore, inoltre, il riferimento ai consoli e ai tribuni della plebe potrebbe riguardare una loro attività decretale in materia di volontaria giurisdizione.

Cfr. pure SALOMONE, *Iudicati velut obligatio* cit. 171 e M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2011², 35, secondo cui nella testimonianza della *Rhetorica* vi è «una definizione di *iudicatum* nella quale il *decretum* magistratuale e la *sententia* del giudice spiccano come fondamentali elementi costitutivi [...] In questa ottica, il termine *iudicatum* indica il processo complessivamente inteso che trova una definizione. Temporalmente il *iudicatum* coincide con

In conclusione, con particolare riferimento alla valenza delle sentenze, risulta interessante sottolineare che mentre nella *Rhetorica ad Herennium* le *res iudicatae* hanno rilevanza di *exempla*, richiamandosi l'attenzione soprattutto sulla notevole variabilità delle stesse; nel *De inventione*, invece, è evidenziata l'importanza del *iudicatum* consolidatosi a livello consuetudinario.

A quest'ultimo riguardo, infatti, è stato opportunamente affermato che «dalla definizione delle fonti del diritto data da Cicerone noi ricaviamo l'idea di un ordinamento in cui il fenomeno giuridico è guidato dalla prassi, che è interprete dei *mores*, dell'ordinamento giuridico originario, e che acquista certezza e giuridicità attraverso la *vetustas*. La consuetudine, sotto questo angolo di visuale, altro non è che l'interpretazione consolidatasi attraverso il tempo, e quindi anche la serie di giudicati conformi»⁵².

Da questo punto di vista, dunque, il ripetersi di sentenze conformi risulterebbe essere un fattore rilevante che, con molta probabilità, può contribuire al consolidamento di principi ed interpretazioni da seguire nell'ambito di soluzioni giuridiche controverse.

In tale prospettiva, dunque, sarebbe possibile ravvisare i prodomi di un fenomeno volto a riconoscere una particolare valenza alle *res iudicatae* che sarà più chiaro nel tardo principato, nell'ambito del quale, all'interno di un contesto differente, secondo una testimonianza del giurista Callistrato, l'imperatore Settimio Severo riconoscerà il valore di forza di legge proprio all'*auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum*⁵³.

la sentenza, ma logicamente comprende tutti gli atti che l'hanno preparata». Secondo l'autore, inoltre, il riferimento ai provvedimenti dei consoli e dei tribuni della plebe riguarderebbe il campo penale.

⁵² VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* cit. 66.

⁵³ Cfr. D. 1.3.38 Call. 1 *quaest.*: *Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.*

Ai fini di una migliore comprensione del valore delle sentenze nell'età repubblicana, occorre infine ricordare un'ulteriore testimonianza di Cicerone, anch'essa molto nota, nella quale le *res iudicatae* sono elencate tra gli elementi che compongono il *ius civile*:

Cic. *Top.* 5.28: *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum, aliae divisionum; partitionum, cum res ea, quae proposita est, quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse, quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat [...]*⁵⁴.

Cicerone, dopo aver ricordato che le definizioni possono essere *partitiones* o *divisiones*, chiarisce che si tratta di 'partizioni' quando il concetto da definire viene scisso come in membra.

A differenza, infatti, dell'idea di *divisio*, che postula la riconducibilità di diverse *species* ad un *genus* comune, quella di *partitio* è rivolta all'individuazione delle singole parti di un tutto unitario⁵⁵.

⁵⁴ Sul testo si veda, con l'indicazione dell'ulteriore bibliografia, P. COLLI-NET, *Le Rôle des juges dans la formation du Droit romain classique*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 1, Paris 1934, 28; G. CRIFÒ, *Attività normativa del senato in età repubblicana*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 71 (1968) 80 ss.; KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht* cit. 44; VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* cit. 59 ss.; ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris* cit. 74 ss.; VINCENTI, *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale* cit. 581 s.; A. SCHIAVONE, *Immagini del ius in Gaio e Pomponio*, in MILAZZO (a cura di), *Ius controversum e auctoritas principis* cit. 121; *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 69 (2003) 35 s.; SALOMONE, *Iudicati velut obligatio* cit. 175 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Nullum crimen sine lege* cit. 108 ss.; VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano* cit. 23 ss.; P.L. CARUCCI, *Senato e diritto. Alcuni spunti testuali*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 79 (2013) 245 ss., ivi ulteriore bibliografia. Cfr., inoltre, STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano* cit. 73 s.; LUCHETTI, *Il valore del precedente giurisprudenziale* cit. 524 s.; PALMA, *Il luogo delle regole* cit. 58 s.; GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto* cit. 352.

⁵⁵ Sulle problematiche riguardanti la distinzione fra *definitiones divisionum*

A questo proposito l'oratore riporta l'esempio delle parti che compongono il *ius civile*: le *leges*, i *senatus consulta*, l'*auctoritas iuris peritorum*, gli *edicta magistratuum*, il *mos* e l'*aequitas*.

Va avvertito, tuttavia, che la testimonianza non mira ad indicare un elenco delle fonti del diritto nell'accezione tecnica di fonti normative vincolanti, che invece troviamo nel catalogo di Gaio⁵⁶, ma gli elementi indicati da Cicerone «come 'parti' del *ius civile*, devono essere considerati nell'ambito di un insieme unitario, nel senso che l'ordinamento giuridico concreto risulta non dalla loro 'somma', ma dal rapporto di interconnessione fra esse, e che quindi ciascuna 'parte' si configura nel rapporto con le altre»⁵⁷.

In conclusione, alla luce dei testi fin qui esaminati, sono emersi alcuni dati significativi sul valore delle sentenze. In primo luogo, le *res iudicatae*, pur non avendo valore vincolante, vengono utilizzate come *exempla* al fine di potere influenzare le decisioni dei futuri giudici. Non a caso, nelle testimonianze retoriche pervenuteci, notevole è l'attenzione prestata alle tecniche di citazione delle *res iudicatae*: significativi in tal senso sono i testi della *Rhetorica ad Herennium* (2.13.19-20; 2.29.46), di Cicerone (*De orat.* 2.27.116) e di Quintiliano (*Inst. orat.* 5.2.1-2).

Da un altro punto di vista, è risultato anche di interesse il

e *partitionum* nei *Topica* di Cicerone si veda, con l'indicazione della principale bibliografia, D. NÖRR, *Divisio und Partitio*, Berlin 1972, 35 ss.; M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano* (Roma, 14-17 aprile 1973), *Colloquio italo-francese*, 2, Roma 1977, 133 ss., il quale a questo proposito avverte che, in *Cic. Top.* 5.28, la distinzione è introdotta 'con una formulazione che può dar luogo anche a taluni fraintendimenti' (*op. ult. cit.* 135). Cfr., inoltre, VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano* cit. 23 ss.

⁵⁶ Cfr. il notissimo elenco dei *iura populi Romani* in Gai. 1.2: *Constant auctem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*.

⁵⁷ Le parole fra virgolette sono di VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano* cit. 25.

rapporto tra le *res iudicatae* e la consuetudine, dal momento che, mentre la singola decisione giudiziale non produce alcuna modifica al *ius civile*, più sentenze conformi sono da considerarsi fra le componenti del *ius civile*, qualora la loro rilevanza sia confermata a livello consuetudinario, secondo quanto sottolineato da Cicerone nel *De inventione* (2.22.65-68; 2.54.162).

Infine, abbiamo ricordato come lo stesso Cicerone menzioni le *res iudicatae* tra gli elementi che compongono il *ius civile* nella nota partizione contenuta nei *Topica* (5.28).

4. *Brevi osservazioni sul rapporto tra il responsum ed il iudicatum*

Dopo aver verificato il valore delle sentenze in alcune testimonianze retoriche, è opportuno adesso, al fine di sottolineare meglio determinati aspetti del ruolo del *iudex*, fare qualche breve riflessione sul rapporto tra l'attività rispondente del giurista e quella del *iudex* stesso.

Come è ben noto, il *responsum* è il parere che risolve, sotto il profilo tecnico, un quesito giuridico e mira ad orientare i comportamenti dei privati, l'attività di *iurisdictio* del magistrato e quella di *iudicare* dei giudici⁵⁸.

⁵⁸ Sullo stretto rapporto tra il *respondere* e il *iudicare*, oltre a M. BRE-TONE, *Storia del diritto romano*, Roma – Bari 2008¹², 161 ss., si veda, ad esempio, S. TONDO, *Aspetti del principato e dell'ordinamento in Roma*, Milano 1991, 211 ss.; G. NEGRI, *Giudici e «responsa prudentium»*, in F. MILAZZO (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del convegno internazionale di diritto romano e del III Premio romanistico «G. Boulvert»*, Copanello 5-8 giugno 1996, Napoli 1999, 409 ss.

Con riguardo alla figura del *iudex* occorre ricordare che non sempre egli proveniva da classi elevate ed aveva una specifica competenza giuridica; sull'argomento si veda, con l'indicazione della principale bibliografia, L. GAGLIARDI, *La figura del giudice privato del processo civile romano. Per un'analisi storico-sociologica sulla base delle fonti letterarie (da Plauto a Macrobio)*, in E. CANTA-

Con specifico riferimento a quest'ultimo profilo, va ricordato che il caso risolto dai giuristi non è deciso come caso reale, ma rappresenta piuttosto un'indicazione di una *ratio decidendi*, di cui il giudice, appunto, è tendenzialmente il destinatario.

Sull'argomento, di recente, Patrizia Giunti ha ribadito che «Il giurista sa che il suo *responsum* non è una elaborazione concettuale destinata per natura al dibattito dell'accademia, al circuito delle idee, ma sa che è uno schema teorico inteso a risol-

RELLA, L. GAGLIARDI (a cura di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano 2007, 199 ss.

Un caso riguardante un giudice scarsamente competente di diritto è il noto episodio riportato da Aulo Gellio *N. A.* 14.2.1-25; su cui si veda, in particolare, V. GIUFFRÈ, «*Necessitas probandi*». *Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli 1984, 135 ss.; J. ZABŁOCKI, *Appunti sull'officium iudicis nelle Noctes Atticae*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, 2, Varsavia 2000, 1115 ss.; PULIATTI, *Alla ricerca della verità* cit. 57 s.; MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'* cit. 497 ss.; MASI DORIA, *Linee per una storia della 'veritas'* cit. 39 s.; FIORI, *La gerarchia come criterio di verità* cit. 169 ss.; A. PALMA, *Note sull'autonomia e discrezionalità del giudicante: non liquet e denegatio actionis*, in *KOINΩNIA* 39 (2015) 562 ss. ora in *Il luogo delle regole* cit. 101 ss.

Un esempio, invece, di giudice con una salda preparazione giuridica è quello concernente Aquilio Gallo, di cui fa menzione Valerio Massimo (8.2.2): *Notum suis temporibus iudicium commemoravi, sed ne quod relatu<rus> quidem sum oblitteratum silentio. C. Visellius Varro gravi morbo correptus trecenta milia nummum ab Otacilia Lateransis, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut, si decessisset, ab heredibus eam sumamm peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. Evasit deinde ex illa tempestate adversus vota Otaciliae. Quae offensa, quod spem praedae suae morte non maturasset, ex amica obsequenti subito destrictam feneratricem agere coepit, nummos petendo, quos ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat. De qua re Aquilius vir magnae auctoritatis et scientia iuris civilis excellens iudex adductus adhibitis in consilium principibus civitatis prudentia et religione sua mulierem reppulit. Quod si eadem formula Varro et damnari et <ab> adversaria absolvi potuisset, eius quoque non dubito quin turpem et inconcessum errorem libenter castigaturus fuerit: nunc privatae actionis calumniam ipse conpescuit, adulterii crimen publicae quaestioni vindicandum reliquit.*

Sul passo, di recente, cfr. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano* cit. 66 s.; PALMA, *Il luogo delle regole* cit. 47 ss.

vere una singola, specifica controversia e che proprio in vista di questo scopo richiede l'accoglimento da parte del *iudex*. Il responso deve essere recepito dal giudice perché la sua destinazione essenziale è la lite tra privati e di questa lite dovrà costruire la soluzione: e potrà farlo soltanto attraverso la sentenza che lo accolga a preferenza dell'eventuale diverso responso dell'avversario»⁵⁹.

In particolare, a proposito del rapporto tra giudici e giuristi, il discorso deve tener conto, da un lato, del ruolo dei primi nel riconoscere validità agli orientamenti giurisprudenziali e, dall'altro, se ed eventualmente in che misura possano le sentenze aver influenzato l'attività dei giureconsulti.

Prima di affrontare, seppur in estrema sintesi, tale tematica, va evidenziato che mentre sono numerose le testimonianze dalle quali risulta in modo lineare lo strettissimo rapporto tra i giuristi e l'attività creativa dei pretori, purtroppo, con riferimento alle relazioni tra i giudici ed i giuristi, è possibile tentare di cogliere alcuni aspetti salienti solo indirettamente alla luce di testi spesso molto noti e già esaminati dagli studiosi sotto altri profili.

A tal proposito, una prima testimonianza riguardante l'importanza della prassi giudiziaria è un noto passo tratto dal *liber singularis enchiridii* di Pomponio:

D. 1.2.2.5 Pomp. *lib. sing. ench.*: His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile⁶⁰.

⁵⁹ P. GIUNTI, *Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in MAROTTA, STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi* cit. 229.

⁶⁰ Sul passo si veda, con l'indicazione della principale bibliografia, KASER,

Nel testo si afferma che, una volta emanate queste leggi (cioè le XII Tavole), diventò necessaria la *disputatio fori*⁶¹, mentre l'*interpretatio* richiedeva l'intervento di esperti.

Nel passo, inoltre, si ricorda che questa *disputatio* e questo diritto, che è formulato in modo non scritto dai giuristi, sono designati con la denominazione di *ius civile*.

Appare chiaro, dunque, l'intreccio fra la *disputatio fori* e l'*interpretatio prudentium* nel dare vita al *ius civile*.

Per quanto concerne più nello specifico la *disputatio fori* si può ritenere che indirettamente anche i giudicati da essa scaturiti rappresentano un fattore che in qualche modo possa concorrere alla formazione del *ius civile*⁶².

Da questo punto di vista, infatti, va evidenziato come la di-

Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht cit. 57 nt. 51; VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico* cit. 62; VINCENTI, *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano* cit. 572 s.; BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo ius controversum all'autorità del principe)* cit. 420 e nt. 29; STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano* cit. 28 ss.

⁶¹ Sul termine *disputatio* cfr. DIRKSEN, sv. *Disputatio*, in *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum* cit. 293 s., dove, dopo il primo significato di *tractatio*, *dissertatio*, viene riportato quello di *controversia*, *lis*.

Sulla *disputatio fori* si veda S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, 2, Milano 1993, 409 ss.

Si veda, inoltre, BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo ius controversum all'autorità del principe)* cit. 421 nt. 30, il quale, dopo aver ricordato che nella terminologia giuridica il termine *disputatio* è un perfetto sinonimo di *controversia*, evidenzia che «Ciascuna di queste due parole non si limita a designare la lite tra due parti, ma indica il contrasto che è immanente nel processo (e può anche comporsi indipendentemente da un *iudicium*, ma resta contrasto di interessi, di posizioni). Così anche il sintagma *res controversa*. In realtà, il diritto giurisprudenziale può essere pensato come una complessa trama di *res controversae*».

Di recente si veda L. KOFANOV, *Il ruolo dei responsa dei giuristi nella disputatio forensis*, in VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza* cit. 73 ss., in particolare 76 s.

⁶² In questo senso ad esempio VINCENTI, *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano* cit. 573.

sputatio fori costituisca in un certo senso la ‘sede e la fonte dello *ius controversum*’⁶³.

Con riferimento al nesso tra il *responsum* ed il *iudicatum*, di interesse risulta anche quanto affermato da Cicerone in un testo della sua orazione in favore di Aulo Cecina:

Cic. *Pro Caec.* 24.68: Nam hoc qui disputant, si id dicunt non recte aliquid statuere eos qui consulantur, non hoc debent dicere iuris consultis sed hominibus stultis obtemperari non oportere. Sin illos recte respondere concedunt et aliter iudicari dicunt oportere, male iudicari oportere dicunt. Neque enim fieri potest, ut aliud iudicari de iure, aliud responderi oporteat, nec ut quisquam iuris numeretur peritus qui id statuatur esse ius quod non oporteat iudicari⁶⁴.

L’oratore dichiara di essere sorpreso del fatto che talvolta può accadere che la difesa di una delle parti non si fonda sugli orientamenti espressi dai giuristi. Si ha infatti un verdetto ingiusto, nel caso in cui si ammetta che i responsi giurisprudenziali sono conformi a giustizia e, però, si sostenga l’opportunità di emettere una sentenza in contrasto con gli stessi.

A questo proposito, pertanto, Cicerone ricorda che non deve verificarsi che la sentenza si discosti dal responso del giurista e neppure che venga considerato tra i giurisperiti chi enunci un principio di diritto al quale poi non si uniformi la decisione del giudice (*Neque enim fieri potest, ut aliud iudicari de iure, aliud responderi oporteat, nec ut quisquam iuris numeretur peritus qui id statuatur esse ius quod non oporteat iudicari*).

Sul rapporto fra l’attività respondente e la prassi giudiziaria significativo risulta essere anche un altro testo di Cicerone, tratto dal *De oratore*:

⁶³ BRUTTI, *L’indipendenza dei giuristi (dallo ius controversum all’autorità del principe)* cit. 421.

⁶⁴ Sul testo ultimamente cfr. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano* cit. 30 s.

Cic. *De orat.* 1.57.241: Ac tamen quae causae sunt eiusmodi, ut de earum iure dubium esse non possit, omnino in iudicium vocari non solent. Num quis eo testamento, quod pater familias ante fecit quam ei filius natus est, hereditatem petit? Nemo; quia constat agnascendo rumpi testamentum. Ergo in hoc genere iuris iudicia nulla sunt. Licet igitur impune oratori omnem hanc partem iuris in controversiis ignorare, quae pars sine dubio multo maxima est. 242. In eo autem iure quod ambigitur inter peritissimos, non est difficile oratori eius partis, quamcumque defendet, auctorem aliquem invenire; a quo cum amentatas hastas acceperit, ipse eas oratoris lacertis viribusque torquet [...]⁶⁵.

Cicerone avverte che le cause portate in giudizio devono riguardare questioni incerte sotto il profilo del diritto, dal momento che non ha senso instaurare un giudizio nel caso di principi consolidati del *ius civile*.

A titolo di esempio, difatti, l'Arpinate sottolinea che è certamente inammissibile la richiesta di un'eredità sulla base di un testamento redatto da un *pater familias* prima della nascita di un figlio, dal momento che su un caso del genere non può sorgere una controversia, essendo indiscutibile il principio secondo cui la validità di un testamento viene meno se successivamente nasce un figlio.

Per quanto riguarda, invece, le questioni che sono oggetto di discussione da parte dei giurisperiti (*in eo autem iure quod ambigitur inter peritissimos*) non deve essere difficile per l'oratore – avverte ancora Cicerone – reperire il parere di qualche autorevole giurista a sostegno della parte difesa, in modo da utilizzare gli argomenti decisivi contro l'avversario, come dei giavellotti lanciati con il braccio dell'oratore (*a quo cum amentatas hastas acceperit, ipse eas oratoris lacertis viribusque torquet*).

⁶⁵ Sul passo di recente cfr. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano* cit. 32.

Molto importante, dunque, risulta il ruolo giocato dai giuristi nell'assistere con il loro parere tecnico i patroni dei litiganti affinché siano in grado di affrontare la causa nel modo più persuasivo possibile.

Con cautela si può supporre che tale assidua collaborazione vada giustificata anche alla luce della volontà degli stessi giuristi di ottenere che proprio nella *disputatio fori* l'orientamento da loro proposto prevalga su altri e ciò a conferma dell'idea che l'accoglimento da parte del giudice di una delle opinioni prospettate possa dare maggiore autorevolezza e credibilità al giurista stesso, confermandolo come soggetto idoneo a porsi come guida all'interno della società e come colui che concorre significativamente alla formazione del *ius civile*.

Questo discorso, di cui abbiamo tracciato solo alcune linee di sintesi, si inserisce nelle pieghe del complesso rapporto – per alcuni profili di reciproca influenza – fra giudici e giuristi, nell'ambito del quale si può ipotizzare che «gli esiti delle controversie giudiziarie potessero indurre i giuristi ad accettare l'opinione vittoriosa, che il *consensus* degli stessi *prudentes* avrebbe dovuto rendere indiscutibile, almeno presso i giudici dei casi futuri»⁶⁶.

In particolare, la fase conclusiva della controversia risulta per certi aspetti il momento della 'verifica' del parere giurisprudenziale che, nel contrasto fra le posizioni sostenute dai difensori dei litiganti, concretizzandosi nella decisione giudiziale, assume forza vincolante per le parti, oltre che rilievo per i giudici successivi e per gli stessi giuristi, attenti agli esiti dei giudizi.

Da questo punto di vista, dunque, appare evidente come sia significativo il ruolo del giudice, dal momento che la sua pronunzia può costituire motivo di ulteriori riflessioni eventualmente anche critiche da parte dei giuristi, favorendo così il *ius controversum* oppure, nell'ipotesi di giudicati conformi e co-

⁶⁶ Così VINCENTI, *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano* cit. 575.

stanti, può contribuire all'affermarsi di un determinato orientamento dando vita al cd. *ius receptum*⁶⁷.

In conclusione, proprio in tale prospettiva è possibile con cautela parlare di un particolare valore solo indirettamente 'normativo'⁶⁸ delle sentenze, che vanno intese, tuttavia, non nel senso di fonti tecniche di produzioni del diritto né di precedenti giudiziali vincolanti per i futuri giudici, ma quali mezzi di prova o *exempla* che, se rafforzati nella loro ripetitività, possono innescare quel peculiare meccanismo volto a consolidare principi ed interpretazioni da seguire nelle soluzioni di casi controversi.

5. *Il giudice nel nuovo assetto del principato ed il ruolo dei decreta principis*

Con riferimento alle caratteristiche dell'attività del giudice ed al valore delle sentenze nell'età del principato è appena il

⁶⁷ Sul punto si veda BONA, *La certezza del diritto* cit. 146, secondo il quale: «Il ripetersi di giudicati conformi, espressioni di consenso, era esso stesso veicolo di consenso per l'una o per l'altra delle opinioni giurisprudenziali concorrenti, non all'interno di un generico ambiente sociale, ma all'interno di quegli ambienti – di oratori e giudici – che contribuivano a 'fare' l'opinione pubblica».

Sui principali aspetti riguardanti il *ius receptum* cfr. in particolare GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* cit. 25 ss.; *La recezione 'moribus' nell'esperienza romana: una prospettiva perduta da recuperare*, in *Iura* 55 (2004-2005) 5 ss.

⁶⁸ Sulle problematiche concernenti il valore normativo della sentenza si veda, per una prima indicazione, PROVERA, *Il valore normativo della sentenza* cit. 1 ss.

Di 'effetto normativo' della sentenza, tuttavia, si è soliti parlare anche in un altro significato: sul punto cfr. il fondamentale lavoro di M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza. Corso di diritto romano*, Palermo 1965², 1 ss., il quale ricorda che con questa espressione si fa riferimento a «quel particolare effetto che l'ordinamento giuridico può attribuire alla sentenza (*rectius*: all'accertamento contenuto nella sentenza), consistente nel fissare in modo vincolante per l'avvenire l'apprezzamento del rapporto già litigioso giusta quanto fu deciso. Pertanto, una volta che alla sentenza siano conferiti effetti normativi, il nuovo giudice dovrà prendere in considerazione l'esito della precedente lite, restandogli inibita la possibilità di decidere in maniera difforme [...]» (*op. ult. cit.* 11 s.).

caso di avvertire che il discorso si presenta differente rispetto a quanto verificato per l'età repubblicana, poiché, come è noto, cambia l'assetto di governo che ruota intorno alla figura del principe.

Una prima novità è costituita dall'introduzione del *ius publice respondendi*, che certamente conferma lo stretto legame fra l'attività interpretativa dei giuristi e quella dei giudici, anche se vincola questi ultimi ad accogliere, ai fini della soluzione delle controversie, soltanto i responsi muniti di tale riconoscimento⁶⁹.

A tal proposito, ben si può immaginare il peso esercitato da un parere del giurista munito di *ius respondendi ex auctoritate principis*, dal momento che l'*auctoritas* del principe, convalidando il *responsum* del giurista prescelto, non può non influenzare la decisione del giudicante.

Va ricordato, però, che, a seguito del rescritto di Adriano⁷⁰, l'obbligo di attenersi ai *responsa signata* è previsto solo nel caso in cui siano concordi e, pertanto, risulta chiaro che la discrezionalità del giudice può essere esercitata soltanto qualora siano prodotti in giudizio responsi contrastanti, ugualmente accreditati; senza dunque la possibilità di estendersi eventualmente an-

⁶⁹ Sull'argomento cfr. D. 1.2.2.49 Pompon. *lib. sing. ench.*: *Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti pro beneficio coepit. Et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret, respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet; Gai. 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.**

Su queste note testimonianze si veda, di recente, PALMA, *Il luogo delle regole* cit. 66 ss., ivi ampi riferimenti bibliografici.

⁷⁰ Cfr. la nota precedente.

che ad ulteriori pareri di giuristi privi del *ius publice respondendi*.

Un altro rilevante elemento di novità è rappresentato dal progressivo affiancarsi, accanto alla procedura ordinaria, del nuovo sistema processuale della cd. *cognitio extra ordinem*.

Con specifico riferimento a questa procedura straordinaria, va ricordato che è molto difficile poter fare un discorso unitario a causa della mancanza in tale sistema di una certa sistematicità, per un duplice ordine di motivi. In primo luogo, non esiste una *cognitio* ma tante *cognitiones*, quanti sono i rapporti tutelati, con propri organi e regole procedurali: basti ricordare le giurisdizioni speciali (ad esempio in tema di alimenti, fedecomessi e tutela), la cui cognizione è affidata a magistrati, il processo provinciale dinanzi ai governatori delle stesse province e quello del tribunale del principe e degli altri suoi funzionari⁷¹.

⁷¹ Sulle problematiche riguardanti la *cognitio extra ordinem* si veda, con l'indicazione della principale bibliografia, M. LEMOSSE, *Cognitio. Étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique*, Paris 1944, 5 ss.; G. PUGLIESE, sv. *Cognitio*, in *Novissimo digesto italiano* 3 (1957) 430 ss., in particolare 434 s., G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, 1, Bologna 1965, 1 ss.; E. BETTI, sv. *Processo civile (diritto romano)*, in *Novissimo digesto italiano* 13 (1966) 1099 ss.; R. ORESTANO, *La 'cognitio extra ordinem': una chimera*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 46 (1980) 236 ss.; G. NICOSIA, sv. *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile* 9 (1993⁴) 120 ss., specialmente 126 s.

Con riferimento ad alcuni aspetti della realtà provinciale si veda, in particolare, F. AMARELLI, *Il conventus come forma di partecipazione alle attività giudiziarie nelle città del mondo provinciale romano*, in F. AMARELLI (a cura di), *Politica e partecipazione nelle città dell'impero romano*, Roma 2005, 1 ss.; V. MAROTTA, *Conflitti politici e governo provinciale*, ivi, 121 ss.; G. D. MEROLA, *Per la storia del processo provinciale romano. I papiri del Medio Eufrate*, Napoli 2012, 45 ss.

Sul processo straordinario, da ultimo, si veda, con ampia indicazione dell'ulteriore letteratura, A. GUASCO, *Gli atti introduttivi del processo civile nelle cognitiones extra ordinem*, Torino 2017, XIII ss.

Con specifico riguardo al processo criminale, si veda, recentemente, S. GIGLIO, *Il problema dell'iniziativa nella «cognitio» criminale. Normative e prassi da Augusto a Diocleziano*, Torino 2009², 1 ss. e dello stesso autore, *Aspetti della*

Inoltre, bisogna tener presente che la *cognitio extra ordinem*, a differenza del processo *per formulas*, è un tipo di procedura che, per certi aspetti, si assesta perfezionandosi giorno dopo giorno alla luce soprattutto della prassi e degli interventi imperiali e, pertanto, durante l'epoca del principato differenti sono le caratteristiche del processo straordinario appena introdotto nell'età augustea in confronto a quello che tende ad affermarsi nel secondo secolo d.C. e ancor di più rispetto alla *cognitio* dell'età dei Severi.

Pur nella complessità del sistema appena descritto, tralasciando le prime forme del processo straordinario delle quali invero è molto difficile tracciare le linee fondamentali, risulta forse più opportuno in questa sede richiamare soprattutto qualche profilo che caratterizza la *cognitio* del secondo secolo d.C., al fine anche di comprendere meglio alcune decisive novità introdotte nell'età dei Severi, delle quali mi occuperò nei successivi capitoli.

Per quanto riguarda più nello specifico il valore delle sentenze emesse nella *cognitio extra ordinem*, è necessaria un'ulteriore riflessione preliminare: è appena il caso di avvertire, infatti, che bisogna tenere distinte le sentenze emanate dai funzionari imperiali rispetto a quelle dell'imperatore, dal momento che l'aspetto più innovativo riguarda proprio queste ultime.

Mentre le prime hanno una mera efficacia persuasiva nei confronti del medesimo funzionario o di altri funzionari che in seguito sono chiamati a giudicare casi simili, le sentenze che emanano dall'autorità imperiale tendono con il tempo ad acquistare efficacia vincolante nei confronti dei funzionari giudicanti che – a differenza dei giudici privati – sono subordinati al sovrano all'interno di un'organizzazione gerarchica e piramidale⁷².

procedura penale nel tardo impero romano, Torino 2017, 1 ss., ivi principale letteratura.

⁷² Sulla differente posizione del giudice privato nel processo formulare e del giudice burocrate nella *cognitio extra ordinem* si veda, in particolare, G. POLARA,

Fatte queste premesse, occupiamoci, seppure in sintesi, di alcuni aspetti delle decisioni giudiziali dell'imperatore.

Con il termine *decreta principis*, come è noto, si indicano le sentenze emanate dall'imperatore nell'ambito della sua attività giurisdizionale sia in primo grado che in appello nel processo civile come in quello penale⁷³.

Con specifico riferimento a tali *decreta* va ricordato che in origine essi valevano per il singolo caso per il quale erano stati previsti e pertanto non potevano essere applicati *ad exemplum*. Tuttavia, a partire dall'età antoniniana le soluzioni enunciate dall'imperatore, poiché fondate sull'autorevolezza del principe, tendono ad essere applicate anche ai casi analoghi.

A tal proposito, una testimonianza dalla quale è opportuno prendere le mosse è un noto testo tratto dall'epistolario del rettore Marco Cornelio Frontone, maestro di Marco Aurelio e Lucio Vero:

Front. *Ep. ad Marcum Caes.* 1.6 M. AURELIUS CAESAR SAL. D. FRONTONI MAG. SUO: [...] 2. «In iis rebus et causis quae a privatis iudicibus iudicantur, nullum inest periculum, quia sententiae eorum intra causarum demum terminos valent; tuis autem decretis, imp., exempla publice valitura in perpetuum sanciantur. Tanto maior vis et potestas quam fatis adtributa est: fata quid singulis nostrum eveniat statuunt; tu, ubi quid in singulos decernis, ibi universos exemplo adstringis. 3. Quare si hoc decretum tibi placuerit, formam dederis omnibus omnium provinciarum magi-

Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali: "iuravi mihi non liquere", in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano 2004, 333 ss., 355 ss.; PALMA, *Il luogo delle regole* cit. 95 ss.

⁷³ Sull'argomento, con l'indicazione della principale letteratura, si veda, ad esempio, V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988, 34 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, V. MAROTTA, *La legislazione imperiale. Forme e orientamenti*, in A. SCHIAVONE (dir.) *Storia di Roma*, 2.3, Torino 1992, 85 ss., 111 ss.; 127 ss. e, di recente, M. RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milano 2012, 15 ss., ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

stratibus, quid in eius modi causis decernant. Quid igitur eveniet? Illud scilicet, ut testamenta omnia ex longinquis transmarinisque provinciis Romam ad cognitionem tuam deferantur [...]»⁷⁴.

Il frammento riporta l'orazione *de testamentis transmarinis* pronunciata da Frontone all'epoca di Antonino Pio e trascritta da Marco Aurelio in una lettera inviata allo stesso retore⁷⁵.

In particolare, l'episodio che ha suscitato l'interesse di Frontone riguarda il caso di un proconsole il quale, essendo sorta una controversia relativa ad un'eredità contesa, non ha risolto la questione procedendo all'apertura del testamento ma ha ritenuto opportuno rinviare ogni decisione all'imperatore Antonino Pio.

Con riferimento, dunque, alla sentenza che il principe deve emanare in merito alla vicenda, Frontone richiama l'attenzione sull'importanza dei *decreta* imperiali⁷⁶: egli, infatti, afferma in

⁷⁴ Sul testo si veda, per un primo riferimento, VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico* cit. 124 s.; VOCI, *Manuale di diritto romano*, 1, cit. 140 nt. 30; MAROTTA, *Multa de iure sanxit* cit. 35 nt. 122, 226 s. nt. 58; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi. Un seminario sugli inizi dell'attività normativa imperiale*, Napoli 1992, 73 s.; M. A. LEVI, *Ricerche su Frontone*, in *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche. Memorie. Serie 9*, vol. 4.4 (1994) 242 ss.; VINCENTI, *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana* cit. 13 nt. 27; *I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche* cit. 15 s.; BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo ius controversum all'autorità del principe)* cit. 457 s.; SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto* cit. 323 s.; F. TAMBURI, *I decreta Frontiana di Aristone*, in *Studi in onore di Remo Martini*, Milano 2009, 726 nt. 34; A. TRIGGIANO, *'Nascita' dell'azione e problemi di tutela processuale: diritto romano e tradizione romanistica*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*, 1, Padova 2011, 414 nt. 55; BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma* cit. 30 nt. 62, 60 nt. 117; RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit* cit. 42 ss. nt. 86, ivi ulteriore bibliografia.

⁷⁵ Sul punto si veda LEVI, *Ricerche su Frontone* cit. 243, il quale evidenzia che «con questo frammento abbiamo l'unica testimonianza per noi disponibile dell'opera oratoria di Frontone nella forma testuale in cui era stata scritta e fatta circolare».

⁷⁶ Il fatto che la vicenda trattata da Frontone riguardi un caso sottoposto

modo chiaro che tali *decreta* sanciscono esempi destinati a valere pubblicamente e in perpetuo (*decretis, imp., exempla publice valitura in perpetuum sancuntur*), a differenza delle sentenze dei giudici privati che valgono soltanto nei limiti della causa da essi esaminata (*quia sententiae eorum intra causarum demum terminos valent*).

Frontone, inoltre, continua il suo discorso, con una certa enfasi, evidenziando la particolare posizione dell'imperatore dotato di *vis* e *potestas* addirittura più del 'fato' poiché, a differenza di quest'ultimo che stabilisce ciò che può accadere ai singoli, la decisione imperiale riguardante un individuo vincola da quel momento tutti con l'esempio (*ubi quid in singulos decernis, ibi universos exemplo adstringis*).

Il retore, infine, ribadisce che l'imperatore, qualora abbia approvato la decisione del proconsole, darà a ogni magistrato di tutte le province la norma da seguire nelle cause dello stesso genere (*formam dederis omnibus omnium provinciarum magistratibus, quid in eius modi causis decernant*).

A tal proposito, però, sono sottolineati i pericoli derivanti dal considerare una singola decisione come vincolante per tutti i casi simili poiché con riferimento alla vicenda trattata – avverte l'oratore – tutti i testamenti delle province più lontane verrebbero deferiti dinanzi al tribunale imperiale (*ut testamenta omnia ex longinquis transmarinisque provinciis Romam ad cognitionem tuam deferantur*)⁷⁷.

alla *cognitio* del principe potrebbe far ritenere che l'uso dei termini *decreta* e *decernere* sia utilizzato in senso tecnico di sentenza imperiale. Vi è, tuttavia, chi ha ipotizzato che non sia possibile escludere che Frontone facesse riferimento ad altre tipologie di costituzioni imperiali aventi efficacia esemplare: così ad esempio SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto* cit. 323 s., il quale sembra piuttosto pensare all'«ambiguo strumento del rescritto». Sul punto di recente si veda RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit* cit. 43 s. nt. 86, con ulteriore letteratura.

⁷⁷ Su questo aspetto si veda LEVI, *Ricerche su Frontone* cit. 243, il quale ipotizza che la decisione di Antonino Pio riportata in D. 42.4.7 «potrebbe essere stata determinata proprio da Frontone con le argomentazioni della orazione che Marco Aurelio trascrive nella sua lettera».

Il testo, nonostante sia da valutare con la dovuta cautela non essendo una testimonianza giuridica, si presenta di notevole interesse perché dimostra che nel secondo secolo d.C. si avverte la profonda differenza tra il valore delle sentenze dei giudici nell'ambito del processo ordinario e quello dei *decreta* imperiali nella *cognitio extra ordinem*, dal momento che vi è la tendenza a riconoscere che le decisioni del principe sono munite di un prestigio che permette loro di essere applicate al di là del singolo caso.

A questo riguardo anche la terminologia utilizzata risulta alquanto significativa: con riferimento ai *decreta* imperiali si parla, infatti, di *exempla* che hanno una forza tale da valere pubblicamente e in perpetuo (*publice valitura in perpetuum sancuntur*), in modo da poter costringere tutti (*universos exemplo adstringis*) e addirittura offrire la norma da applicare ai casi simili (*formam dederis omnibus omnium provinciarum magistratibus, quid in eius modi causis decernant*).

Si tratta, dunque, di *exempla* che tendono ad acquistare un'efficacia vincolante per certi aspetti sospesa tra la forza 'legislativa'⁷⁸ e il valore soltanto esemplare⁷⁹.

Va avvertito, inoltre, che nel testo di Frontone se da un lato si esalta la valenza dei *decreta* del principe, dall'altro, però si evidenziano i rischi legati ad un'automatica loro applicazione ai casi analoghi.

D'altro canto, riflessioni simili possono aver indotto alcune volte gli stessi imperatori a specificare l'eventuale carattere eccezionale del proprio intervento, quando non si voleva che fosse esteso alle fattispecie dello stesso genere.

Sul punto, infatti, significativa risulta essere una testimo-

⁷⁸ In tal senso si veda, ad esempio, SPAGNUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi* cit. 74 «ma la forza 'legislativa' di decreti e rescritti si afferma per un identico sentiero: la loro idoneità a fungere da *exemplum*».

⁷⁹ Così M. SARGENTI, *Considerazioni sul potere normativo imperiale*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, Napoli 1984, ora in *Scritti di Manlio Sargenti (1947-2006)*, Napoli 2011, 1069 nt. 34, che qui si cita.

nianza di Plinio, concernente una sentenza emessa da Traiano in tema di adulterio⁸⁰:

Plin. *Ep.* 6.31.4-6: *Sequenti die audita est Gallitta adulterii rea. Nupta haec tribuno militum honores petituro et suam et mariti dignitatem centurionis amore maculaverat. Maritus legato consulari, ille Caesari scripserat. Caesar excussis probationibus centurionem exauctoravit atque etiam relegavit. Supererat crimini, quod nisi duorum esse non poterat, reliqua pars ultionis; sed maritum non sine aliqua reprehensione patientiae amor uxoris retardabat, quam quidam etiam post delatum adulterium domi habuerat, quasi contentus aemulum removisse. Admonitus, ut perageret accusationem, peregit invitus. Sed illam damnari etiam invito accusatore necesse erat: damnata et Iuliae legis poenis relicta est. Caesar et nomen centurionis et commemorationem disciplinae militaris sententiae adiecit, ne omnis eius modi causas revocare ad se videretur*⁸¹.

La vicenda riguarda l'adulterio commesso da una tale Gallitta, moglie di un tribuno militare aspirante agli *honores*, e un centurione.

⁸⁰ Va ricordato che nell'epistolario tra Plinio e Traiano in più circostanze si mette in risalto l'elemento autoritativo dell'*interpretatio* imperiale e la tendenza a ricorrere ad essa nei casi controversi. Cfr., ad esempio, Plin. *Ep.* 10.29: *Quid ergo debeam sequi, rogo, domine, scribas, praesertim cum pertineat ad exemplum*; 10.81: *Te domine, rogo, ut me in hoc praecipue genere cognitionis regere digneris, cum alioqui magna sit expectatio, ut necesse est in ae re, quae et in confesum venit et exemplis defenditur*; 10.112: [...] *quod in perpetuum mansurum est, a te constitui decet, cuius factis dictisque debetur aeternitas*.

⁸¹ Sul testo si veda, per una prima indicazione, MAROTTA, *Multa de iure sanxit* cit. 227 nt. 58; SPAGNUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi* cit. 75; V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli 1998⁴, 105 s.; F. ARCA-RIA, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiales in età classica*, Milano 2000, 219 ss., con ulteriore bibliografia alla nota 122; S. PULIATTI, *Del buon uso del vero. La discrezionalità del giudice tra retorica e diritto*, in *Athenaeum* 97 (2009) 406, il quale ricorda che l'episodio di Gallitta a proposito dei giudizi davanti al tribunale imperiale 'attesta l'intervento diretto del principe nella escussione delle prove'.

In particolare, il marito della donna ha scritto al legato consolare e questi, contrariamente alla prassi secondo cui deve giudicare personalmente, ha rimesso la cognizione del caso all'imperatore Traiano, il quale, dopo aver vagliato le prove, condanna, in base alla *lex Iulia de adulteriis*, la moglie e il suo amante, specificando però nella sentenza il richiamo alla disciplina militare affinché non siano portati innanzi al suo tribunale tutti i processi di tal genere (*commemorationem disciplinae militaris sententiae adiecit, ne omnis eius modi causas revocare ad se videretur*).

Grazie a tale menzione, dunque, l'imperatore giustifica l'eccezionalità del suo intervento, nella qualità di comandante dell'esercito, per giudicare un complesso caso di adulterio relativo, appunto, alla moglie di un militare.

In questo modo, con molta probabilità, Traiano vuole evitare che in futuro tutti i processi di adulterio siano rimessi alla sua cognizione (*ne omnis eius modi causas revocare ad se videretur*), contrariamente alle regole vigenti fino ad allora in tema di repressione dell'*adulterium*.

Ai fini dell'indagine che qui si sta conducendo, è opportuno avvertire che, in alcuni casi, è proprio l'imperatore a voler evidenziare che la soluzione data alla questione sottoposta alla *cognitio* imperiale debba valere anche per tutti i casi analoghi.

Sul punto estremamente interessante è un noto passo tratto dal quinto libro del *de cognitionibus* di Callistrato⁸² che riporta il testo del decreto emanato dall'imperatore Marco Aurelio in tema di divieto dell'autotutela:

D. 48.7.7 Call. 5 *de cognit.*: Creditores si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin si in rem debitoris sui intraverint id nullo concedente,

⁸² Sulle principali problematiche riguardanti il *de cognitionibus* di Callistrato di un certo interesse risulta ancora R. BONINI, *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*, 1, Milano 1964, 1 ss.

divus Marcus decrevit ius crediti eos non habere. Verba decreta haec sunt. 'Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari, tu petitor es'. Et cum Marcianus diceret: 'vim nullam feci': Caesar dixit: 'tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. Non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit'⁸³.

Nel testo, riprodotto con alcune modifiche anche in D. 4.2.13⁸⁴, Callistrato ricorda che i creditori devono agire nei confronti dei loro debitori ricorrendo al giudice competente e non impossessandosi dei beni del loro debitore, altrimenti l'imperatore Marco Aurelio ha decretato che essi perdano il diritto di credito (*Divus Marcus decrevit ius crediti eos non habere*).

A questo proposito, infatti, il giurista riporta il testo del provvedimento dell'imperatore pronunciato nei confronti di un tal Marciano, il quale, al fine di soddisfarsi di un proprio credito, si era impossessato di determinati beni del debitore, senza essersi rivolto al giudice.

D'altronde, avendo Marciano affermato che non vi era stata alcuna violenza ('*vim nullam feci*'), Marco Aurelio ha precisato che non deve considerarsi violenza solo il caso in cui *homines*

⁸³ Sul passo si veda ultimamente, con ampia indicazione della bibliografia, RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit* cit. 205 ss.

⁸⁴ D. 4.2.13 Call. 5 *de cognit.*: *Exstat enim decretum divi Marci in haec verba: 'Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. Cum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulneretur? Vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse: ius crediti non habebit'.*

vulnerentur, ma anche il comportamento di colui che faccia valere un proprio diritto senza ricorrere al giudice.

L'imperatore, inoltre, dopo aver precisato che non si addice alla *verecundia*, alla *dignitas* e alla *pietas* di Marciano fare qualcosa *non iure*, statuisce che perderà il diritto di credito chiunque possieda in modo temerario un bene del debitore senza che sia stato dato spontaneamente dal debitore stesso né sia stato attribuito dal giudice.

La testimonianza si presenta di notevole interesse per un triplice ordine di motivi.

In primo luogo, è estremamente significativo che Callistrato prima di riportare il testo del decreto abbia dato ampio risalto al contenuto dello stesso andando ad evidenziare il principio che è alla base della soluzione data dall'imperatore secondo cui i creditori devono agire nei confronti dei debitori tramite il ricorso ai giudici, altrimenti perdono la titolarità del diritto di credito.

In secondo luogo, il testo risulta di interesse per i riferimenti alla motivazione che sono alla base della decisione imperiale poiché l'imperatore sottolinea che questa condotta non si addice alla *dignitas*, alla *verecundia* e alla *pietas* di Marciano: in particolare si tratta di valori che risulterebbero violati nel momento in cui Marciano, invece di rivolgersi all'organo giudiziario, pone in atto forme di autotutela. Sotto questo profilo, tuttavia, tali criteri, pur essendo rilevanti per comprendere la decisione di Marco Aurelio, non costituirebbero una motivazione strettamente giuridica quanto piuttosto una valutazione 'extra-giuridica'.

Il terzo aspetto di rilievo – quello per noi più importante – concerne la parte finale del testo, dove l'imperatore in qualche maniera generalizza la decisione del caso singolo sancendo l'applicabilità della decisione anche per il futuro, poiché prescrive che chiunque possieda in modo temerario qualche cosa del debitore senza il ricorso ad alcun giudice *ius crediti non habebit*.

A questo proposito va sottolineato che si tratta di una decisione imperiale che travalica il singolo caso risultando di certo applicabile a tutte le fattispecie simili contribuendo in maniera significativa ad influenzare la successiva regolamentazione della materia.

Sul punto, non a caso Antonio Guarino ha evidenziato che «Il ‘precedente’ di Marco Aurelio fece testo per tutti i casi analoghi e costituì l’inizio di una evoluzione della prassi giudiziaria e della legislazione postclassica, la quale portò al risultato finale del divieto di esercitare le proprie ragioni anche per il proprietario, oltre che per il creditore, e portò inoltre a ridurre ulteriormente le ipotesi di violenza lecita (ivi compreso il ‘*vim vi repellere*’), per sfociare da ultimo in un divieto generale dell’autotutela posto dalla compilazione giustiniana»⁸⁵.

Dopo aver verificato il particolare valore assunto dai *decreta* imperiali nel secondo secolo d.C., è opportuno ricordare, inoltre, che proprio in quel secolo, si assiste pure ad un incremento dell’attività rispondente del principe, tramite altre due tipologie di costituzioni imperiali e cioè le *epistulae* ed i *rescripta*.

Come è risaputo, con le prime, il principe risolve i dubbi e le perplessità sollevate dai magistrati e dai funzionari, mentre con i rescritti risponde a questioni poste da privati o da comunità cittadine⁸⁶.

Se, dunque, durante il primo secolo d.C. gli imperatori sembrano aver risposto personalmente ai quesiti giuridici con grande moderazione, nel secolo successivo, specialmente con Adriano, diventano sempre più frequenti gli interventi tramite le *epistulae* ed i *rescripta*⁸⁷.

⁸⁵ GUARINO, *Diritto privato romano* cit. 168.

⁸⁶ Sulle problematiche riguardanti queste due tipologie di costituzioni imperiali in particolare si veda, con l’indicazione della principale letteratura, N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L’efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano 1974, 1 ss.; ARCARIA, *Referre ad principem* cit. 1 ss.

⁸⁷ Sul punto si veda ad esempio PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giu-*

In questo modo l'ingerenza imperiale nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, pur con le dovute differenze fra le *epistulae* ed i rescritti in merito alla loro utilizzabilità all'interno del processo, tende a diventare sempre più rilevante dal momento che è possibile indirizzare gli organi giudicanti subordinati.

Tale influenza, difatti, è realizzabile sia nel caso di parere fornito direttamente al giudice, che avrebbe deciso la questione sulla base del principio giuridico enunciato dall'imperatore, sia nell'ipotesi di una risposta imperiale favorevole ad un privato richiedente, che sarebbe stata da quest'ultimo utilizzata in sede processuale al fine di orientare la decisione del giudice.

Se questo è vero, tuttavia, va sottolineato che, almeno in alcuni ambiti, l'ingerenza imperiale, pur estendendosi progressivamente, non ha eliminato l'autonomia decisionale dell'organo giudicante.

Sul punto significativa è la disciplina che si afferma nella *cognitio* provinciale in tema di valutazione delle prove da parte del governatore.

A tal riguardo di un certo interesse risultano alcuni passi tratti da un'altra lunga testimonianza del *de cognitionibus* di Callistrato, dove sono riportati alcuni provvedimenti di Adriano, dai quali si evince quale sia l'atteggiamento imperiale nei confronti dei governatori provinciali in merito all'assunzione dei mezzi di prova, uno dei compiti più delicati dell'*officium iudicis*.

Nel primo passo Callistrato richiama il contenuto di un'*epistula* adrianea rivolta a Vibio Varo, legato di Cilicia, con la

risdizionali nel II secolo d.C. cit. 23, il quale ricorda che «È proprio in questo periodo, infatti, che gli interventi del principe sul terreno legislativo, fin allora solo occasionali, si fanno più regolari e si istituzionalizzano [...]».

Cfr., inoltre, SPAGNUOLO VIGORITA, MAROTTA, *La legislazione imperiale. Forme e orientamenti* cit. 108; ARCARIA, *Referre ad principem* cit. 298.

quale l'imperatore rimette la valutazione dell'attendibilità dei testi all'autonomia discrezionale dell'organo giudicante:

D. 22.5.3.1 Call. 4 *de cognit.*: Ideoque divus Hadrianus Vibio Varo legato provinciae Ciliciae rescripsit eum qui iudicat magis posse scire, quanta fides habenda sit testibus. Verba epistulae haec sunt: "Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus, qui et cuius dignitatis et cuius existimationis sint, et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque mediatum sermonem attulerint an ad ea quae interrogaveras ex tempore verisimilia responderint"⁸⁸.

In particolare, Adriano evidenzia che nessuno meglio del giudice può conoscere quale sia la *fides* da attribuire ai testi (*quanta fides habenda sit testibus*), dal momento che è proprio il giudice che è in grado di tener conto non solo della *dignitas* e dell'*existimatio* degli stessi, ma anche della circostanza che si tratti di una testimonianza precostituita o di risposte immediate e spontanee alle domande formulate ai testimoni dall'organo giudicante.

La questione affrontata da Adriano, probabilmente, è sorta poiché nell'ambito del processo provinciale, come del resto nella *cognitio extra ordinem* generale, l'affermarsi di nuove forme processuali sotto il controllo dell'imperatore anche tramite il ricorso all'appello può aver spinto i giudici a ritenere di essere vincolati a criteri meno elastici nella valutazione delle prove e, quindi, a richiedere eventuali indicazioni in merito. A tal riguardo, però,

⁸⁸ Sul testo si veda, per una prima indicazione, U. ZILLETI, *Sul valore probatorio della testimonianza nella «cognitio extra ordinem»*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 29 (1963) 132 ss.; BONINI, *I "libri de cognitionibus"* cit. 172 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, 2, Milano 1973, 418; PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali* cit. 265 s.; U. VINCENTI, «*Duo genera sunt testium*». *Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova 1989, 114 nt. 12; ARCARIA, *Referre ad principem* cit. 76 ss.; PULIATTI, *Alla ricerca della verità* cit. 58 s.; *Del buon uso del vero* cit. 405 s.

Adriano chiarisce che ogni accertamento è rimesso alla discrezionalità del giudice.

D'altronde, il dubbio che il giudice sia vincolato ad una vera e propria gerarchia dei mezzi di prova ha forse mosso anche Valerio Vero, un altro governatore provinciale, a chiedere un consiglio all'imperatore Adriano, il quale risponde con un provvedimento riportatoci da Callistrato nel passo successivo:

D. 22.5.3.2 Call. 4 *de cognit.*: Eiusdem quoque principis exstat rescriptum ad Valerium Verum de excutienda fide testium in haec verba: 'Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fides. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris'⁸⁹.

L'imperatore, dopo aver ricordato che non è possibile definire in maniera generale gli strumenti e le modalità sufficienti al fine della piena integrazione della prova (*quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest*), conferma l'autonomia discrezionale del giudice nel decidere la rilevanza da attribuire ai singoli mezzi di prova (*ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris*), tuttavia, invitandolo, prima, a non tener conto di un solo strumento di prova, ma a prendere in considerazione tutti i vari mezzi probatori a sua disposizione, soprattutto qualora essi siano diversificati (*non uti-*

⁸⁹ Sul passo si veda, in particolare, ZILLETTI, *Sul valore probatorio* cit. 137 ss.; BONINI, *I "libri de cognitionibus"* cit. 172 ss.; ARCARIA, *Referre ad principem* cit. 77 ss.; PULIATTI, *Alla ricerca della verità* cit. 65 s.; *Del buon uso del vero* cit. 410 s., ivi principali riferimenti bibliografici.

que ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere).

Con riferimento, dunque, alla parte finale di D. 22.5.3.2, degna di nota è l'espressione '*sententia animi tui*', con la quale l'imperatore fa intendere che deve essere il convincimento del giudice a stabilire quale sia il valore da riconoscere ai singoli mezzi di prova; anche se lo stesso imperatore pone un limite a tale discrezionalità, prevedendo un'indicazione di massima con la quale si invita il giudice a fondare la propria decisione avvalendosi non di un singolo mezzo di prova ma prendendo in considerazione una pluralità di mezzi istruttori.

Sotto questo profilo, pertanto, la risposta imperiale può essere considerata in un certo senso come 'una soluzione di compromesso'⁹⁰, poiché da un lato non si mette in discussione il principio della discrezionalità del giudicante, dall'altro, però, si introduce un parametro sul quale, per certi aspetti, poter misurare la sua libertà di valutazione.

Nel passo successivo, D. 22.5.3.3, Callistrato ricorda un'altra *epistula* di Adriano rivolta a Giunio Rufino, *proconsul Macedoniae*, con la quale l'imperatore non riconosce lo stesso valore alle testimonianze scritte (*testimonia*) e a quelle orali (*testes*), dichiarando l'inammissibilità presso il tribunale imperiale delle testimonianze rese per iscritto:

D. 22.5.3.3 Call. 4 *de cognit.*: Idem divus Hadrianus Iunio Rufino proconsuli Macedoniae rescripsit testibus se, non testimoniis crediturum. Verba epistolae ad hanc partem pertinentia haec sunt: 'Quod crimina obiecerit apud me Alexander Apro et quia non probabat nec testes producebat, sed testimoniis uti volebat, quibus apud me locus non est (nam ipsos interrogare soleo), quem remisi ad provinciae praesidem, ut is de fide testium quaereret et nisi implesset quod intenderat, relegaretur'⁹¹.

⁹⁰ L'espressione fra virgolette è di ARCARIA, *Referre ad principem* cit. 80.

⁹¹ Sulla testimonianza cfr., con l'indicazione della principale letteratura, PUGLIESE, *La prova nel processo romano* cit. 407 e nt. 64, 410; ZILLETI, *Sul va-*

D'altronde, la necessità di definire con maggiore precisione i rapporti fra le testimonianze scritte e quelle orali è alla base di un altro provvedimento di Adriano indirizzato a Gabinio Massimo e riportato da Callistrato nel passo seguente:

D. 22.5.3.4 Call. 4 *de cognit.*: Gabinio quoque Maximo idem princeps in haec verba rescripsit: 'Alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent: tecum ergo delibera, ut, si retinere eos velis, des eis impendia'⁹².

L'imperatore, infatti, esprime un'indicazione di massima (*alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent*), contenente una specie di gerarchia tra le testimonianze orali e quelle scritte, che sembra confermare una preferenza delle prime rispetto alle seconde, anche se – ricorda infine Adriano – è sempre il governatore a doverne valutare l'attendibilità (*si retinere eos velis*).

Alla luce, dunque, dei dati provenienti dalla lunga testimonianza di Callistrato (D. 22.5.3.1-4), è emerso che con Adriano il potere imperiale manifesta un progressivo interesse a come si formi il convincimento del giudice in merito all'assunzione dei mezzi di prova nell'ambito della *cognitio* provinciale.

A tal riguardo, le *epistulae* di Adriano, da un lato, contengono una serie di indicazioni orientative che dimostrano la graduale tendenza all'accentramento tipica del nuovo assetto di governo, dall'altro, però, confermano l'autonomia dell'organo giudicante.

In conclusione, come ha ricordato di recente Salvatore Pu-

lore probatorio cit. 134 s.; BONINI, *I "libri de cognitionibus"* cit. 172 ss.; PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali* cit. 268 s.; VINCENTI, «*Duo genera sunt testium*» cit. 140 s. e nt. 68; ARCARIA, *Referre ad principem* cit. 77 ss.; PULIATTI, *Alla ricerca della verità* cit. 60 s.; *Del buon uso del vero* cit. 406 s.

⁹² Sul passo si veda in particolare ZILLETTI, *Sul valore probatorio* cit. 135 ss.; BONINI, *I "libri de cognitionibus"* cit. 172 ss.; VINCENTI, «*Duo genera sunt testium*» cit. 140 s. e nt. 68; ARCARIA, *Referre ad principem* cit. 77 ss.; PULIATTI, *Alla ricerca della verità* cit. 63 s.; *Del buon uso del vero* cit. 408.

liatti: «Il principio della discrezionalità del giudice non ne risulta messo in discussione, ma si agisce su di esso in maniera diversa, dall'esterno, fissando una serie di direttive sulla cui base poterne verificare la condotta in sede di successivo controllo»⁹³.

Così delineati i caratteri dell'autonomia del giudice nell'esperienza giuridica romana fino al secondo secolo d.C., andiamo, nei prossimi capitoli, al fulcro della ricerca e cioè all'età dei Severi.

⁹³ PULIATTI, *Alla ricerca della verità* cit. 66 s., il quale ricorda, fra gli strumenti di controllo successivi all'esito del giudizio, oltre all'appello anche la *restitutio in integrum*, che, peraltro, lo stesso Adriano riconosce nell'ipotesi di *circumscriptio iudicis*, secondo quanto ricordato da Callistrato in D. 42.1.33: *Divus Hadrianus, aditus per libellum a Iulio Tarentino et indicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum testibus pecunia corruptis, religionem iudicis circumventam esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: 'Exemplum libelli dati mihi a Iulio Tarentino mitti tibi iussi: tu, si tibi probaverit conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica et, si qua a iudice tam malo exemplo circumscripto iudicata sunt, in integrum restitue'*.

CAPITOLO SECONDO

LE SENTENZE *CONTRA CONSTITUTIONES*. ASPETTI PROBLEMATICI DELL'INVALIDITÀ DELLE DECISIONI GIUDIZIALI NELL'ETÀ SEVERIANA

SOMMARIO: 1. Riflessioni introduttive. – 2. D. 49.8.1.2: Macro e la bipartizione ‘*contra ius constitutionis*’ – ‘*contra ius litigatoris*’. – 3. D. 42.1.32: Callistrato e l'errore di sussunzione. – 4. CI. 7.64.2: Alessandro Severo e la ‘*sententia contra tam manifesti iuris formam data*’. – 5. Provvedimenti di Alessandro Severo a tutela del valore del giudicato. – 6. D. 49.1.19: Modestino e la ‘*sententia expressim contra iuris rigorem data*’. – 7. Nullità delle sentenze *contra constitutiones* ed appello. – 8. Alcune massime a favore del giudicato.

1. *Riflessioni introduttive*

Un aspetto di notevole interesse, da cui risulta opportuno prendere le mosse, è dato dal fatto che in alcune testimonianze dell'età dei Severi si pone, in qualche maniera, il problema del rapporto tra il giudice e la legge, con riferimento al tema dell'invalidità delle sentenze emesse *contra constitutiones*¹.

¹ Sull'argomento si veda F. VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustiniane*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia* 3.12 (1914) = *Studi Giuridici*, 3.1 *Studi di Diritto Romano (1906-1921)*, Milano 1960, 383 ss., che qui si cita; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, 1, *Storia e legislazioni*, Milano-Torino-Roma 1920, 27 ss., 46 s.; M. LAURIA, «*Contra constitutiones*», Napoli 1927, 3 ss. ora in *Studii e ricordi*, Napoli 1983, 71 ss., che qui si cita; F. M. DE ROBERTIS, *Il giudice e la norma nel processo penale straordinario*, in *Annali dell'Università di Bari* (1941) 1 ss. ora in *Scritti vari di diritto romano*, 3, *Diritto penale*, Bari 1987, 173 ss., che qui si cita; *Le sentenze contra constitutiones e le sanzioni penali a carico del giudicante*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* 62 (1942) 255 ss.=*Scritti vari di diritto romano*, 3, cit. 211 ss. [su questi saggi cfr. B. SANTALUCIA, *Francesco Maria de Robertis penalista*, in AA.Vv., *Francesco Maria de Robertis. L'Uomo il Docente lo Studioso. Atti di un Incontro di studio, Bari, 20 novembre 2004*, Bari

A questo proposito, non a caso Riccardo Orestano, dopo aver affermato che si tratta del «più importante motivo di invalidità che nel corso della tarda età classica si aggiunge ai principi che su tale argomento si erano formati nell'*ordo*», evidenzia che in tal modo «si vennero precisando e circoscrivendo, anche nel campo della *cognitio extra ordinem*, i limiti del potere dei giudicanti; sino ad arrivare al principio, che rimarrà uno dei cardini distintivi di tutta la ulteriore tradizione romanistica, della totale subordinazione del giudice alla legge»².

La regola dell'invalidità delle sentenze *contra constitutiones* pone una serie di problematiche di grande rilievo come ad esempio: quando effettivamente essa sia stata introdotta e quale la sua effettiva portata, che cosa si debba intendere per sentenza *contra constitutiones*, quali i motivi e le conseguenze del suo affermarsi e, infine, quale la disciplina sanzionatoria nei confronti del giudice che abbia pronunciato una sentenza del genere.

Si tratta, come ben si intende, di quesiti molto complessi in relazione ai quali non sempre è facile, alla luce delle testimonianze pervenuteci, dare risposte certe e univoche.

Sul punto risulta opportuno fare un discorso che tenti di

2007, 154 ss.]; L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, 1, Milano 1961, 19 ss. e dello stesso autore *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, 315 s.; G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza in diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, 3, Milano 1962, in particolare 775 ss. = *Scritti giuridici scelti*, 2, *Diritto romano*, Napoli 1985, 77 ss., che qui si cita; R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano*, Torino 1953² ristampa 1966, 276 ss.; R. SORACI, *L'opera legislativa e amministrativa dell'imperatore Severo Alessandro*, Catania 1974, 53 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996², 497 nt. 30; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano 2000, 258 ss.; F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro*, 1, *Politica di governo riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli 2006, 112 ss. e, di recente, D. TUZOV, 'Contra ius sententiam dare'. Profili dell'invalidità della sentenza contraria a diritto nella riflessione giurisprudenziale tardoclassica, in GAROFALO (a cura di), *Res iudicata*, 2, cit., 251 ss.

² ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 277 e 284.

affrontare tutti questi aspetti ponendoli in stretta relazione fra loro, anche con riferimento al rapporto tra la disciplina privatistica, riguardante l'invalidità delle sentenze *contra constitutiones*, e quella penalistica relativa alle pene previste per il giudice che abbia giudicato in maniera difforme da quanto stabilito dalle norme imperiali, laddove fino a questo momento i pochi studiosi che si sono occupati del tema hanno trattato per lo più singoli aspetti non sempre cercando di coordinare questi due profili³.

In relazione alla complessità dell'argomento, inoltre, è necessaria qualche ulteriore riflessione di carattere preliminare.

In primo luogo, va sottolineato che, con riguardo alle sentenze contrarie alle norme imperiali, si è soliti utilizzare i termini quali invalidità, nullità e inesistenza giuridica, anche se è appena il caso di ricordare che nelle fonti romane non vi sono sostantivi astratti corrispondenti a queste categorie generali, ma vi è una molteplicità di espressioni e di predicati con i quali si fa riferimento a tali concetti⁴, pur mancando una teoria generale dell'invalidità delle sentenze o un'esposizione sistematica dei motivi che provocano tale invalidità⁵. D'altra parte, con riferimento

³ Si pensi ad esempio, da un lato, al lavoro di Mario Lauria («*Contra constitutiones*» cit. 70 ss.), specificatamente dedicato al tema della nullità delle sentenze contrarie alle costituzioni imperiali, nel quale non vi è alcun riferimento alle pene previste per il giudice che abbia giudicato in tal modo e, dall'altro, allo studio di Francesco Maria de Robertis (*Le sentenze contra constitutiones e le sanzioni penali a carico del giudicante* cit. 211 ss.) volto ad esaminare la disciplina penalistica senza tener conto di quella dell'invalidità delle sentenze che avessero violato le norme imperiali; problematica alla quale tuttavia è dedicato qualche cenno dall'autore in un altro saggio (*Il giudice e la norma nel processo penale straordinario* cit. 173 ss.).

⁴ Si pensi, ad esempio, alle espressioni quali: *nihil agere; non consistere (subsistere, stare); nullum effectum, nullas vires habere; non esse, locum non habere; non recte, non iure fieri; nullius momenti esse; non valere; pro nihilo esse (haberi); inutile esse; inefficax esse; pro eo haberi ac si factum non esse*; sulle quali cfr. M. BRUTTI, sv. *Invalidità (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto* 22 (1972) 565.

⁵ Sulla complessa tematica si veda, una prima indicazione, H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, 1936, 1 ss.; RAGGI, *Studi sulle impugna-*

alla 'terminologia spesso contraddittoria' nelle fonti, è stato sottolineato come «I due poli concettuali tra cui tale terminologia ondeggia sono la qualificazione di determinate situazioni come inesistenti, in quanto difformi dal diritto, e la rilevazione della loro inidoneità a produrre effetti (o determinati effetti)»⁶.

In secondo luogo, va avvertito che, a proposito del principio della nullità delle *sententiae contra constitutiones*, i testi fanno riferimento sia alle sentenze giudiziarie, nel senso di decisioni di un giudice che risolve una controversia al termine di un processo, sia ad altri provvedimenti decisori, come ad esempio quelli relativi alla disciplina dell'*excusatio* dalla tutela⁷. Tutto ciò, se da

zioni civili cit. 19 ss.; *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit. 242 ss.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité* 12 (1965) 384 ss.; Si veda BRUTTI, sv. *Invalidità (storia)* cit. 560 ss.; A. MASI, sv. *Nullità (storia)*, in *Novissimo Digesto Italiano* 28 (1978) 859 ss., il quale a proposito dell'identificazione tra la nullità e l'inesistenza ricorda che «pur tenuto conto dei limiti inerenti alla considerazione dell'aspetto terminologico, una prima indicazione nel senso di una indistinzione fra nullità ed inesistenza si può trarre dal fatto che il predicato *nullus*, nei contesti in cui qualifica un negozio giuridico, esprime l'inesistenza di quest'ultimo (vale a dire, che 'non vi è' il negozio)» (*op. ult. cit.* 859). Si veda, inoltre, M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 101-102 (1998-99) 16 ss.; PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero* cit. 258 ss.

Con specifico riferimento alla problematica della *rescissio* delle sentenze cfr. D. TUZOV, *A proposito della rescissio delle sentenze giudiziarie in diritto romano: effetto costitutivo o accertamento di nullità?*, in *Zeszyty Prawnicze* 10/1 (2010) 265 ss.; *La rescissio delle sentenze giudiziarie in diritto romano: Intorno ad una teoria della nullità*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* 123 (2011) 170 ss., ivi indicazione della letteratura precedente.

Sulle principali problematiche dell'invalidità delle sentenze nell'età medioevale si veda, con ampia indicazione della bibliografia precedente, M. ROSBOCH, *Decidere invano*, 1, *Aspetti delle invalidità nelle sentenze medievali*, Napoli 2010, 1 ss.

⁶ BRUTTI, sv. *Invalidità (storia)* cit. 565 s.

⁷ Cfr., ad esempio, D. 49.8.1.2 Macer 2 *de appellat.*: *Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiat. Nam si iudex volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficium liberorum vel*

un lato testimonia una tendenza a trattare in maniera unitaria situazioni differenti da parte dei giuristi che si sono occupati dell'argomento, dall'altro, rende, ovviamente, più complicata l'indagine sui motivi e sulla portata di tale principio.

Un altro aspetto, infine, che va posto in evidenza sin da adesso è quello relativo alle espressioni utilizzate nelle testimonianze a nostra disposizione, dove si parla della nullità non solo delle sentenze *contra constitutiones*, ma, in qualche caso, anche di quelle *contra leges*, *contra senatus consulta* e *contra ius*.

A questo proposito, possiamo solo ipotizzare che la regola, in origine, abbia riguardato le sentenze contrarie alle costituzioni imperiali ed in seguito sia stata estesa pure alle altre fonti del diritto⁸, anche se va avvertito che la sua introduzione e la successiva estensione si sono verificate molto rapidamente in pochi anni, dal momento che i testi pervenutici sono tutti quasi coevi: in particolare, il principio dell'invalidità delle sentenze contrarie al diritto risulta applicato durante l'età dei Severi⁹ nel-

aetatis aut privilegi excusare, dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasset intellegitur: quod si de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasset intellegitur: quo casu appellatio necessaria est. Sul testo si veda *infra* paragrafo 2.

⁸ In questo senso si veda già LAURIA, «*Contra constitutiones*» cit. 82, secondo cui: «Probabilmente, anzi, la massima riguarda originariamente solo i provvedimenti *contra constitutiones* [...] in seguito si sarà estesa alle altre fonti formali del diritto, e poi, infine al diritto consuetudinario».

Cfr., inoltre, PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza in diritto romano* cit. 77 s.; sv. *Giudicato civile (storia)*, in *Enciclopedia del diritto* 18 (1969) 747 = in *Scritti giuridici scelti*, 2, cit. 159.

Sembra invece non fare riferimento a tale evoluzione CALAMANDREI, *La Cassazione civile* cit. 42. Sul punto, di recente, cfr. TUZOV, «*Contra ius sententiam dare*» cit. 254 s.

⁹ Per un'estensione massima del principio della nullità delle sentenze contrarie al diritto alla fine dell'età dei Severi cfr. D. 49.1.19 Mod. *liber sing. de enucl. cas.*: *Si expressim contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet: et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. <Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata>.*

l'ambito della *cognitio extra ordinem*¹⁰. Con riguardo al processo

Unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia. Unde potest causa ab initio agitari. Sul passo si veda *infra* paragrafo 6.

¹⁰ Per un'applicazione di tale principio nella *cognitio extra ordinem* si veda CALAMANDREI, *La Cassazione civile* cit. 53: «L'ipotesi di una sentenza data contro la legge acquista importanza pratica soltanto nell'età imperiale e quasi esclusivamente per la procedura della *extraordinaria cognitio*».

Cfr., inoltre, B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, 4, Pavia 1929, 31 ss. = *Scritti giuridici scelti*, 2, *Diritto romano. Fonti – diritto pubblico – penale – processo civile*, Milano 1965, 479 nt. 3; LAURIA, «*Contra constitutiones*» cit. 81 s.; RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit. 317.

Si veda pure ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 278 s., secondo il quale: «Naturalmente il principio dell'invalidità della sentenza *contra leges et constitutiones* trovava applicazione essenzialmente, se non pure esclusivamente, nei giudizi *extra ordinem*, in quanto è assai difficile ipotizzare il suo impiego nei giudizi formulari».

Tuttavia, per un'ipotesi a favore dell'esistenza di qualche precedente di detto principio nel processo formulare si vedano i cenni di Giovanni Pugliese e Alberto Burdese, i quali, pur riconoscendo che le sentenze dichiarate nulle in base a tale principio furono quelle pronunziate *extra ordinem* e non quelle formulari, ritengono di poter ipotizzare qualche spunto più antico anche nel processo *per formulas*. Cfr. G. PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano 1960, in particolare 242=*Scritti giuridici scelti*, 2, cit. 22, il quale in un primo momento avrebbe individuato 'uno spunto più antico, concernente il processo *per formulas*' in D. 24.3.17.2 Paul. 7 *ad Sabinum*, relativo al caso di una sentenza che, trascurando il cd. *beneficium competentiae*, condannava il marito all'integrale restituzione della dote: *Si in iudicio <dotis> iudex ignorantia iuris lapsus condemnaverit maritum in solidum, Neratius Sabinus doli exceptione eum uti oportere aiunt ea que tutum fore.*

In seguito, però, l'autore, in un altro suo studio (*Note sull'ingiustizia della sentenza* cit. 77 nt. 78), ha modificato la sua opinione evidenziando che in D. 24.3.17.2 la sentenza che avesse trascurato tale *beneficium* «non era reputata nulla; bensì suscettibile di venir resa inoperante in virtù di un intervento pretorio fondato sull'*aequitas*» e pertanto tale soluzione non può costituire un antecedente del principio in questione. Pugliese, tuttavia, ritiene di ravvisare un precedente in un'altra testimonianza, D. 42.1.41.2 Paul. 14 *quaest.*, riguardante il caso della mancata osservanza del *beneficium* introdotto da una costituzione di Antonino Pio a favore del donante nei limiti del '*quantum facere potest*', per il quale il giurista Paolo afferma l'automatica riduzione dell'*actio iudicati* a tale ammontare:

straordinario, infatti, tale situazione si giustifica considerando che nella procedura formulare, come è noto, la nullità della sentenza poteva dipendere soltanto da cause di natura processuale, quali ad esempio, l'incapacità di agire del magistrato, la sentenza emessa fuori termine o senza la partecipazione di tutti i membri del collegio giudicante oppure con un contenuto indeterminato o con alcune discrepanze rispetto alla formula¹¹.

Solo la violazione di norme inderogabili di natura processuale, pertanto, poteva comportare l'invalidità della sentenza¹².

Nella *cognitio extra ordinem*, invece, si assiste ad un'esten-

In solidum condemnatus donator actione iudicati nisi in quantum facere potest non tenetur beneficio constitutionis.

Lo stesso Pugliese, però, a proposito della nullità delle sentenze contrarie a norme giuridiche, più avanti precisa, sul piano storico, che «le sentenze dichiarate nulle per la ragione di cui si tratta furono quelle pronunziate *extra ordinem*, e non quelle formulari» (*op. ult. cit.* 78).

Per un'ulteriore ipotesi a favore di un precedente applicato anche al processo formulare del principio di nullità della sentenza pronunciata *contra constitutiones* si veda anche A. BURDESE, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli 1994, 151 ss., in particolare 177 ss.; *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano cit.* 53 ss., 69 ss.

L'autore a questo proposito si sofferma sulla complessa fattispecie riportata in D. 5.1.15.1 Ulpian. 21 *ad ed.*: *Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.*

Va evidenziato però che Ulpiano in D. 5.1.15.1 tratta del caso del *iudex qui litem suam fecit*, fattispecie che, come vedremo meglio in seguito (*infra* capitolo terzo paragrafo 2), presenta una serie di differenze con l'ipotesi del giudice che pronunciasse una sentenza *contra constitutiones*.

¹¹ Sul punto, per un primo riferimento, si veda GUARINO, *Diritto privato romano cit.* 230.

¹² Cfr., ad esempio, CALAMANDREI, *La Cassazione civile cit.* 18, il quale evidenzia che «quasi la totalità degli esempî di sentenze nulle che le fonti riportano, si riferiscono a difetti processuali, a manchevolezze esteriori del procedimento, non a vizî interni di quel lavoro logico che il giudice compie a conclusione di un processo ben costituito e bene svolto: sentenze nulle per vizî di attività, dunque, non per vizî di giudizio».

sione delle cause di nullità della *sententia*: accanto alle numerose ipotesi di invalidità per la mancanza di un presupposto processuale, si afferma la concezione della nullità della sentenza dovuta anche a ragioni per dir così ‘sostanziali’, qualora essa trasgredisca il disposto delle costituzioni imperiali o di altre norme vincolanti.

Come verificheremo meglio nelle pagine successive¹³, tale significativa novità non è dettata soltanto da motivazioni, seppur fondamentali, di carattere strettamente processuale, ma anche da ragioni di natura politica, dal momento che esse vanno individuate in tutta una serie di trasformazioni istituzionali, di mutati assetti amministrativi e di nuove forme di produzione normativa che ruotano intorno alla figura del principe, la cui attività tende a diventare sempre di più determinante ai fini dell’evoluzione dell’ordinamento giuridico romano.

Con specifico riguardo, dunque, alla regola della nullità della sentenza *contra constitutiones*, essa può essere sorta solo successivamente all’età adrianea e cioè dopo che alle costituzioni imperiali sia stato attribuito pieno valore di legge: più precisamente l’origine e la sua applicazione andrebbero individuate nella tarda età dei Severi¹⁴, caratterizzata da un regime assolutistico e contraddistinta dall’affermarsi, nella teoria delle fonti, delle due note massime: ‘*quod principi placuit legis habet vigorem*’ e ‘*princeps legibus solutus est*’¹⁵.

¹³ Si veda *infra* capitolo terzo paragrafo 5.

¹⁴ In questo senso si veda ad esempio LAURIA, «*Contra constitutiones*» cit. 79 ss.; RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit. 318 s.; ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 278 s.

Accenna al principio, nel senso di ‘problematica prevalentemente tardoantica’, M. TALAMANCA, *Diritto e Prassi nel mondo antico*, in I. PIRO (a cura di), *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*, Atti della 51^a Sessione della SIHDA. (Crotone-Messina, 16-20 settembre 1997), Catanzaro 1999, 168.

¹⁵ Cfr. D. 1.4.1pr. Ulpian. 1 *inst.*: *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*; D. 1.3.31 Ulpian. 13 *ad leg. Iul. et*

La conferma di quanto appena affermato – pur nella difficoltà di individuare il primo ambito di applicazione della regola – si può desumere indirettamente da una testimonianza di Ulpiano, riguardante un provvedimento *contra constitutiones*, da cui risulterebbe che, fino all'epoca dell'imperatore Settimio Severo, tale principio molto probabilmente non è ancora ben conosciuto:

D. 4.4.11.2 Ulpian. 11 *ad ed.*: Ex facto quaesitum est: adulescentes quidam acceperant curatorem Salvianum quendam nomine: hic cum curam administrasset, beneficio principis urbicam procuratorem erat adeptus et apud praetorem se a cura adulescentium excusaverat absentibus eis: adulescentes adierant praetorem desiderantes in integrum adversus eum restitui, quod esset contra constitutiones excusatus. Cum enim susceptam tutelam non alii soleant deponere, quam qui trans mare rei publicae causa absunt vel hi qui circa principem sunt occupati, ut in consilarii Menandri Arrii persona est indultum, meruisset autem Salvianus excusationem, adulescentes quasi capti in integrum restitui a praetore desideraverant. Aetrius Severus quia dubitabat, ad imperatorem Severum rettulit: ad quam consultationem successori eius Venidio Quieto rescripsit nullas partes esse praetoris: neque enim contractum proponi cum minore annis viginti quinque: sed principes intervenire et reducere hunc ad administrationem, qui perperam esset a praetore excusatus¹⁶.

Pap.: *Princeps legibus solutus est: Augusta autem licet legibus soluta non est, princeps tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent*; su quali cfr. *infra* capitolo terzo paragrafo 5.

¹⁶ Sul passo si veda, con l'indicazione dell'ulteriore letteratura, LAURIA, «*Contra constitutiones*» cit. 80 s.; RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit. 346 ss.; G. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum. 2. In tema di excusationes dalla cura minorum*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 77 (1974) 199 ss.; PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali* cit. 56, 196 ss.; ARCARIA, *Referre ad principem* cit. 241 ss.; NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit. 114 s. e, ultimamente, TUZOV, «*Contra ius sententiam dare*» cit. 262 ss.

Nel passo tratto dall'undicesimo libro del suo commento all'editto, Ulpiano ricorda il caso di alcuni *adulescentes* che sono sottoposti ad un curatore, di nome Salviano, il quale, però, durante la curatela è stato chiamato, *beneficio principis*, a ricoprire la *procuratio urbica* e, di conseguenza, ha richiesto ed ottenuto dal pretore, in assenza dei minori, un provvedimento di esonero dalla curatela. Gli *adulescentes*, pertanto, si rivolgono al magistrato al fine di ottenere una *restitutio in integrum* avverso l'*excusatio* che loro lamentano essere concessa *contra constitutiones*, in quanto la *procuratio urbica* non era prevista dalle costituzioni imperiali quale causa di esonero. Il pretore Aetius Severus, essendo incerto sul provvedimento da adottare, si rivolge all'imperatore Settimio Severo (*quia dubitabat, ad imperatorem Severum rettulit*), il quale risponde a Venidius Quietus (subentrato frattanto al precedente magistrato che aveva posto il quesito), affermando che il pretore non è tenuto in questo caso a fare nulla (*nullas partes esse praetoris*) e dunque non può concedere la *restitutio* in quanto non si tratta di un atto concluso con la partecipazione di un minore di venticinque anni (*neque enim contractum proponi cum minore annis viginti quinque*)¹⁷.

Spetta, tuttavia, agli imperatori¹⁸ intervenire ed ordinare che sia ugualmente richiamato all'amministrazione della curatela colui che era stato esonerato a torto (*sed principes intervenire et reducere hunc ad administrationem, qui perperam esset a praetore excusatus*).

Con specifico riguardo, dunque, al provvedimento di *excu-*

¹⁷ Sul principio secondo cui il rimedio dell'*in integrum restitutio* deve essere concesso solo se vi sia stato un atto negoziale con l'adolescente si veda, per alcuni aspetti problematici, F. MUSUMECI, *Pregiudizio del minore e protezione editale in età imperiale*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, 6, Napoli 2007, 3715 ss.; RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit* cit. 379 s., ivi ulteriore bibliografia.

¹⁸ Il plurale *principes* è riferito ad Alessandro Severo e a Caracalla che per un periodo di tempo sono stati imperatori insieme. Cfr. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit. 114 nt. 13.

satio concesso *contra constitutiones*, l'opinione dominante degli studiosi che si sono occupati del testo considera che, solo a seguito dell'intervento imperiale, esso venga dichiarato invalido¹⁹.

La complessa testimonianza²⁰ appare, ai fini della nostra indagine, di un qualche rilievo per il richiamo ad un provvedi-

¹⁹ In questo senso si veda, ad esempio, M. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne. Lezioni*, Napoli 1967³, 249, secondo il quale l'imperatore Settimio Severo 'dichiarò il decreto invalido'; dello stesso autore si veda anche «*Contra constitutiones*» cit. 80: «Settimio Severo decide che l'*excusatio* non ha alcun valore». Si veda, inoltre, RAGGI, *La restitutio in integrum* cit. 346 ss., il quale, con riferimento a D. 4.4.11.2, dopo aver parlato di 'interessante esempio di sostituzione di nullità al principio restitutorio', sottolinea che «[...] l'idea che l'*excusatio* ottenuta ingiustamente in deroga ai criteri prestabiliti al riguardo debba considerarsi nulla è ormai saldamente affermata» (*op. ult. cit.* 350). Entrambi gli autori, peraltro, accennano all'analogia tra questo testo e una costituzione di Alessandro Severo (CI. 5.63.1), in tema di liberazione dall'ufficio di tutore o curatore che risulterebbe priva di valore in quanto ottenuta *non competentibus adlegationibus* e con l'inganno del giudice.

Si veda inoltre PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali* cit. 198, secondo cui l'imperatore, «sulla base della nuova disciplina della materia, ritiene l'*excusatio* senz'altro nulla e perciò inoperante senza bisogno di alcun provvedimento di *restitutio*». In questo senso cfr. anche ARCARIA, *Referre ad principem* cit. 242.

Contro questa tesi maggioritaria, va ricordato che di recente alcuni rilievi sono stati mossi da TUZOV, '*Contra ius sententiam dare*' cit. 262 ss., il quale, presupponendo la validità del provvedimento di *excusatio*, ha criticato l'interpretazione comunemente accolta, secondo cui la nullità del provvedimento si fonda sulle espressioni '*perperam esset praetore excusatus*' e '*nullas partes esse praetoris*'. Con riferimento alla prima espressione, l'autore evidenzia che '*perperam* sembra significare piuttosto 'non in modo corretto', 'ingiustamente' 'errorneamente', 'a torto', non già 'invalidamente', e perciò nulla dice della validità del provvedimento medesimo». A proposito della seconda frase '*nullas partes esse praetoris*', l'autore sottolinea che «la causa dell'inapplicabilità del rimedio restitutorio potrebbe ben consistere non nella nullità del provvedimento di concessione dell'*excusatio* [...] ma forse, presunta la validità dello stesso, nella necessità di ricorrere ad un altro mezzo di impugnazione, diverso dall'*in integrum restitutio*. E in effetti, proprio di tale mezzo sembra trattarsi nella chiusa del passo: *principes intervenire et reducere hunc ad administrationem* [...]» (*op. ult. cit.* 266).

²⁰ Sulla cui genuinità, peraltro, sono stati mossi alcuni rilievi, ad esempio, da Solazzi e Beseler (cfr. *Index Interpolationum*). Per una sostanziale genuinità del passo, tuttavia, cfr. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum*, 2, cit. 201 s.

mento di esonero contro le norme imperiali (*quod esset contra constitutiones excusatus*)²¹, anche se va avvertito che essa non risulta del tutto esplicita sul punto.

Ulpiano, infatti, non specifica chiaramente quale sia il valore del provvedimento di *excusatio* (che gli istanti affermano essere contrario alle norme imperiali), ma a questo proposito è possibile solo dedurre l'eventuale nullità dello stesso, alla luce dell'intervento imperiale che, non permettendo al pretore di accordare l'*in integrum restitutio*, richiama all'amministrazione dell'ufficio il curatore che è stato dispensato a torto (*perperam*).

Fatta questa precisazione, dunque, dalla lettura di D. 4.4.11.2 si evince che al tempo di Settimio Severo il principio dell'invalidità delle sentenze *contra constitutiones* non è ancora affermato in modo certo.

Se infatti fosse stato già pienamente riconosciuto tale principio, il provvedimento di *excusatio* sarebbe stato subito invalido ed i minori non avrebbero chiesto l'*in integrum restitutio* nei suoi confronti, poiché quest'ultimo rimedio presuppone la validità del provvedimento di cui si richiede l'annullamento.

Va posto in evidenza, inoltre, che il caso riportato in D. 4.4.11.2 deve in qualche modo aver sollevato alcuni dubbi in merito al principio da attuare, al punto da indurre il pretore a richiedere il parere all'imperatore (*quia dubitabat, ad imperatorem Severum rettulit*) e, d'altro canto, se la vicenda non fosse stata problematica e comunque di un certo interesse difficilmente

²¹ L'espressione *contra constitutiones* (cfr. sv. *Constitutio* in *VIR.*) appare anche in altri testi giurisprudenziali di notevole rilievo per il nostro discorso, quali ad esempio D. 49.8.1.2 Macer 2 *de appellat.*; D. 42.1.27 Modest. 1 *resp.*; D. 49.1.19 Modest. *l. sing. de enucl. cas.*, sulle quali cfr. *infra* paragrafi 2 e 6.

Non sempre, però, tale espressione è indicativa di una testimonianza rilevante ai fini della nostra indagine, come ad esempio D. 47.22.3.1 Marcian. 2 *iud. publ.*, in tema di *collegia illicita*: *In summa autem, nisi ex senatus consulti auctoritate vel Caesaris collegium vel quodcumque tale corpus coerit, contra senatus consultum et mandata et constitutiones collegium celebrat.*

Ulpiano avrebbe avvertito la necessità di ricordarla nella sua testimonianza.

L'incertezza dei postulanti e del pretore, infatti, conferma che si tratta di un nuovo principio giuridico, di cui non si conosce bene l'ambito di applicazione.

La lettura di altri testi in argomento sarà, pertanto, necessaria al fine di verificare l'effettivo valore della regola dell'invalidità delle sentenze *contra constitutiones*.

2. D. 49.8.1.2: Macro e la bipartizione 'contra ius constitutionis' – 'contra ius litigatoris'

Nell'ambito delle fonti riguardanti il nostro tema senz'altro significativa risulta essere una testimonianza di Macro, tratta dal secondo libro *de appellationibus* e riportata nel Digesto nel libro quarantanovesimo, titolo ottavo «*Quae sententiae sine appellatione rescindantur*»²²:

D. 49.8.1.2 Macer 2 *de appellat.*: Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiatur. Nam si iudex volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto

²² Cfr. CI. 7.64 «*Quando provocare necesse non est*».

Su alcuni profili riguardanti il significato del verbo *rescindere* anche con specifico riferimento a D. 49.8, «*Quae sententiae sine appellatione rescindantur*», si veda, per un'indicazione della principale bibliografia sull'argomento, TUZOV, *A proposito della rescissio delle sentenze giudiziarie* cit. 266 ss.; *La rescissio delle sentenze giudiziarie in diritto romano* cit. 174 ss., il quale prende le distanze da quell'orientamento tradizionale della dottrina (cfr. ad esempio RAGGI, *La restitutio in integrum* cit. 280 ss.), che riconosce al termine *rescindere* l'accezione di dichiarare la nullità della sentenza. Di recente si veda, inoltre, P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere nell'esperienza di Roma antica*, Torino 2013, 228 ss.

pronuntiasse intellegitur: quod si de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasse intellegitur: quo casu appellatio necessaria est²³.

Nel testo il tema delle sentenze *contra constitutiones* viene affrontato in relazione alla disciplina dell'appello.

In particolare, il giurista dopo aver esaminato nel paragrafo precedente la problematica riguardante l'errore di calcolo nella sentenza, per il quale non è necessario l'appello²⁴, si sofferma sull'ipotesi in cui si giudichi *contra sacras constitutiones*, chiedendo che ugualmente in questo caso non vi è la necessità di presentare appello.

A tal proposito, infatti, egli distingue tra la pronuncia for-

²³ Sul testo si veda, per un primo riferimento, VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustinianee* cit. 389 s.; CALAMANDREI, *La Cassazione civile* cit. 34 s., 46 s.; LAURIA, «*Contra constitutiones*» cit. 81 s.; RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili* cit. 88 s.; *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit. 318 s.; ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 283 s.; A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, in *Cuadernos de Historia del Derecho* 2 (1995) 31 ss.; G. VIARENGO, *L'excusatio tutelae nell'età del Principato*, Genova 1996, 123 ss.; PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero* cit. 260 nt. 55; NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit. 115; D. NÖRR, *Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* 118 (2001) 23 nt. 113; TUZOV, «*Contra ius sententiam dare*» cit. 256 ss.

Si veda, inoltre, con particolare riferimento alle problematiche riguardanti la bipartizione «*ius constitutionis*» – «*ius litigatoris*» nel nostro ordinamento, G. SCARSELLI, *Sulla distinzione tra ius constitutionis e ius litigatoris*, in *Questione giustizia* 1 (2017) 1 ss.

²⁴ D. 49.8.1.1 Macer 2 *de appellat.*: *Item si calculi error in sententia esse dicitur, appellare necesse non est: veluti si iudex ita pronuntiaverit: 'Cum constet Titium Seio ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie viginti quinque debere, idcirco Lucium Titium Seio centum condemno': nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est et citra provocationem corrigitur. Sed et si huius quaestionis iudex sententiam centum confirmaverit, si quidem ideo, quod quinquaginta et viginti quinque fieri centum putaverit, adhuc idem error computationis est nec appellare necesse est: si vero ideo, quoniam et alias species viginti quinque fuisse dixerit, appellationi locus est.*

mulata *contra ius constitutionis*, cioè inficiata da un errore sull'esistenza della norma, e quella *contra ius litigatoris*, cioè viziata da un errore riguardante un diritto delle parti, dal momento che solo la prima è da considerarsi *contra constitutiones* e quindi invalida senza la necessità dell'appello²⁵, mentre quella *contra ius litigatoris* ha bisogno dell'appello per venire annullata o riformata, altrimenti risulta del tutto valida e produttiva di effetti (*cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiat*).

Nello specifico, Macro fa riferimento alla disciplina delle *excusationes* dalla *cura muneris*²⁶ e dall'ufficio del tutore e ricorda, come un esempio di pronuncia *de iure constitutionis*, quella in cui il giudice non ammette i motivi di esenzione esplicitamente dettati dalle costituzioni imperiali, come un certo numero di figli, una determinata età o un qualche *privilegium*²⁷ (*dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasse intellegitur*).

La pronuncia *de iure litigatoris*, invece, si ha quando il giudice non riconosce l'esistenza delle *causae excusationis* nella persona del richiedente (*quod negaverit eum de aetate sua aut de*

²⁵ Il giurista, poco più avanti nella sua trattazione D. 49.8.1.3, ricorda che anche nel caso di condanna di un assente, che non è stato debitamente messo a conoscenza del giudizio, la sentenza non ha alcun valore, secondo quanto stabilito dalle costituzioni imperiali: *Item cum ex edicto peremptorio, quod neque propositum est neque in notitiam pervenit absentis, condemnatio fit, nullius momenti esse sententiam constitutiones demonstrant*.

²⁶ Il riferimento ai *munera* è molto probabilmente interpolato: in questo senso cfr. già M. LAURIA, *Sull'«appellatio»*, in *Archivio giuridico* 97.2 (1927) = *Studii e ricordi* cit. 67 nt. 13 e VIARENGO, *L'excusatio tutelae nell'età del Principato* cit. 124 nt. 3, la quale evidenzia che da altre fonti (ad es. D. 49.4.1.1-4; D. 50.5.1pr.-1) risulterebbe per la richiesta dell'esenzione da un *munus* o da un *honor* una procedura diversa rispetto a quella per la dispensa dalla tutela.

²⁷ «La triade suggerita da Macro si può intendere come un'efficace, anche se non esaustiva, sintesi delle tipiche *causae excusationis* riconosciute al tempo del giurista» (così VIARENGO, *L'excusatio tutelae nell'età del Principato* cit. 125).

numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasset intellegitur) ed in tal caso è necessario l'appello, altrimenti, scaduti i termini per la presentazione dello stesso, la *sententia*²⁸, nonostante sia errata, diventa definitiva.

Il testo, pur non esente da qualche sospetto di interpolazione ma nella sostanza ritenuto genuino dall'opinione dominante degli studiosi²⁹, si presenta di notevole interesse e complessità.

In via preliminare, è opportuno richiamare l'attenzione, seppur brevemente, sull'analogia e soprattutto sulle differenze esistenti tra questa testimonianza e quella di Ulpiano riportata in D. 4.4.11.2.

Per quanto concerne il motivo di affinità, si può notare che in entrambi i testi si fa riferimento alla problematica di un provvedimento di *excusatio* concesso *contra constitutiones*.

A parte questo punto di contatto, tuttavia, fra i due passi vi sono alcune differenze: in D. 49.8.1.2 Macro tratta dei motivi di esonero dalla tutela, mentre Ulpiano, in D. 4.4.11.2, si riferisce a quelli dell'*excusatio* dalla curatela, anche se in realtà tale

²⁸ Questo è il termine utilizzato da Macro, anche se CALAMANDREI, *La Casazione civile* cit. 34, 41, evidenzia che la fattispecie riguarda 'veramente piuttosto la giurisdizione volontaria che quella contenziosa' e che 'più che di sentenza giudiziaria trattasi di un provvedimento amministrativo'.

²⁹ Per alcuni sospetti di interpolazione, che comunque non intaccano il valore sostanziale del passo, cfr. VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustiniane* cit. 389 nt. 1; S. SOLAZZI, *La dispensa del tutore dopo M. Aurelio*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 35 (1927) 57 nt. 1; LAURIA, *Sull'«appellatio»* cit. 67 nt. 13; APELT, *Die Urteilsnichtigkeit* cit. 238 nt. 94; LITEWSKI, *Die römische Appellation* cit. 381 nt. 31; VIARENGO, *L'excusatio tutelae nell'età del Principato* cit. 124.

Ritiene invece che l'interpolazione riguardi proprio la regola contenuta nella parte iniziale di D. 49.8.1.2 P. KOSCHAKER, *Recensione a H. APELT, Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* 58 (1938) 360 nt. 3.

Richiamano, comunque, 'la sostanziale classicità del testo' BONINI, *I «libri de cognitionibus» di Callistrato* cit. 64 nt. 26; TUZOV, *Contra ius sententiam dare* cit. 283.

differenza non ha molto rilievo per l'equiparazione in tema di regime dell'*excusatio* fra la *tutela impuberum* e la *cura minorum*³⁰.

In D. 49.8.1.2, inoltre, la contrarietà alle norme imperiali viene richiamata da Macro che ricorda l'ipotesi di colui che giudica *contra constitutiones*, evidenziando l'inutilità dell'appello nei confronti di una sentenza del genere evidentemente da ritenersi nulla, mentre in D. 4.4.11.2 il principio della nullità delle sentenze contrarie alle norme imperiali non risulta ancora affermato con chiarezza, ma si desume solo indirettamente a seguito dell'intervento imperiale.

Occupandoci in modo più particolare di D. 49.8.1.2, ai fini dell'indagine che qui si intende svolgere, l'aspetto di maggiore rilievo sul quale bisogna soffermarsi è rappresentato dalla distinzione tra decisioni giudiziali *contra ius constitutionis* e quelle *contra ius litigatoris*.

A questo proposito risulta chiaro che essa non coincide con l'altra nota differenza tra errore di diritto e quello di fatto, dal momento che le sentenze *contra ius constitutionis* sono viziate da un errore relativo all'esistenza della norma in se stessa, mentre quelle *contra ius litigatoris* sono viziate da un errore, che può essere sia di fatto che di diritto, riguardante l'esistenza di un diritto subiettivo delle parti.

Precisato ciò, tuttavia, va subito posto in evidenza che la bipartizione '*contra ius constitutionis*' – '*contra ius litigatoris*', considerata fondamentale per individuare un criterio idoneo ai fini del riconoscimento dell'invalidità o meno delle sentenze, presenta alcuni aspetti problematici.

³⁰ Sul punto cfr., ad esempio, CERVENCA, *Studi sulla cura minorum*, 2, cit. 201 s.; T. MASIELLO, *I libri excusationum di Erennio Modestino*, Napoli 1983, 79 ss., il quale ricorda che «I compilatori giustinianeî avrebbero 'livellato' i due istituti, in armonia con le nuove concezioni in materia di rapporti tutelari, emerse – ma esistono forti oscillazioni nella letteratura romanistica – già alla fine del III secolo d. C.; concezioni che rendevano quello del curatore dei minori un ufficio stabile, obbligatorio e oneroso» (*op. cit.* 79 s.).

In primo luogo, si può notare che, con riferimento alle espressioni ‘*ius constitutionis*’ e ‘*ius litigatoris*’, nonostante siano molto tecniche, Macro non dà una precisa definizione delle stesse, ma si limita a chiarirne il significato ricorrendo ad alcuni esempi in tema di *excusatio* dalla tutela (scelta del tema, peraltro, quanto mai appropriata poiché la complicata materia era disciplinata da numerosissime costituzioni, in base alle quali doveva essere decisa la concessione della dispensa).

In secondo luogo, con riguardo alla ‘strana’³¹ contrapposizione fra sentenze *contra ius constitutionis* e quelle *contra ius litigatoris*, si deve evidenziare che notevoli sono le perplessità soprattutto a proposito dell’espressione ‘*ius constitutionis*’.

Sull’argomento, infatti, già Vassalli ha parlato di una ‘locuzione abbastanza stiracchiata’³² e Calamandrei ha affermato che con questa espressione sembra che Macro «ponga dinanzi al giudice, accanto alla parte che chiede il riconoscimento di un suo diritto subiettivo (*ius litigatoris*), la personificazione della legge, la *Constitutio*, la quale nelle parole del giureconsulto assume quasi una ideale capacità di soggetto giuridico, dotato di fronte al giudice di un suo diritto di sovranità (*ius constitutionis*)»³³.

I maggiori problemi relativi alla bipartizione ‘*ius constitutionis*’ e ‘*ius litigatoris*’, inoltre, riguardano, da un lato, la precisa individuazione di quando si giudichi *de iure constitutionis* e, dall’altro, l’effettiva portata dell’invalidità delle decisioni giudiziali *contra constitutiones*, se cioè essa possa considerarsi come

³¹ Così ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 283.

³² VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustinianee* cit. 389 nt. 1.

L’espressione *ius constitutionis*, peraltro, non risulta testimoniata in nessun altro passo del Digesto (cfr. sv. *Constitutio*, in *VIR.*), ma si ritrova soltanto in una costituzione riportata nel Codice Teodosiano libro quinto, titolo primo *De legitimis hereditatibus* (CTh. 5.1.2): ‘*usque ad nepotem ius constitutionis temperatum suum teneat robur atque firmitatem*’, riguardante tuttavia un contesto del tutto diverso da quello di D. 49.8.1.2. Sul punto, di recente, cfr. TUZOV, ‘*Contra ius sententiam dare*’ cit. 283.

³³ CALAMANDREI, *La Cassazione civile* cit. 47.

un principio generale accolto in modo unanime anche con riferimento ad altre testimonianze tardoclassiche.

In merito al primo punto, si può affermare che la nullità della sentenza *contra ius constitutionis* non si ha tutte le volte che essa sia contraria alla legge, ma soltanto quando l'errore di diritto ricada sulla premessa maggiore del sillogismo giudiziale³⁴.

Come è noto, tale sillogismo nella sua struttura formale si fonda tradizionalmente sull'individuazione della norma giuridica astrattamente applicabile (premesse maggiore), sulla riconduzione della fattispecie concreta alla previsione normativa (premesse minore) e sulla decisione (conclusione) che sancisce l'effettività dell'applicazione della norma al caso concreto.

L'invalidità della decisione giudiziale, pertanto, si avrebbe quando il giudice ha posto a fondamento della premessa maggiore del suo sillogismo un principio di diritto inconciliabile con una norma vigente.

Se tale discorso appare chiaro, tuttavia, maggiori problemi si hanno qualora si voglia individuare in quale forma debba manifestarsi la violazione di legge da parte del giudice.

Non a caso sull'argomento numerose sono le discussioni, risalenti già ai commentatori dell'età medievale e agli studiosi tedeschi dell'Ottocento, se sia indispensabile un *error expressus* e quali i suoi requisiti, se sia sufficiente che la violazione sia deducibile dalla sentenza stessa oppure se sia necessario che il giudice abbia formulato in modo astratto e generale un principio contrario alla legge³⁵.

Come ben si intende, il problema relativo all'individuazione precisa del comportamento del giudice che si pronuncia *contra constitutiones* risulta di notevole difficoltà e sarà opportuno ve-

³⁴ In questo senso si veda già VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustinianee* cit. 390.

³⁵ Per una sintesi dei diversi orientamenti si veda CALAMANDREI, *La Cassazione civile* cit. 42 s. Sul punto si veda anche G. P. MASSETTO, sv. *Sentenza (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto* 51 (1989) 1224 ss.; ROSBOCH, *Decidere invano*, 1, *Aspetti delle invalidità nelle sentenze medievali* cit. 61 ss.

rificarlo pure in relazione alle altre fonti sul tema, non essendo possibile risolverlo qui in poche battute.

Per quanto concerne D. 49.8.1.2, tuttavia, mi sembra che, ai fini dell'invalidità della sentenza, Macro richiami l'attenzione sul fatto che il giudice deve esplicitamente negare l'esistenza di una norma vigente, come è confermato dal dato letterale: *nam si iudex [...] dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse*. Sul punto, di conseguenza, si potrebbe ipotizzare che per il giurista non sia sufficiente che la violazione possa essere ricavata, almeno in modo implicito, dalla sentenza.

L'altro aspetto di carattere più generale, riguardante la regola indicata da Macro dell'invalidità delle sentenze *contra constitutiones*, è se tale regola sia stata concordemente accolta anche in altri testi del tardo principato oppure sia riconducibile soltanto al pensiero del giurista severiano; di ciò mi occuperò nelle prossime pagine.

3. D. 42.1.32: Callistrato e l'errore di sussunzione

Una testimonianza significativa in materia è un passo del giurista Callistrato, tratto dal terzo libro delle *cognitiones* e riportato nel Digesto nel libro quarantaduesimo, titolo primo «*De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*»:

D. 42.1.32 Call. 3 *cognit.*: Cum prolatis constitutionibus contra eas pronuntiat iudex, eo quod non existimat causam de qua iudicat per eas iuvari. Non videtur contra constitutiones sententiam dedisse. Ideoque ab eiusmodi sententia appellandum est: alioquin rei iudicatae stabitur³⁶.

³⁶ Sul testo si veda, per una prima indicazione, CALAMANDREI, *La Cassazione civile* cit. 44 s.; E. LEVY, *Gesetz und Richter im Kaiserlichen Strafrecht. Erster Teil. Die Strafzumessung*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 45 (1938) 138 = *Gesammelte Schriften*, 2, Köln-Graz 1963, 489, che qui si cita; BONINI, *I*

Nel testo il giurista avverte che il giudice che abbia pronunciato la sentenza contro le costituzioni prodotte in giudizio, non ritenendo opportuno applicarle alla controversia sottoposta alla sua attenzione (*iudex, eo quod non exstimat causam de qua iudicat per eas iuvare*), non risulta aver emanato una sentenza *contra constitutiones* (*non videtur contra constitutiones sententiam dedisse*).

In tale ipotesi, pertanto, la valutazione compiuta dal giudice – errata o giusta che sia – non comporta l’invalidità della sentenza, la quale, seppur contraria ad una disposizione imperiale, può essere appellata, altrimenti sarebbe passata in giudicato producendo i suoi effetti (*ideoque ab eiusmodi sententia appellandum est: alioquin rei iudicatae stabitur*)³⁷.

Dal passo di Callistrato, dunque, emerge che la contrarietà della sentenza ad una norma giuridica non comporta in ogni caso la nullità della sentenza e nello specifico non si ha la nullità della sentenza qualora vi sia un errore di sussunzione cioè quando il giudice abbia sbagliato nel decidere se applicare o meno una norma al caso concreto.

“libri de cognitionibus” di Callistrato cit. 63 ss.; RAGGI, La restitutio in integrum cit. 318; ORESTANO, L’appello civile in diritto romano cit. 280; G. MACCORMACK, The Liability of the Judge in the Republic and Principate, in ANRW. 2.14, Berlin-New York 1982, 15 nt. 43; R. LAMBERTINI, Cons. 8: il vetus iurisconsultus e il giudice in causa propria (aspetti della responsabilità del giudice nel tardoantico), in PULIATTI, AGNATI (a cura di), Principi generali e tecniche operative del processo civile romano cit. 93 nt. 23; Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica, Torino 2010, 207 nt. 36; F. PERGAMI, Caracalla e la querela nullitatis, in Nuovi studi di diritto romano tardoantico, Torino 2014, 198; TUZOV, ‘Contra ius sententiam dare’ cit. 261 s.

³⁷ Ritene che questa parte finale del passo sia un’aggiunta glossematica M. MARRONE, L’efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano, in Annali del Seminario giuridico dell’Università di Palermo 24 (1955) 407 nt. 9. Tuttavia, per un’opinione contraria a tale ipotesi si veda BONINI, I “libri de cognitionibus” di Callistrato cit. 65 e nt. 31, secondo il quale la chiusa del testo risulta rilevante perché, oltre a manifestare l’attenzione del giurista nei confronti dei problemi sotto il profilo della pratica, evidenzia le conseguenze del mancato esercizio dell’appello.

Ponendo in relazione D. 42.1.32 con il testo di Macro (D. 49.8.1.2), precedentemente esaminato a proposito della distinzione tra sentenze *contra ius constitutionis* e quelle *contra ius litigatoris*, l'opinione dominante della storiografia ha evidenziato come la testimonianza di Callistrato presupponga tale distinzione, dal momento che in D. 42.1.32 l'errore del giudice non riguarda un giudizio astratto che neghi per tutti i casi la validità della norma (come sarebbe nell'ipotesi di una sentenza *contra constitutiones*), ma concerne la valutazione sul caso concreto che individua il rapporto tra la norma e quella determinata fattispecie³⁸. Si tratta, pertanto, di un errore relativo ai limiti dell'applicabilità della legge, che non riguarda però l'efficacia della stessa nei confronti di altre ipotesi differenti da quella sottoposta all'esame del giudice.

In modo più specifico, per quanto concerne la nostra indagine, il passo di Callistrato risulta di qualche interesse per un duplice ordine di motivi.

In primo luogo, è opportuno notare che il giureconsulto tenta di chiarire il concetto espresso dal sintagma *contra constitutiones*, prescindendo da alcune fattispecie particolari legate a determinati presupposti, a differenza di Macro che in D. 49.8.1.2 pone alla base del suo ragionamento alcuni esempi in tema di *excusationes* dalla *cura muneris* e dall'ufficio del tutore.

Con particolare riferimento a questo aspetto, però, va evidenziata una certa imprecisione di significati poiché lo stesso Callistrato adopera l'espressione *contra constitutiones* in due accezioni differenti addirittura all'interno di un unico periodo della medesima testimonianza: egli, infatti, afferma che non deve essere considerata come una sentenza *contra constitutiones* (*non videtur contra constitutiones sententiam dedisse*) la decisione del

³⁸ Si veda ad esempio CALAMANDREI, *La Cassazione civile* cit. 44 s.; VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustinianee* cit. 390; BONINI, *I «libri de cognitionibus» di Callistrato* cit. 63 ss.; ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 280; TUZOV, *'Contra ius sententiam dare'* cit. 261 s.

giudice che, qualora siano state prodotte alcune costituzioni in giudizio (*cum prolatis constitutionibus*), abbia pronunciato *contra eas* cioè *contra constitutiones (contra eas pronuntiat iudex)*³⁹.

D. 42.1.32 dimostra, pertanto, da un lato, che il sintagma *contra constitutiones* possa avere diverse accezioni e, dall'altro, che non sempre i giuristi lo utilizzano con estrema precisione.

Con riferimento al significato del concetto di sentenza contraria alle norme imperiali, inoltre, va sottolineato che Callistrato, in D. 42.1.32, spiega che cosa non comporti la nullità della *sententia contra constitutiones*, ma non chiarisce, invece, quali sono i presupposti che possono provocarla.

Da questo punto di vista, dunque, D. 42.1.32 non contribuisce a precisare ulteriormente i contorni della complessa fattispecie della nullità della sentenza *contra constitutiones*, poiché non è aggiunto nulla di nuovo rispetto a quanto affermato da Macro in D. 49.8.1.2⁴⁰.

Occupandoci, invece, del secondo motivo di interesse del passo, l'aspetto particolarmente meritevole di rilievo è che, dalla testimonianza di Callistrato, viene ribadito un certo potere discrezionale del giudice che deve interpretare e, di conseguenza, scegliere quale norma applicare al caso concreto.

Dato che l'attività giurisdizionale del giudice, come è noto, consiste nel risolvere le controversie applicando le norme esistenti, risulta confermato, alla luce di D. 42.1.32, che il giudice è l'unico che può valutare le caratteristiche del caso concreto e confrontarle con quelle delle fattispecie previste dalle singole norme. Da questa prospettiva, pertanto, non viene a ridursi quel particolare potere discrezionale che permette al giudice di essere libero di scegliere quale sia la norma più idonea alla soluzione

³⁹ Sul punto cfr. LITEWSKI, *Die römische Appellation* cit. 384 nt. 36; TUZOV, 'Contra ius sententiam dare' cit. 282.

⁴⁰ In questo senso cfr., ad esempio, APELT, *Die Urteilsnichtigkeit* cit. 94; LITEWSKI, *Die römische Appellation* cit. 383; BONINI, I "libri de cognitionibus" di Callistrato cit. 63 s., TUZOV, 'Contra ius sententiam dare' cit. 261 s.

della questione sottoposta al suo esame, anche se – è appena il caso di avvertire – tale potere discrezionale di certo non può essere inteso nel senso di un'assoluta arbitrarietà⁴¹.

La testimonianza di Callistrato, pertanto, è a mio avviso significativa poiché se è vero che non contribuisce a chiarire in maniera determinante che cosa si debba intendere per nullità della sentenza *contra constitutiones*, è altrettanto vero che ribadisce, anche per quanto concerne l'età dei Severi nella quale tende sempre di più ad affermarsi la legge imperiale quale fonte di produzione del diritto, un certo potere discrezionale del giudice e il suo ruolo fondamentale nell'interpretazione e nella scelta dell'applicabilità delle norme.

4. *CI. 7.64.2: Alessandro Severo e la 'sententia contra tam manifesti iuris formam data'*

In relazione a D. 49.8.1.2, occorre ricordare, pure, una co-

⁴¹ Sul particolare concetto di 'discrezionalità' del giudice, da intendersi non come libertà incondizionata, si veda, ad esempio, M. SARGENTI, *Premesse ad una ricerca sulla «discrezionalità» del magistrato romano*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, 1, 1971, ora in *Scritti di Manlio Sargenti* cit. 803 ss., il quale ricorda che: «Il senso del limite, la rappresentazione di una scelta guidata da criteri di valutazione non meramente subiettivi ed arbitrari, sono, dunque, vivi nel significato del termine discrezione. Trasferiti sul terreno giuridico, questi elementi si traducono nel potere di apprezzare, entro margini determinati, l'opportunità di soluzioni possibili rispetto ad una norma di condotta solo generica [...] e di attuare la soluzione più conveniente in considerazione di un pubblico interesse» (*op. ult. cit.* 826 s).

D'altra parte, proprio con riferimento ai limiti della discrezionalità dell'organo giudicante nell'età dei Severi, va ricordato che Papiniano ha affermato che *facti quidem quaestio sit in potestate iudicantium, iuris autem auctoritas non sit*: D. 50.1.15pr. Papin. 1 resp.: *Ordine decurionum ad tempus motus et in ordinem regressus ad honorem, exemplo relegati, tanto tempore non admittitur, quanto dignitate caruit. Sed in utroque placuit examinari, quo crimine damnati sententiam eiusmodi meruerunt: durioribus etenim poenis affectos ignominia velut transacto negotio postea liberari, minoribus vero, quam leges permittunt, subiectos nihilo minus inter infames haberi, cum facti quidem quaestio sit in potestate iudicantium, iuris autem auctoritas non sit.*

stituzione di Alessandro Severo, pervenutaci nel Codice di Giustiniano nel libro settimo, titolo sessantaquattresimo «*Quando provocare necesse non est*»:

CI. 7.64.2 *Imp. Alexander A. Capitoni*: Si, cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, iudex datus a praeside provinciae pronuntiavit potuisse defunctum et minorem quattuordecim annis testamentum facere ac per hoc aviam potioem esse, sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. 1. Quod si, cum de aetate quaereretur, implesse defunctum quartum decimum annum ac per hoc iure factum testamentum pronuntiavit, nec provocasti aut post appellationem impletam causa destitisti, rem iudicatam retractare non debes⁴².

Nel testo viene riportata la risposta dell'imperatore alla richiesta in merito ad una complessa questione ereditaria tra un erede legittimo e una erede testamentaria. La contestazione, da parte del primo, riguardava la validità del testamento che sarebbe stato redatto da un minore di quattordici anni, cioè di età inferiore a quella necessaria affinché un soggetto potesse testare. A seguito della contestazione, fu instaurato il giudizio al ter-

⁴² La *subscriptio* del provvedimento (PP. XVI K. April. Alexandro A. II <et Marcello> Cons.) e di conseguenza la sua datazione (226 d.C.) è ora possibile individuare alla luce della recente scoperta dei *Fragmenta Vallicelliana*: cfr. S. J. J. CORCORAN, *New subscript for old rescripts: the 'Vallicelliana' fragments of Justinian Code Book VII*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* 126 (2009) 410.

Sul testo si veda, per un primo riferimento, LAURIA, «*Contra constitutiones*» cit. 79; PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano* cit. 78, MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia* cit. 33 ss.; SORACI, *L'opera legislativa e amministrativa dell'imperatore Severo Alessandro* cit. 55 nt. 3; PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero* cit. 262; NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit. 115 s.; TUZOV, «*Contra ius sententiam dare*» cit. 268 ss., ivi ulteriore bibliografia.

mine del quale, però, venne riconosciuta la validità del testamento.

L'erede legittimo, tuttavia, dopo un certo periodo di tempo, ha ritenuto opportuno riproporre la questione ad Alessandro Severo, che, nel risolvere la controversia, prospetta due possibili ipotesi verificatesi nel precedente giudizio.

La prima è che il giudice avesse giustificato la validità del testamento, dichiarando che fosse possibile fare un testamento valido anche prima dei quattordici anni: in questo caso la sentenza (viziata da una sorta di errore di diritto), essendo contro una norma giuridica così chiara (*contra tam manifesti iuris formam datam*), non aveva alcun effetto (*nullas habere vires*) e perciò non era stato necessario neanche l'appello (*et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit*). In tale ipotesi, dunque, l'erede legittimo può riproporre l'azione.

La seconda possibilità, invece, è che il giudice avesse riconosciuto la validità del testamento, motivandola con il fatto che il *de cuius*, al momento di testare, avesse compiuto quattordici anni. In siffatta ipotesi, anche se non fosse stata questa l'età del testatore, la sentenza comunque era valida pur se errata (si sarebbe trattato di un errore per dir così di fatto e non di diritto). Nel caso, pertanto, in cui non fosse stato presentato l'appello (*nec provocasti*) oppure se il giudizio di appello, una volta iniziato, fosse stato in seguito abbandonato (*aut post appellationem impletam causa destitisti*), non è più possibile agire nuovamente in relazione a ciò che è stato già giudicato (*rem iudicatam retractare non debes*).

Il testo, come si è detto, riguarda una fattispecie piuttosto articolata ed ha interessato gli studiosi anche per la distinzione tra errore di fatto ed errore di diritto, che si ricava implicitamente dalla costituzione⁴³.

⁴³ Cfr. ad esempio RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano* cit. 72, il quale richiama «CI. 7.64.2, con la famosa distinzione tra errore di diritto ed errore di fatto, e la conseguente considerazione del primo come causa di

CI. 7.64.2, inoltre, risulta rilevante pure sotto il profilo della problematica della motivazione della sentenza poiché la risposta data dall'imperatore fa presupporre l'esistenza di una sorta di spiegazione con la quale il giudice avesse giustificato la propria sentenza, dal momento che, proprio dal differente tipo di argomentazione data nel precedente giudizio, Alessandro Severo fa dipendere le due diverse soluzioni del caso a lui sottoposto.

Ai fini del discorso che qui si sta conducendo, però, è opportuno confrontare CI. 7.64.2 con il passo di Macro (D. 49.8.1.2) sulla bipartizione '*contra ius constitutionis*' e '*contra ius litigatoris*'.

Una parte della storiografia, infatti, seguendo l'indicazione già presente nella Glossa⁴⁴, ha sottolineato lo stretto rapporto che esiste tra D. 49.8.1.2 e CI. 7.64.2⁴⁵.

In effetti, la costituzione, nel richiamare l'ipotesi del giudice che abbia formulato in maniera astratta e generale l'esistenza di un principio, quale quello della capacità di testare del minore di quattordici anni, contrario al diritto, sembra rifarsi all'idea di decisione giudiziale *contra ius constitutionis*, espressa da Macro.

nullità della pronuncia». Cfr., inoltre, ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 283, secondo cui la distinzione nel rescritto di Alessandro Severo non è data esplicitamente. Si veda pure TUZOV, '*Contra ius sententiam dare*' cit. 270 s.

⁴⁴ Grazie al contributo fondante di Irnerio: Gl. «Quando provocare necesse non est 7,64: Cum iudex contra ius constitutionis iudicavit [...]». Sul punto si veda ROSBOCH, *Decidere invano*, 1, *Aspetti delle invalidità nelle sentenze medievali* cit. 87, il quale sottolinea che la glossa di Irnerio è 'assai significativa, perché contiene in *nuce* molto dello sviluppo futuro dell'assetto delle invalidità della sentenza'.

⁴⁵ Sul rapporto tra D. 49.8.1.2 e CI. 7.64.2 si veda ad esempio VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustiniane* cit. 389, che ritiene che l'esempio riportato in D. 49.8.1.2 risponde esattamente al caso deciso in CI. 7.64.2. In questo senso cfr., anche, PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero* cit. 261 s., secondo cui si tratterebbe di una 'concordanza probabilmente non casuale', poiché Macro è da considerarsi attivo proprio sotto Caracalla e Alessandro Severo.

Di opinione differente è LAURIA, «*Contra constitutiones*» cit. 81, per il quale CI. 7.64.2 non è 'parallelo' di D. 49.8.1.2.

A tal proposito, anche con riferimento alle modalità con le quali si deve manifestare il mancato rispetto della legge da parte dell'organo giudicante, vi sarebbe un'analogia tra le due testimonianze, poiché in entrambe la contrarietà al diritto non si desume indirettamente dalla sentenza ma da un'affermazione esplicita del giudice: come nel testo di Macro il *iudex* nega in maniera espresa l'esistenza di una norma vigente così in CI. 7.64.2 egli enuncia in modo chiaro la validità di un erroneo principio di diritto⁴⁶.

Se questo è vero, però, va segnalata tra i due testi una rilevante differenza per quanto riguarda la terminologia: nella costituzione di Alessandro Severo, diversamente dal testo di Macro, non si adopera l'espressione 'contro le costituzioni' (*contra constitutiones*), ma quella di 'sentenza contro una norma giuridica così chiara' (*sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam*).

Risulta opportuno, pertanto, soffermarsi su quest'ultima frase al fine di verificare se si tratti di una differenza significativa solo sotto il profilo terminologico oppure anche dal punto di vista sostanziale.

In via preliminare, va ricordato che Biondo Biondi ha posto qualche dubbio sulla genuinità dell'espressione '*iuris formam*', limitandosi ad affermare che si sarebbe trattata (insieme a *vires, et ideo, hac specie*) di una di quelle parole bizantine contenute nella costituzione⁴⁷.

Come è stato, però, già sottolineato da qualche autore, tali dubbi non risultano essere fondati⁴⁸. In particolare, il sintagma

⁴⁶ Come si desume, peraltro, dall'utilizzo del verbo pronuntiare; cfr. CI. 7.64.2: [...] *iudex datus a praeside provinciae pronuntiavit potuisse defunctum et minorem quattuordecim annis testamentum facere* [...].

⁴⁷ BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano* cit. 485, secondo il quale abbondano parole bizantine nella frase '*sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est et ideo in hac specie nec provocacionis auxilium necessarium fuit*'.

⁴⁸ Cfr. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit* cit. 95 nt. 240 e TUZOV, '*Contra ius sententiam dare*' cit. 271 s.

‘*iuris forma*’ è presente in vari passi del Digesto riconducibili all’epoca dei Severi⁴⁹ e in numerose costituzioni emanate nell’arco temporale a partire da tale epoca fino a quella di Diocleziano⁵⁰. Con specifico riferimento, invece, alle costituzioni successive all’età diocleziana e precedenti a Giustiniano tale espressione appare assai raramente⁵¹ e, inoltre, il dato più interessante è che lo stesso Giustiniano adopera la detta locuzione in un solo testo⁵² e una sola volta l’espressione simile *forma legum*⁵³.

Ritenendo, dunque, il sintagma ‘*iuris forma*’ genuino, va ricordato che il termine ‘*forma*’, caratterizzato da un ampio valore semantico⁵⁴, in questo caso esprime il significato di ‘regola di diritto’, ‘norma giuridica’⁵⁵.

Da tale punto di vista, pertanto, risulta evidente che la differenza tra D. 49.8.1.2 e CI. 7.64.2 non è solo terminologica ma anche sostanziale perché un conto è la contrarietà alle costituzioni imperiali e un conto è la contrarietà a una norma giuridica (tanto chiara).

A tal proposito, è significativo quanto affermato da Giovanni Pugliese, il quale sembra ricondurre tale differenza al nuovo assetto che si afferma nel principato: «La ragione prima del principio fu dunque strettamente politica e può individuarsi nell’e-

⁴⁹ Cfr., in particolare, D. 2.14.7.15; D. 4.4.22; D. 2.14.42; D. 46.1.49.2; D. 46.6.12; D. 30.114.7; D. 47.10.40.

⁵⁰ Si veda, ad esempio, CI. 3.32.1pr.; CI. 4.2.1; CI. 6.35.2.1; CI. 7.46.1; CI. 2.24.1; CI. 3.8.2; CI. 3.36.3; CI. 4.26.3; CI. 5.31.1; CI. 7.53.2; CI. 6.37.12pr.; CI. 7.64.2; CI. 4.32.15; CI. 10.46.1; CI. 5.42.2pr.; CI. 3.38.4; CI. 4.2.15; CI. 5.22.1; CI. 7.53.9; CI. 7.62.5; CI. 8.44.27; CI. 9.2.11; CI. 9.22.19.1. Cfr. inoltre Cons. 9.19 e Fr.Vat. 281.

⁵¹ Cfr. CI. 5.37.24.1; CTh. 4.8.9; CTh. 9.1.9; CTh. 12.1.2; CTh. 12.1.146.

⁵² Cfr. CI. 6.58.15.3b.

⁵³ Cfr. CI. 1.17.2.11, riprodotto in *Const. Tanta*, 11.

⁵⁴ Cfr. sv. *Forma*, in *Manuale latinitatis fontium iuris* cit. 385, dove sono ricordati i diversi significati di 1) *Species externa, Figura*; 1.A *Corpus humanum, Persona*; 2. *Descriptio, Determinatio*; 2.A *Gradus*; 3. *Effigies*; 3.A *Canalis aquae, Aquaeductus*; 4. *Formula, Regula, Tenor*; 4.A *Habitus, Ratio, Modus*.

⁵⁵ Cfr. in questo senso sv. *Forma*, in *VIR*. 906 al n. V con il significato di *regula, praeceptum, tenor, precipue in rebus forensibus*.

signenza di assicurare il rispetto delle costituzioni imperiali, in vista della supremazia e anzi del monopolio normativo che l'imperatore andava assumendo; più tardi, consolidatosi il principio e constatato inoltre che tutto il diritto derivava ormai in un modo o nell'altro dall'imperatore, il principio fu esteso a qualunque violazione di precetti giuridici»⁵⁶.

Questa ipotesi certamente può risultare di interesse al fine di comprendere le cause che hanno permesso l'introduzione ed il successivo ampliamento della regola dell'invalidità delle sentenze.

Con specifico riferimento, tuttavia, alla frase *sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam*, mi sembra opportuno richiamare l'attenzione anche sulle parole '*tam manifesti*' nel senso che in CI. 7.64.2 non sarebbe sufficiente che la sentenza sia contraria ad una qualsiasi regola di diritto, ma sarebbe richiesta la sua contrarietà ad una norma giuridica 'tanto chiara'.

Il requisito della 'contrarietà ad una norma giuridica così chiara', richiesto soltanto in CI. 7.64.2, evidentemente non equivale all'altro requisito della 'palese contrarietà ad una norma', che sembra essere presupposto sia in D. 49.8.1.2 (anche se a proposito solo delle costituzioni imperiali) che in CI. 7.64.2.

A tal riguardo, una parte della storiografia ha tuttavia considerato la contrarietà alla *tam manifesti iuris formam* come rientrante in qualche modo nel concetto più ampio di *contra ius constitutionis* prospettato da Macro.

In particolare, Litewski, nel proporre una duplice lettura di CI. 7.64.2, nel senso che la nullità della sentenza potrebbe dipendere dall'essere contraria sia soltanto ad una norma chiara che ad una qualsiasi norma giuridica, ha supposto che comun-

⁵⁶ PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano* cit. 78.

Dello stesso autore si veda pure in questo senso sv. *Giudicato (storia)* cit. 159, secondo cui «nella *cognitio* fu prevista anche una nullità dovuta a ragioni sostanziali (inosservanza di costituzioni imperiali, prima, violazione di una qualsiasi norma di diritto positivo, poi)».

que entrambe le ipotesi rientrerebbero nell'ambito di una contrarietà al *ius constitutionis*⁵⁷.

Va notato, però, che tale interpretazione può suscitare qualche perplessità poiché nella costituzione di Alessandro Severo non emergono elementi che, in maniera espressa, confermino il criterio di nullità ricordato da Macro.

Non a caso, di recente vi è chi, evidenziando tale discordanza tra D. 49.8.1.2 e CI. 7.64.2, addirittura ha parlato, con riguardo alla costituzione di Alessandro Severo di un 'criterio di valutazione alternativo' rispetto a quello di Macro, ai fini della distinzione delle sentenze nulle da quelle valide⁵⁸.

Sul punto, pur non essendo sicuri se effettivamente sia possibile parlare di un vero e proprio 'criterio di valutazione alternativo', tuttavia appare evidente che la regola che emerge da CI. 7.64.2 non coincide con quella risultante da D. 49.8.1.2, poiché essa da un lato estende la sfera della nullità riguardando non più solo la contrarietà alle costituzioni imperiali ma ad ogni norma giuridica e, dall'altro, però, la restringe limitandola solo al caso di sentenza contraria ad una norma giuridica molto chiara.

Dalla lettura delle testimonianze di Macro e di Alessandro Severo, emerge – a mio avviso – una certa imprecisione di concetti che non depone a favore dell'affermarsi di una regola sempre chiara ed univoca, ma dimostra, invece, l'esistenza di un principio che, introdotto molto probabilmente solo con riferimento alle sentenze contro le costituzioni imperiali, in seguito può aver subito qualche modifica essendo stato esteso anche a quelle contrarie ad ogni norma giuridica molto chiara.

⁵⁷ LITEWSKI, *Die römische Appellation* cit. 380.

⁵⁸ Così TUZOV, '*Contra ius sententiam dare*' cit. 273.

5. *Provvedimenti di Alessandro Severo a tutela del valore del giudicato*

Nel paragrafo precedente si è constatato come l'imperatore Alessandro Severo, disciplinando con CI. 7.64.2 l'invalidità delle sentenze *contra ius*, abbia confermato – seppur con alcune particolarità – una certa limitazione del potere discrezionale e della capacità decisionale dei giudici, prevedendo la subordinazione degli stessi al rispetto delle norme giuridiche⁵⁹.

Se questo per certi aspetti è vero, va evidenziato, tuttavia che, proprio nell'ambito dell'attività legislativa di Alessandro Se-

⁵⁹ Rispetto delle norme giuridiche che evidentemente deve riguardare anche le direttive in tema di prove. A tal riguardo, ad esempio, Alessandro Severo tende in qualche modo a restringere la libertà dell'organo giudicante nella valutazione delle prove, confermando quell'orientamento, sorto a partire da Adriano (cfr. D. 22.5.3.1-4), in base al quale il convincimento del giudice, per costituirsi in modo corretto, deve basarsi su una pluralità di mezzi di prova. In questa direzione, infatti, sembra orientato anche il provvedimento dell'imperatore severiano (CI. 4.20.2), con il quale in particolare si ricorda che, per provare lo *status ingenuitatis*, non è sufficiente la sola testimonianza orale, ma è necessario ricorrere anche ad *instrumenta ed argumenta*; cfr. CI. 4.20.2 Imp. Alexander A. Carpo: *Si tibi controversia ingenuitatis fiet, defende causam instrumentis et argumentis, quibus putas: soli etenim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt*. PP. X k. Mai. Maximo II et Aeliano cons. [a. 223].

Va segnalato, però, che precedentemente una costituzione di Settimio Severo e Caracalla, del 194 d.C., ha riconosciuto al giudice il potere di richiedere alle parti l'esibizione, nell'ambito del processo, dei documenti necessari *ad investigandam veritatis fidem*; cfr. CI. 2.1.2 Imp. Severus et Antoninus AA. Fausto: *Is, apud quem res agitur, acta publica tam criminalia quam civilia exhiberi inspicienda ad investigandam veritatis fidem iubebit*. PP. non. Iul. Severo A. et Albino cons. [a. 194].

Con riferimento all'onere della prova, tuttavia, G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo «per formulas»*, in *RIDA*. 3 (1956) 400 s. = *Scritti giuridici scelti*, 1, *Diritto romano*, Napoli 1985, 230 s., a proposito dell'affermarsi nella *cognitio extra ordinem* della nullità delle sentenze contrarie a norme vigenti, ha ipotizzato che: «Nulla impedisce che un'uguale conseguenza avesse luogo in caso di violazione di regole sull'onere della prova, specie se fatte proprie da rescritti imperiali, come quelle che addossavano al convenuto la prova dell'adempimento (C. 4,19,1), all'attore quella della proprietà (C. 4,19,2), all'attore ancora quella del versamento della somma di cui pretendeva la restituzione (C. 4,30,3)».

vero in tema di rapporto tra giudici e imperatore, è possibile scorgere anche una diversa tendenza a favore dell'operato dei giudici, volta cioè a tutelare il valore del giudicato⁶⁰.

A tale riguardo, infatti, di particolare interesse risultano alcuni provvedimenti, che – a mio parere – vanno esattamente in questa direzione.

Un testo molto significativo è rappresentato da una costituzione del 222 d.C., con la quale si apre il titolo sessantaquattresimo del libro settimo del Codice di Giustiniano, «*Quando provocare necesse non est*»:

CI. 7.64.1 *Imp. Alexander A. Apollinario et aliis*: Datam sententiam dicitis, quam ideo vires non habere contenditis, quod contra res prius iudicatas, a quibus provocatum non est, lata sit. Cuius rei probationem si promptam habetis, et citra provocationis adminiculum quod ita pronuntiatum est sententiae auctoritatem non obtinebit. *PP. VIII k. April. Alexandro A. cons. [a. 222]*⁶¹.

Nel provvedimento l'imperatore stabilisce la nullità di una

⁶⁰ Su alcuni aspetti della politica legislativa di Alessandro Severo si veda, per una prima indicazione, SORACI, *L'opera legislativa e amministrativa dell'imperatore Severo Alessandro* cit. 7 ss.; M. GRANT, *The Severans. The Changed Roman Empire*, London-New York 1996, 26 ss.; J.-P. CORIAT, *Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial a la fin du principat*, Roma 1997, *passim*; NASTI, *L'attività legislativa di Severo Alessandro* cit. 1 ss.; DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico* cit. 55 ss.; L. DI PINTO, *Cura studiorum. Tra pensiero giuridico e legislazione imperiale*, Napoli 2013, 93 ss., con specifico riguardo all'attività normativa di Alessandro Severo in tema di cultura ed istruzione, ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶¹ Sulla costituzione cfr. L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. it. di R. Orestano), Milano 1938, 307, dove con riferimento al testo si parla di 'conflitto della sentenza contro un'altra sentenza'.

Si veda, inoltre, BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano* cit. 485; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano* cit. 407 nt. 32; G. PUGLIESE, *La «cognitio» e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, 2, Milano 1963, 156 = *Scritti giuridici scelti*, 2, cit. 100; sv. *Giudicato civile (storia)* cit. 162; NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit. 116 nt. 15.

sentenza nel caso fosse stata pronunciata contro una precedente *res iudicata*, non oggetto di appello.

Nello specifico, infatti, a coloro che sostenevano l'invalidità di una nuova sentenza emessa *contra res prius iudicatas* e non impugnata con l'appello (*Datam sententiam dicitis, quam ideo vires non habere contenditis, quod contra res prius iudicatas, a quibus provocatum non est, lata sit*), l'imperatore risponde che, qualora fossero stati provati questi elementi (*cuius rei probationem si promptam habetis*), la nuova sentenza sarebbe risultata priva di valore senza bisogno della proposizione dell'appello (*et citra provocationis adminiculum quod ita pronuntiatum est sententiae auctoritatem non obtinebit*).

Tale affermazione – come ben si intende – è di notevole interesse, in quanto certifica in qualche modo il rilievo riconosciuto dall'imperatore al giudicato, al punto tale che una sentenza contraria alla precedente *res iudicata* è da considerarsi contraria al diritto (senza bisogno, dunque, di alcuna impugnazione)⁶².

Questo principio risulta importante, ai fini della nostra indagine, per un duplice profilo.

In primo luogo, esso rivela l'introduzione nell'età dei Severi di un'altra nuova causa di nullità delle sentenze per ragioni sostanziali: accanto a quella relativa alla violazione del diritto vigente (in modo particolare le costituzioni imperiali), vi è anche quella riguardante il palese contrasto con un precedente giudicato: nella *cognitio* il giudice di un eventuale nuovo processo non avrebbe potuto violare quella *res iudicata*, presupponendosi,

⁶² Sul principio della nullità di una pronuncia *contra res prius iudicatas* si veda, anche, CI. 7.53.6 Imp. Philippus A. et Philippus C. Titiano: *Si, ut proponis, rerum iudicatarum exsecutor datus partes sibi iudicis vindicavit et contra ea, quae pridem pro partibus tuis fuerunt statuta, aliquid pronuntiandum putavit, sententia ab eo dicta vim rei iudicatae obtinere nequaquam potest*; su cui cfr. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 274.

dunque, l'esistenza di una regola che imponga ai giudici di rispettare il giudicato.

Sotto un altro profilo, però, il principio denota anche l'importante ruolo riconosciuto dall'imperatore all'operato degli stessi giudici, poiché la violazione di una precedente *res iudicata* viene ad essere paragonata, per quanto riguarda gli effetti giuridici, alla violazione di una norma di diritto, finendosi così per considerare in qualche modo la 'sentenza come una fonte di *ius*'⁶³.

A conferma dell'attenzione rivolta da Alessandro Severo al giudicato vi sono anche altre costituzioni dello stesso imperatore.

In primo luogo vanno ricordate quelle che mirano a distinguere dalla sentenza, che può costituire *res iudicata*, gli altri provvedimenti degli organi giudicanti che non hanno forza di *iudicatum*.

A questo proposito, di rilievo è una costituzione contenuta nel titolo cinquantasettesimo del libro settimo del Codice di Giustiniano, denominato significativamente «*Comminationes epistulas programmata subscriptiones auctoritatem rei iudicatae non habere*»:

CI. 7.57.2 *Imp. Alexander A. Maximiano*: *Rei iudicatae effectum non habet, quod per epistulam rector provinciae solvere vos pecuniam rei publicae iussit. PP. IIIII id Mart. Maximo II et Aeliano cons. [a. 223]*⁶⁴.

Nel provvedimento l'imperatore precisa che non ha l'effetto della cosa giudicata l'*epistula* del governatore provinciale che ordina di pagare una somma a favore della *res publica*. Per quanto riguarda il profilo terminologico, va segnalato l'utilizzo dell'e-

⁶³ Le parole fra virgolette sono di PUGLIESE, sv. *Giudicato civile (storia)* cit. 162.

⁶⁴ Su CI. 7.57.2 si veda, per un prima indicazione, PUGLIESE, *La «cognitio» e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato* cit. 90; CORIAT, *Le prince législateur* cit. 294 nt. 26.

spressione *res publica*, che probabilmente denota da parte di Alessandro Severo la tendenza a non voler accentuare, anche da questo punto di vista, i caratteri dell'assolutismo imperiale.

Ai fini della nostra indagine, tuttavia, quello che rileva è specialmente la volontà dell'imperatore di precisare i provvedimenti che non possono valere come *res iudicatae*, quali appunto le *epistulae* del governatore provinciale.

La *ratio* della norma, dunque, ben si comprende alla luce delle caratteristiche della *cognitio extra ordinem*: mentre nel processo formulare risulta chiaro il criterio distintivo tra le sentenze, emesse dal *iudex unus* o dai *recuperatores*, che possono valere come *res iudicatae* e gli altri provvedimenti dei magistrati che non sono sentenze e pertanto non hanno valore di giudicato, nel nuovo sistema processuale, invece, tale criterio non è più applicabile poiché vi sono differenti tipi di provvedimenti emanati da diversi organi giudicanti e, di conseguenza, può risultare necessario chiarire quali abbiano valore di *res iudicatae*.

Questa esigenza, avvertita del resto non solo da Alessandro Severo ma anche da altri imperatori (come confermano le costituzioni riportate in CI. 7.57), risulta testimoniata pure in un passo delle *Pauli Sententiae*, libro quinto, titolo quinto, «*De effectu sententiarum et finibus litium*», dove con riferimento alla nozione di giudicato si menzionano gli organi, le cui decisioni hanno valore di *res iudicatae*:

PS. 5.5a.1: *Res iudicatae videntur ab his, qui imperium potestatemque habent vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur, itemque a magistratibus municipalibus usque ad summam, qua ius dicere possunt, itemque ab his, qui ab imperatore extra ordinem petuntur. Ex compromisso autem iudex sumptus rem iudicatam non facit: sed si poena inter eos promissum sit, poena re in iudicium deducta ex stipulatu peti potest*⁶⁵.

⁶⁵ Su PS. 5.5a.1, con particolare riferimento alle problematiche riguardanti la decisione arbitrale che non produce effetti di giudicato, si veda, di recente, T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium'*:

È opportuno ricordare, inoltre, che nella *cognitio extra ordinem* non tutte le decisioni degli organi giudicanti idonei ad emanare sentenze potevano costituire *res iudicatae*, ma soltanto quelle definitive.

A questo riguardo, va menzionata un'altra costituzione (CI. 7.57.3), con cui Alessandro Severo ritiene opportuno distinguere, nell'ambito delle pronunzie dell'autorità imperiale, quelle preliminari o provvisorie da quelle che definiscono la lite e concludono il processo:

CI. 7.57.3 *Idem [Imp. Alexander] A. Zotico*: Ea, quae causa cognita statuuntur, subscriptionibus revocari non posse saepe rescriptum est. *PP. VI id Sept. Albino et Maximo cons.* [a. 227]⁶⁶.

Nel provvedimento, infatti, l'imperatore precisa che si deve considerare sentenza solo una statuizione emanata con 'cognizione di causa' cioè a seguito di una completa valutazione degli elementi della causa, non risultando, pertanto, le *subscriptiones* avere autorità di cosa giudicata.

In questa stessa direzione si colloca anche un altro provvedimento di Alessandro Severo, CI. 7.45.3, con cui si precisa il concetto di 'sentenza definitiva':

CI. 7.45.3 *Imp. Alexander A. Vettio*: Praeses provinciae non ignorat definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutio-nem non continet, pro iusta non haberi. *PP. k. Oct. Maximo II et Aeliano cons.* [a. 223]⁶⁷.

un itinerario nella giurisprudenza classica, in GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, 2, cit. 163 s.

⁶⁶ Sul testo cfr., per alcune principali indicazioni, PUGLIESE, *La «cognitio» e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato* cit. 90; sv. *Giudicato civile (storia)* cit. 158; CORIAT, *Le prince législateur* cit. 422.

⁶⁷ Sulla costituzione cfr., per un primo riferimento, ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 275 s., che ricorda il testo a proposito dell'invalidità della 'sentenza difettosa nella formulazione'; di recente, si veda L. FRANCHINI, *Il giudicato in rapporto alle formalità di rito (a proposito della struttura dell'«obligatio iudicati»)*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Res iudicata'*, 1, Napoli 2015, 148 nt. 45.

L'imperatore, infatti, chiarisce che non può considerarsi 'sentenza definitiva' quella che non contiene la condanna o l'assoluzione (*quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro iusta non haberi*).

Tale principio, confermato anche da costituzioni di altri imperatori⁶⁸, si ritrova in un noto testo di Modestino, con cui si apre il titolo del Digesto sulla *res iudicata* (D. 42.1), dove è precisato, appunto, che la *res iudicata* è quella che pone fine alla controversia per mezzo della sentenza del giudice, che contiene la condanna o l'assoluzione:

D. 42.1.1 Modest. 7 *pandectarum*: Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit.

Con riferimento alla necessità di chiarire quando una sentenza possa avere l'*auctoritas* è opportuno ricordare, infine, un'altra costituzione di Alessandro Severo del 230 d.C.:

CI. 7.45.4 *Idem [Imp. Alexander] A. Severae*: Prolatam a praeside sententiam contra solitum iudiciorum ordinem auctoritatem rei iudicatae non obtinere certum est. *PP. XV k. Ian. Alexandro A. III et Dione cons.* [a. 229]⁶⁹.

⁶⁸ Sul concetto di sentenza definitiva cfr., ad esempio, CI. 7.45.7 *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Isidorae*: *Ex stipulatione parta actione pacisci proximis personis suadendo praeses provinciae verborum obligationem, quam certo iure tolli tantum licet, extinguere non potest, nec vox omnis iudicis iudicati continet auctoritatem, cum potestatem sententiae certis finibus concludi saepe sit constitutum*. 1. *Quapropter si nihil causa cognita secundum iuris rationem pronuntiatum est, vox pacisci suadentis praesidis actionem tuam perimere, si quam habuisti, minime potuit*; CI. 7.45.9 *Idem [Imp. Diocletianus et Maximianus] AA. et CC. Domno*: *Post sententiam, quae finibus certis concluditur, ab eo qui pronuntiaverat vel eius successore de quaestione, quae iam decisa est, statuta rei iudicatae non obtinent auctoritatem: nam nec de possessione pronuntiatam proprietati ullum praeiudicium adferunt nec interlocutiones ullam causam plerumque perimunt*. S. III non. April. CC. cons. [294].

⁶⁹ Su CI. 7.45.4 cfr., per una prima indicazione, ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 274 s.; CORIAT, *Le prince législateur* cit. 294 nt. 25.

Nel provvedimento l'imperatore, infatti, afferma che non ottiene l'*auctoritas* di *res iudicata* una sentenza pronunciata dal preside *contra solitum iudiciorum ordinem*, evidenziando, da questo punto di vista, la notevole importanza riconosciuta alla prassi giudiziaria e soprattutto la volontà di mantenere saldo l'ordine tradizionale dei giudizi⁷⁰.

Da quanto fin qui detto, dunque, con riferimento al problematico rapporto tra il giudice e l'autorevolezza delle norme imperiali, emerge nella politica legislativa di Alessandro Severo una certa oscillazione, poiché se da un lato egli ribadisce la subordinazione del giudice confermando quell'indirizzo volto al rispetto delle norme giuridiche (CI. 7.64.2), dall'altro, però, tende a manifestare una notevole attenzione anche verso l'operato dei giudici, preoccupandosi non solo di precisare quando una sentenza possa essere considerata definitiva ed avere l'*auctoritas* di *res iudicata* (CI. 7.45.3; CI. 7.57.2), ma anche di garantire l'autorità del giudicato, prevedendo la nullità della nuova sentenza *contra res prius iudicatas* (CI. 7.64.1) o *contra solitum iudiciorum ordinem* (CI. 7.45.4).

6. D. 49.1.19: Modestino e la 'sententia expressim contra iuris rigorem data'

Nel continuare l'analisi delle testimonianze riguardanti il nostro argomento è opportuno esaminare un testo di Modestino tratto dal suo *liber singularis de enucleatis casibus* ed inserito nel Digesto, nel libro quarantanovesimo, titolo primo «*De appellationibus et relationibus*»:

D. 49.1.19 Modestin. *lib. sing. de enucleatis casibus*: Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet: et ideo

⁷⁰ Sul punto cfr. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 274, che richiama CI. 7.45.4 tra le costituzioni che «fanno obbligo al giudice di emanare le sentenze in maniera conforme alla prassi consueta».

et sine appellatione causa denuo induci potest. <Non iure proferitur sententia, si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata>⁷¹. Unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia. Unde potest causa ab initio agitari⁷².

Nel passo il giurista afferma che la sentenza espressamente contraria al diritto (*si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit*) non deve avere alcun valore (*valere non debet*) e, perciò, anche senza l'appello è possibile riproporre di nuovo la causa. Modestino, inoltre, prosegue il suo discorso, precisando che la sentenza è pronunciata *non iure* specialmente quando è emanata contro le leggi o un senatoconsulto oppure una costituzione (*si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata*). Se qualcuno, pertanto, ha presentato l'appello che è stato respinto per il decorso del termine di prescrizione, la sentenza, non essendo comunque idonea a produrre i suoi effetti, non si ritiene confermata da tale prescrizione e, di conseguenza, può essere intrapreso un nuovo giudizio di primo grado.

⁷¹ Frase ritenuta un glossema da Krüger: cfr. *ad h. l. Digesta* (ed. TH. MOMMSEN, P. KRÜGER, Berlin 1963¹³ rist. Hildesheim 2000).

In senso contrario, tuttavia, cfr. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano* cit. 91, secondo cui «[...] nessuna ragione plausibile consente di attribuire ai compilatori l'intento di introdurre nel testo di Modestino tale caratterizzazione della violazione come esplicita, immediatamente evidente, in sostituzione d'una più generica indicazione originaria che si sarebbe limitata ad ipotizzare la contrarietà – in sé e per sé – della sentenza alla norma, senza considerare tale contrarietà anche sotto il profilo della sua diretta, immediata rilevanza».

⁷² Sul testo si veda, per un primo riferimento, VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Fac-tum» nelle fonti Giustinianee* cit. 391 s.; LAURIA, «*Contra constitutiones*» cit. 82; *Ius* cit. 255; RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano* cit. 90 ss.; ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 283 s.; A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usuræ» convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli 2012, 150 s.; TUZOV, «*Contra ius sententiam dare*» cit. 273 ss.

Anche il testo di Modestino (D. 49.1.19), come la costituzione di Alessandro Severo (CI. 7.64.2), è di solito menzionato da una parte della storiografia a riprova del principio contenuto nel passo di Macro (D. 49.8.1.2)⁷³.

Per quanto concerne, D. 49.1.19 e D. 49.8.1.2, in effetti, vi è una relazione poiché in entrambi i testi si affronta il tema dell'invalidità delle sentenze contrarie ad una norma giuridica.

Risulta, tuttavia, evidente che, mentre in D. 49.8.1.2 si prende in considerazione solo la contrarietà alle costituzioni imperiali, in D. 49.1.19 si affronta un discorso più ampio riguardante i casi di nullità delle sentenze espressamente contrarie al diritto (*expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit*), dal momento che viene precisato che la sentenza è data *non iure* specialmente se contraria alle leggi o al senatoconsulto o alla costituzione imperiale (*si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata*).

Al fine di comprendere meglio le differenze tra D. 49.1.19 e D. 49.8.1.2, soffermiamoci, dunque, su queste due frasi contenute nella prima parte del testo di Modestino: *expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit* e *si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata*.

Per quanto concerne la prima, di interesse risultano i termini *expressim* e *rigor iuris*. Essi, nonostante qualche rilievo formale mosso da alcuni studiosi⁷⁴, indicano due aspetti che carat-

⁷³ Si veda, ad esempio, VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustiniane* cit. 390 s.; CALAMANDREI, *La Cassazione civile* cit. 41; LAURIA, «*Contra constitutiones*» cit. 82; *Ius* cit. 255; RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano* cit. 92; ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 278; MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano* cit. 32 nt. 98, 35 nt. 111.

⁷⁴ Cfr., ad esempio, VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustiniane* cit. 391, il quale avverte che D. 49.1.19 si presenta, formalmente, 'poco rassicurante', dal momento che 'risaltano notissime caratteristiche dello stile compilatorio'. Cfr. pure BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano* cit. 479 nt. 3; MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano* cit. 32 nt. 98.

terizzano la fattispecie che comporta l'invalidità della sentenza, poiché è necessario che quest'ultima sia contraria al diritto 'espressamente' (*expressim*), non quindi in modo implicito, e che sia contro una 'qualsiasi norma giuridica inderogabile' (*contra iuris rigorem*)⁷⁵, pertanto, non contraria necessariamente solo ad una costituzione imperiale.

Con riferimento alla seconda frase (*si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata*), va evidenziato che pure essa è rilevante ai nostri fini poiché, risultando strettamente collegata alla precedente, ne specifica in qualche modo il concetto: sono contrarie al *rigor iuris* specialmente le sentenze contro le leggi, un senatoconsulto o una costituzione imperiale.

Da questo punto di vista, dunque, nel passo di Modestino si assiste ad una sorta di 'generalizzazione' della regola espressa da Macro in D. 49.8.1.2 poiché si considera, ai fini della nullità della sentenza, la contrarietà della stessa non solo alla costituzione imperiale, ma anche ad altre fonti di produzione del diritto.

Con particolare riguardo a quest'ultimo aspetto, il testo di Modestino può presentare qualche analogia con il rescritto di Alessandro Severo (CI. 7.64.2), di cui ci siamo occupati in precedenza, perché anche in tale testo il discorso in tema di nullità delle sentenze non concerne specificamente la contrarietà alle

I rilievi mossi, tuttavia, nonostante possano far ritenere che la forma del testo sia stata ritoccata non riguardano i profili sostanziali della testimonianza di Modestino; in questo senso si veda già RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano* cit. 91, secondo il quale «[...] non investono l'aspetto essenziale della fattispecie esposta nel passo, cioè la specifica qualificazione secondo cui viene caratterizzata la violazione commessa dalla sentenza: *si expressim sententia contra legem data fuerit*». A favore della genuinità del passo cfr. pure TUZOV, '*Contra ius sententiam dare*' cit. 274.

⁷⁵ Sul punto cfr. TUZOV, '*Contra ius sententiam dare*' cit. 274 s., il quale, con riferimento all'utilizzo dell'espressione *rigor iuris* in D. 49.1.19, ricorda che l'uso di *rigor* 'sembra qui volto unicamente a sottolineare che la sentenza collide con una norma cogente'.

costituzioni imperiali ma più in generale la contrarietà ad una norma giuridica tanto chiara: *contra tam manifesti iuris formam datam*.

A conferma dello stretto rapporto tra D. 49.1.19 e CI. 7.64.2, va inoltre ricordata anche l'ipotesi formulata da Honoré circa la partecipazione dello stesso Modestino, in qualità di segretario *a libellis* di Alessandro Severo, alla preparazione del rescritto riportato in CI. 7.64.2⁷⁶.

Pur volendo accogliere quest'ipotesi, sulla quale, nonostante alcuni rilievi, concorda parte della storiografia⁷⁷, va però messo in risalto, a proposito del rapporto tra D. 49.1.19 e CI. 7.64.2, la differenza tra le espressioni *si expressim sententia contra iuris rigorem data*, contenuta in D. 49.1.19, e *contra tam manifesti iuris formam datam*, riportata in CI. 7.64.2.

È opportuno sottolineare, infatti, che il significato delle due espressioni non corrisponde perfettamente poiché la 'palese contrarietà ad una norma giuridica' (*si expressim sententia contra iuris rigorem data*) è qualcosa di diverso dalla 'contrarietà ad una norma giuridica del tutto chiara' (*contra tam manifesti iuris formam datam*) dal momento che le due fattispecie possono anche non coincidere.

Orbene, non è possibile sapere quali siano i motivi di questa oscillazione di concetti, tuttavia, ai fini dell'individuazione della disciplina in tema di nullità delle sentenze sembrerebbe, per certi aspetti, più precisa la definizione contenuta in D. 49.1.19, dove Modestino richiama l'attenzione sul fatto che la sentenza deve violare in modo palese il precetto di leggi, senatoconsulti o costituzioni.

Quello che risulta determinante, dunque, secondo il parere del giurista, è che in qualche modo la sentenza deve essere affetta da un vizio evidente.

⁷⁶ T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, Oxford 1994², 190.

⁷⁷ In questo senso si veda, ad esempio, G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Profili biografici*, Torino 2009, 155 s.

Questo particolare elemento, a mio avviso, forse permette anche di comprendere meglio un'apparente contraddizione che emerge tra D. 49.1.19 ed un'altra testimonianza dello stesso Modestino, che indirettamente riguarda il nostro argomento:

D. 42.1.27 Modestin. 1 *resp.*: Praeses provinciae usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam iniustam praesidis appellavit: quaero, cum non secundum legem Titius provocasset, an exigi possit pecunia secundum condemnationem. Modestinus respondit, si sententiae certa quantitas continetur, nihil proponi, cur iudicati agi non possit⁷⁸.

Nel testo Modestino ricorda che Lucio Tizio aveva presentato appello contro una sentenza ingiusta di un preside della provincia (*contra prolatam sententiam iniustam praesidis appellavit*), che lo aveva condannato a pagare una somma di danaro inclusiva delle *usurae usurarum*, in contrasto al dettato delle leggi e delle sacre costituzioni (*contra leges et sacras constitutiones*).

Dato che l'appello era stato presentato in maniera irregolare (*cum non secundum legem Titius provocasset*), si poneva al giurista il quesito se fosse stato possibile comunque esigere il pagamento di tale somma. A questo proposito, Modestino risponde in modo positivo, affermando che, qualora la sentenza avesse condannato a pagare un'unica somma determinata (*si sententiae certa quantitas continetur*), il vincitore della lite avrebbe potuto agire con l'*actio iudicati* al fine di ottenere l'esecuzione della sentenza stessa (*nihil proponi, cur iudicati agi non possit*).

⁷⁸ Sul passo si veda VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustiniane* cit. 392 s.; RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano* cit. 80 ss.; MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano* cit. 38 ss.; C. VITTORIA, *Le «usurae usurarum» convenzionali e l'ordine pubblico economico a Roma*, in *Labeo* 49 (2003) 314 s.; A. TORRENT, *Usurae supra legitimum modum del edicto de Lucullo a los Severos*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 8, Milano 2007, 277s.; CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano* cit. 148 s.

D. 42.1.27, come ben si intende, risulta di estrema complessità ed è stato oggetto di diverse interpretazioni da parte degli studiosi, che, tra le altre cose, ne hanno evidenziato il contrasto con l'altro passo di Modestino (D. 49.1.19)⁷⁹.

È stato posto in evidenza, infatti, che il giurista severiano, mentre in D. 49.1.19 afferma che la sentenza pronunciata *contra iuris rigorem* non deve avere valore, in D. 42.1.27 riconosce che si possa dare esecuzione ad una sentenza, nonostante sia *contra leges et sacras constitutiones*.

A tal riguardo, vi è chi ha sostenuto l'alterazione di D. 42.1.27, dal momento che la frase *contra leges et sacras constitutiones* non sarebbe genuina ma inserita dai compilatori al fine di coordinare il contenuto del passo con la disciplina di Giustiniano in tema di divieto assoluto delle *usurae usurarum*, divieto quindi che non avrebbe avuto una portata generale quando Modestino diede il responso⁸⁰.

⁷⁹ Si veda, ad esempio, VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustiniane* cit. 392 s.; RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano* cit. 92 ss.; MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano* cit. 38 ss.; VITTORIA, *Le «usurae usurarum» convenzionali e l'ordine pubblico economico* cit. 314 s.; TORRENT, *Usurae supra legitimum modum del edicto de Lucullo a los Severos* cit. 277s.; CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano* cit. 148 s.; TUZOV, *'Contra ius sententiam dare'* cit. 279 s.

⁸⁰ Cfr., ad esempio, VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustiniane* cit. 392 nt. 1; VITTORIA, *Le «usurae usurarum» convenzionali e l'ordine pubblico economico* cit. 314.

Sul divieto assoluto delle *usurae usurarum* previsto da Giustiniano cfr. CI. 4.32.28pr. Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.: *Ut nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur, et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissime cautum. Si enim usuras in sortem redigere fuerat concessum et totius summae usuras stipulari, quae differentia erat debitoribus, qui re vera usurarum usuras exigebantur? Hoc certe erat non rebus sed verbis tantummodo leges ponere. 1. Quapropter hac apertissima lege definimus nullo modo licere cuidam usuras praeteriti vel futuri temporis in sortem redigere et earum iterum usuras stipulari, sed, si hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere et nullum aliarum usurarum incrementum sentire, sorti autem antiquae tantummodo incrementum usurarum accedere. PP. k. Oct. Chalcedone Decio vc. cons. [a. 529].*

Sul punto, però, pur consapevole delle difficoltà poste dal caso riportato in D. 42.1.27 e senza peraltro avere la pretesa di risolverle in poche battute, è forse possibile una differente lettura del testo.

In primo luogo, va evidenziato che non bisogna ritenere necessariamente interpolato l'inciso *contra leges et sacras constitutiones*, dal momento che, sempre in D. 42.1.27, Modestino definisce la sentenza emessa dal governatore provinciale come *'iniusta'* (*contra prolatam sententiam iniustam*), da intendersi probabilmente nel senso di una sentenza la cui causa dell'ingiustizia risiederebbe proprio nella violazione delle leggi e delle costituzioni che avevano stabilito il divieto di computare gli interessi su altri interessi.

Va tenuto presente, però, che, al tempo di Modestino, prima del divieto assoluto delle *usurae usurarum* fissato da Giustiniano, ben poteva verificarsi che tale divieto non fosse rilevabile in giudizio, specialmente quando l'attore avesse agito per ottenere la condanna del convenuto al pagamento di un'unica somma di danaro, comprensiva anche degli interessi, secondo quanto concordato dalle parti con una *stipulatio*. Verificandosi tale caso, pertanto, si può ipotizzare che il giudice, non rendendosi conto della presenza degli interessi nella somma richiesta, avrebbe potuto condannare il convenuto a pagare altri interessi calcolati sulla medesima somma.

Alla luce di queste riflessioni, dunque, è possibile ritenere che non vi sia un evidente contrasto tra la soluzione data da Modestino in D. 49.1.19 e quella prospettata dal medesimo giurista in D. 42.1.27, poiché si tratterebbe di due fattispecie differenti.

Una prima differenza tra i due casi sottoposti al giurista è rappresentata dal fatto che, mentre in D. 49.1.19 Modestino chiarisce che l'appello è rigettato a causa della prescrizione del termine dell'appello (*praescriptione summotus sit*), in D. 42.1.27 il giureconsulto non indica quale sia il motivo che ha comportato l'irregolarità dell'impugnazione (*cum non secundum legem Titius provocasset*).

Un'altra differenza, di certo molto più rilevante ai fini della nostra indagine, è rappresentata dal fatto che, in D. 49.1.19, il giurista prende in considerazione una sentenza espressamente contraria al diritto (*si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit*) che, in quanto tale, violando le disposizioni di leggi, senatoconsulti o costituzioni, non deve avere alcun valore (*valere non debet*); invece, in D. 42.1.27 Modestino sembra riferirsi ad una sentenza viziata non in maniera evidente poiché la violazione del divieto di *usurae usurarum* non risulterebbe rilevabile in giudizio, in quanto la sentenza di condanna aveva ad oggetto il pagamento di una somma unica, nella quale gli interessi si erano confusi con il capitale.

In estrema sintesi, dunque, il criterio discriminante ai fini della nullità di una sentenza, secondo il parere di Modestino, sarebbe rappresentato dal palese contrasto ad una norma giuridica come si evince da D. 49.1.19; invece, nell'ipotesi in cui la contrarietà alle *leges* e alle *constitutiones* non risulti manifesta, come ad esempio in D. 42.1.27, la sentenza è da ritenersi valida e può, comunque, essere eseguita.

7. Nullità delle sentenze contra constitutiones ed appello

Con riguardo alla problematica della nullità delle sentenze *contra constitutiones*, alla luce di quanto fin qui esposto, è emerso che, per accertare tale nullità, non risulta necessario utilizzare lo strumento dell'appello⁸¹.

⁸¹ Sull'appello si veda, in particolare, LITEWSKI, *Die römische Appellation* cit. 384 ss. e dello stesso autore *Die römische Appellation in Zivilsachen II*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité* 13 (1966) 231 ss.; *Die römische Appellation in Zivilsachen III*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité* 14 (1967) 301 ss.; *Die römische Appellation in Zivilsachen IV*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité* 15 (1968) 143 ss.; *Die römische Appellation in Zivilsachen (Ein Abriß)*, in *ANRW*. 2. 14, Berlin-New York 1982, 61 ss.; ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. *passim*; PERGAMI, *L'appello nella le-*

Significative in tal senso sono apparse, infatti, le testimonianze precedentemente esaminate. Si pensi al passo di Macro (D. 49.8.1.2), dove è menzionata la distinzione tra la pronuncia *contra ius constitutionis*, invalida senza la necessità dell'appello (*appellationis necessitas remittitur*), e quella *contra ius litigatoris*, la quale necessita dell'*appellatio* per essere annullata o riformata (*quo casu appellatio necessaria est*)⁸². Si consideri il testo di Callistrato (D. 42.1.32), dove il giurista ammette la possibilità di presentare l'appello nei confronti di una decisione del giudice, che non rientra nei casi di invalidità di sentenze *contra constitutiones*⁸³. Si pensi ancora al provvedimento di Alessandro Severo (CI. 7.64.2), con cui si ribadisce che non è necessario l'appello (*et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit*) nei confronti di una sentenza invalida perché contra-

gislazione del tardo impero cit. 1 ss.; *Appellatio more consultationis*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 69 (2003) 165 ss. e, recentemente, L. D'AMATI, *Assenza, appello e giudicato*, in *Teoria e storia del diritto privato* 8 (2015) consultabile su www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, ora pubblicato anche in GAROFALO (a cura di), *Res iudicata*, 2, cit. 1 ss.; S. LIVA, *Poena iniustae appellationis e appelli temerari. Contributo allo studio dell'appello in diritto romano*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 81 (2015) 209 ss.; *Appellationem recipere vel non. Il 'filtro' in appello*, in *Teoria e storia del diritto privato* 9 (2016) consultabile su www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁸² Cfr. D. 49.8.1.2 Macer 2 *de appellat.*: *Item cum sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiatur. Nam si iudex volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficio liberorum vel aetatis aut privilegi excusare, dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasset intellegitur: quod si de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasset intellegitur: quo casu appellatio necessaria est*; su cui si veda retro paragrafo 2.

⁸³ Cfr. D. 42.1.32 Call. 3 *cogn.*: *Cum prolatis constitutionibus contra eas pronuntiat iudex, eo quod non existimat causam de qua iudicat per eas iuvare. Non videtur contra constitutiones sententiam dedisse. Ideoque ab eiusmodi sententia appellandum est: alioquin rei iudicatae stabitur*; su cui si veda retro paragrafo 3.

ria ad una norma giuridica chiara⁸⁴. Va ricordato pure l'altra costituzione dello stesso imperatore (CI. 7.64.1), dove si precisa che la sentenza *contra res prius iudicatas* è priva di valore senza la necessità di proporre appello (*citra provocationis adminiculum quod ita pronuntiatum est sententiae auctoritatem non obtinebit*)⁸⁵. Si pensi, infine, al testo di Modestino (D. 49.1.19), dove viene affermato che la sentenza espressamente contraria al diritto non ha valore e perciò non c'è bisogno dell'appello per riproporre di nuovo il giudizio (*Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet: et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest*)⁸⁶.

In base a queste risultanze testuali, dunque, si evince che la nullità delle sentenze *contra constitutiones* opera *ipso iure*, senza pertanto la necessità di ricorrere all'appello, che di regola è previsto soltanto per una sentenza finale e valida⁸⁷.

⁸⁴ Cfr. CI. 7.64.2 Imp. Alexander A. Capitoni: *Si, cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, iudex datus a praeside provinciae pronuntiavit potuisse defunctum et minorem quattuordecim annis testamentum facere ac per hoc aviam potiore esse, sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. 1. Quod si, cum de aetate quaereretur, implese defunctum quartum decimum annum ac per hoc iure factum testamentum pronuntiavit, nec provocasti aut post appellationem impletam causa destitisti, rem iudicatam retractare non debes*; su cui si veda retro paragrafo 4.

⁸⁵ CI. 7.64.1 Imp. Alexander A. Apollinario et aliis: *Datam sententiam dicitis, quam ideo vires non habere contenditis, quod contra res prius iudicatas, a quibus provocatum non est, lata sit. Cuius rei probationem si promptam habetis, et citra provocationis adminiculum quod ita pronuntiatum est sententiae auctoritatem non obtinebit. PP. VIII k. April. Alexandro A. cons. [a. 222]*; su cui si veda retro paragrafo 5.

⁸⁶ Cfr. D. 49.1.19 Modestin. *lib. sing. de enucleatis casibus: Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet: et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. <Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata>. Unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia. Unde potest causa ab initio agitari*; su cui si veda retro paragrafo 6.

⁸⁷ In questo senso, ad esempio, si veda ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 134 ss.

Tale principio, peraltro, si comprende anche alla luce di una duplice considerazione. In primo luogo, bisogna ricordare che si ha la nullità delle sentenze *contra constitutiones* soprattutto nel caso in cui il giudice neghi esplicitamente l'esistenza di una norma giuridica, in modo che il contrasto fra la sua decisione e la stessa norma sia palese. Verificandosi, pertanto, tale circostanza, ben si può ritenere che la sentenza risulti essere invalida in maniera evidente, senza dunque alcuna necessità di ricorso a mezzi di gravame. Inoltre, si può supporre che i giuristi e soprattutto gli imperatori abbiano avuto tutto l'interesse a non collegare tale motivo di invalidità all'appello, al fine di evitare che, qualora siano scaduti i termini per la presentazione dello stesso, la sentenza sia potuta diventare inattaccabile, anche se invalida.

Se quanto fin qui esposto è vero, tuttavia, è altrettanto vero che il continuo bisogno di richiamare, nei testi pervenutici, l'attenzione sull'inutilità dell'appello verso una sentenza nulla fa ipotizzare in qualche modo la diffusione di una prassi in senso opposto.

Con molta probabilità, infatti, può essersi verificata nella pratica la tendenza da parte dei soggetti interessati ad utilizzare l'appello anche per far accertare la nullità delle sentenze contrarie ad una norma giuridica⁸⁸.

⁸⁸ Non può escludersi, peraltro, l'utilizzo in questo caso da parte del soccombente anche di altri mezzi idonei a far accertare la nullità di una sentenza, come ad esempio la *revocatio in duplum*; in tal senso si veda S. PULIATTI, *La cognitio extra ordinem*, in A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino 2014, 140.

Sulle numerose problematiche riguardanti la *revocatio in duplum* e gli eventuali altri mezzi finalizzati all'accertamento della nullità delle sentenze, a proposito dei quali, invero, gli orientamenti della studiosi non sono concordi, si veda BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza* cit. 477 ss.; APELT, *Urteilsnichtigkeit* cit. *passim*; G. I. LUZZATTO, sv. *Corte di cassazione (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto* 10 (1962) 790 s., il quale ricorda che i mezzi richiamati nelle fonti al fine di far valere la nullità della sentenza hanno tutti efficacia dichiarativa e non costitutiva, poiché «La sentenza è di per sé nulla, e i mezzi impiegati si limitano

Proprio al fine di contrastare tale tendenza, dunque, ben si può comprendere l'attenzione prestata dai giuristi e dagli imperatori nel cercare di chiarire quando vi sia una sentenza invalida, in relazione alla quale non è necessario proporre l'impugnazione perché contraria ad una norma di diritto, e quando, invece, sia necessario presentare l'appello per vedere riformata una decisione giudiziale.

A tal riguardo si può supporre che i problemi maggiori si siano verificati qualora la contrarietà della sentenza alla norma giuridica non sia stata di piena ed immediata evidenza.

A questo proposito, un'indiretta conferma dell'uso dell'appello, per accertare l'eventuale nullità di una sentenza, può essere desunta dall'altra testimonianza di Modestino (D. 42.1.27), già precedentemente esaminata, dove si afferma che Lucio Tizio ha proposto appello nei confronti di una sentenza ingiusta, che lo aveva condannato al pagamento di una somma di danaro comprensiva delle *usurae*, contrariamente a quanto disposto dalle leggi e dalle sacre costituzioni (*contra leges et sacras constitutiones*)⁸⁹. Si è, peraltro, notato come in questo particolare caso il

a far constatare tale nullità nei confronti di chi abbia inteso valersi della sentenza stessa» (*op. ult. cit.* 791).

Si veda, inoltre, MOLÈ, sv. *Sentenza (diritto romano)* cit. 1096; RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili* cit. 19 ss.; *La restitutio in integrum nella cognitio extraordinem* cit. 242 ss., con particolare riferimento al rapporto tra nullità e *restitutio in integrum* nell'ambito del processo straordinario; LITEWSKI, *Die römische Appellation* cit. 429 ss.; ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 94 ss.; BRUTTI, sv. *Invalidità (storia)* cit. 565 ss.; PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero* cit. 258 ss.; D. TUZOV, *La nullità per legem nell'esperienza romana. Un'ipotesi in materia di leges perfectae*, in *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* 56 (2009) 155 ss.; *A proposito della rescissio delle sentenze giudiziarie in diritto romano* cit. 265 ss.; *La rescissio delle sentenze giudiziarie in diritto romano*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* 123 (2011) 170 ss., con ulteriore bibliografia; SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche* cit. 212 ss.

⁸⁹ D. 42.1.27 Modestin. 1 *resp.*: *Praeses provinciae usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam iniustam praesidis appellavit: quaero, cum non secundum legem*

giurista, dopo aver ricordato che l'appello è stato presentato in modo irregolare (senza però precisare per quale motivo), lungi dall'affermare l'inesistenza giuridica di quella sentenza, ne riconosce invece l'eseguibilità.

D'altra parte, che l'accertamento della nullità delle sentenze contrarie alle norme giuridiche sia stato non sempre agevole e lineare è possibile ricavarlo anche da un'altra testimonianza di Ulpiano, riguardante però la *cognitio extra ordinem* criminale, di cui è opportuno qui occuparci:

D. 48.19.9.11 Ulpian. 10 *de off. procons.*: Istae fere sunt poenae, quae iniungi solent. Sed enim sciendum est discrimina esse poenarum neque omnes eadem poena adfici posse. Nam in primis decuriones in metallum damnari non possunt nec in opus metalli, nec furcae subici vel vivi exuri. Et si forte huiusmodi sententia fuerint affecti, liberandi erunt: sed hoc non potest efficere qui sententiam dixit, verum referre ad principem debet, ut ex auctoritate eius poena aut permutetur aut liberaretur⁹⁰.

Nel passo Ulpiano, dopo aver ricordato che differenti sono le punizioni da applicare ai condannati poiché la stessa pena non può essere irrogata a tutti, richiama il caso dei decurioni che sono esentati da determinati supplizi dettagliatamente elencati dal giurista: *in metallum damnari non possunt nec in opus metalli, nec furcae subici vel vivi exuri*. Nella prosecuzione del suo discorso, pertanto, Ulpiano riferisce che, nel caso vi sia stata una sentenza che condanni i decurioni a tali pene, costoro devono essere liberati (*si forte huiusmodi sententia fuerint affecti, libe-*

Titius provocasset, an exigi possit pecunia secundum condemnationem. Modestinus respondit, si sententiae certa quantitas continetur, nihil proponi, cur iudicati agi non possit; su cui si veda retro paragrafo 6.

⁹⁰ Sul passo si veda, ad esempio, VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustinianee* cit. 392; CALAMANDREI, *La Cassazione civile* cit. 74; DE ROBERTIS, *Il giudice e la norma nel processo penale straordinario* cit. 173 s.; RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano* cit. 97 ss.; ARCARIA, *Referre ad principem* cit. 267 ss.

randi erunt). A questo riguardo, però, nella parte conclusiva del testo viene chiarito che il giudice che ha pronunciato la sentenza non può fare ciò, ma deve rivolgersi al principe, al quale solamente spetta commutare o condonare del tutto la pena.

D. 48.19.9.11 non si manifesta del tutto chiaro, a causa di una contraddizione che ne caratterizza la parte conclusiva.

Da un lato, infatti, Ulpiano fa riferimento ad una sentenza di condanna dei decurioni che non rispetta il dettato normativo di alcune costituzioni che prevedevano per costoro l'esonazione da determinate pene ritenute ignominiose⁹¹; tale sentenza, pertanto, essendo *contra constitutiones* è nulla e non ha vigore, comportando la liberazione dei condannati (*liberandi erunt*).

Dall'altro, però, il giurista nella parte finale del testo sembra smentire quanto affermato in precedenza poiché configura la sentenza nulla come in qualche maniera appellabile al principe.

Tale contraddizione è stata spiegata in vario modo dagli studiosi che si sono occupati del passo. Alcuni, ad esempio, hanno ritenuto l'ultimo periodo del frammento interpolato dai compilatori, i quali avrebbero sostituito «l'appellabilità alla nullità del testo originale», dal momento che soprattutto nel diritto giustiniano si sarebbe affermata sempre di più la tendenza a far rientrare nel rimedio dell'appello anche quei casi di errori di giudizio gravi che in origine comportavano la nullità della sentenza⁹².

⁹¹ Cfr. CI. 9.47.3 Imp. Antoninus A. Geminio: *Decurionem in opus publicum dari non oportere manifestum est.*; CI. 9.47.9 Imp. Alexander A. Demetrio: *Si matrem tuam decurionis filiam fuisse probatum fuerit, apparebit eam non oportuisse in ministerium metallicorum nec in opus metalli dari.* Cfr. anche D. 48.19.28.5 Call. 5 *de cogn.*: *Et ut generaliter dixerim, omnes, qui fustibus caedi prohibentur, eandem habere honoris reverentiam debent, quam decuriones habent. Est enim inconstans dicere eum, quem principales constitutiones fustibus subici prohibuerunt, in metallum dari posse.*

Sull'esonazione dei decurioni da determinate pene si veda B. SANTALUCIA, *Diritto e processo nell'antica Roma*, Milano 1998², 255.

⁹² Si veda, ad esempio, CALAMANDREI, *La Cassazione civile* cit. 74, di cui è l'espressione fra virgolette. In questo senso cfr. già VASSALLI, *L'Antitesi «Ius-Fac-*

Vi è chi, invece, pur ammettendo l'invalidità di tale sentenza, ha ritenuto che, nell'ambito della *cognitio* criminale a differenza di quella privata, «Le sentenze così viziate erano pertanto suscettive di riforma da parte dell'autorità superiore, dato che la mancanza di conformità alle direttive imperiali era motivo sufficiente per l'accoglimento del gravame»⁹³. Altri, invece, hanno ipotizzato che l'ultima parte del testo riguarderebbe un'ipotesi di *restitutio in integrum* penale la cui competenza in questo caso era riservata all'imperatore⁹⁴.

Orbene, pur non essendo di certo facile comprendere la contraddizione che caratterizza D. 48.19.9.11, quello che va notato – a mio avviso – è che anche ammettendo l'interpolazione della parte finale del testo in essa, come peraltro nell'intero passo di Ulpiano, non vi è alcun riferimento all'istituto dell'appello. Il richiamo all'intervento imperiale non consisterebbe, infatti, nello svolgimento di un vero e proprio processo davanti al principe, ma soltanto nell'emanazione di un provvedimento idoneo a commutare o condonare la pena.

D'altronde lo stesso Ulpiano, in un'altra testimonianza ricorda chiaramente che si è condannati solo in base ad una sentenza valida, limitandosi ad affermare – senza alcun riferimento all'appello – che altrimenti, in caso di sentenza nulla per qualche ragione, non vi può essere alcuna condanna:

D. 42.1.4.6 Ulpian. 58 *ad ed.*: *Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat: ceterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est condemnationis verbum non tenere.*

tum» nelle fonti Giustiniane cit. 392, secondo cui nell'età postclassica e giustiniana «La sfera dell'appello dovette estendersi, e corrispondentemente restringersi quella della nullità assoluta».

⁹³ DE ROBERTIS, *Il giudice e la norma nel processo penale straordinario* cit. 173.

⁹⁴ In questo senso si veda APELT, *Urteilsnichtigkeit* cit. 106 s.; RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili* cit. 98 s.; ARCARIA, *Referre ad principem* cit. 269.

Del resto, in modo più specifico che l'appello non sia necessario al fine di far valere la nullità di un provvedimento giudiziale contrario ad una norma giuridica risulta esplicitamente ribadito più tardi anche da una costituzione del 283 d.C., che, seppur al di fuori dell'orizzonte temporale della presente ricerca, può comunque essere utile riportare in questa sede:

CI. 7.64.5 Imppp. Carus Carinus et Numerianus AAA. Domitiano: Certa ratione et fine multare praesides possunt. Quod si aliter et contra legis statutum modum provinciae praeses multam vobis inrogaverit, dubium non est id, quod contra ius gestum videtur, firmitatem non tenere et sine appellatione posse rescindi. *PP. id. Ian. Caro et Carino cons.* [a. 283]⁹⁵.

Nel testo, attribuito agli imperatori Caro, Carino e Numeriano, si riconosce ai presidi delle provincie la possibilità di irrogare multe a misura determinata. Nel caso in cui, tuttavia, un *praeses provinciae* abbia inflitto tale sanzione oltre i limiti di legge (*contra legis statutum*) si afferma chiaramente il principio secondo il quale ciò che appare essere fatto *contra ius* (*quod contra ius gestum videtur*) non ha alcuna forza (*firmitatem non tenere*) e, pertanto, quanto deciso può rescindersi senza la necessità di ricorrere all'appello (*sine appellatione posse rescindi*).

Il verbo *rescindere*, che come è noto nelle fonti pervenute manifesta diversi àmbiti di applicazione⁹⁶, in questo parti-

⁹⁵ Sul testo, per una prima indicazione, si veda LAURIA, «*Contra constitutiones*» cit. 81; TUZOV, *La rescissio delle sentenze giudiziarie in diritto romano* cit. 271; SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere* cit. 227, ivi ulteriore bibliografia.

⁹⁶ Sulle problematiche riguardanti l'uso di *rescindere* nell'esperienza giuridica romana si veda, con l'indicazione della principale bibliografia e fonti, BRUTTI, sv. *Invalidità (storia)* cit. 565 ss.; *La problematica del dolo processuale*, 2, cit. 341 ss.; TUZOV, *A proposito della rescissio delle sentenze giudiziarie in diritto romano* cit. 265 ss.; *La rescissio delle sentenze giudiziarie in diritto romano* cit. 170 ss.; *La 'rescissio' della compravendita nel diritto romano tardoclassico e postclassico*, in GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*, 2, cit. 835 ss.; SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere* cit. 1 ss.

colare caso risulta essere riferito ad un atto giudiziale privo di valore *ab origine*, che, in quanto tale, non necessita dell'appello per essere dichiarato invalido: non vi è alcun motivo, infatti, di un secondo giudizio che riguardi il merito della decisione del *praeses* dal momento che essa risulta in modo esplicito *contra ius*.

In conclusione, alla luce di CI. 7.64.5, appare confermato che, qualora il provvedimento del giudice sia espressamente contrario ad un precetto normativo, la nullità dello stesso opera senza alcuna necessità di ricorrere al mezzo di gravame.

8. *Alcune massime a favore del giudicato*

Nelle pagine precedenti si è verificato come in alcune testimonianze di età severiana si faccia riferimento all'invalidità delle sentenze emesse *contra constitutiones* o *contra ius*.

Dall'analisi dei testi, però si evince che la nuova causa di invalidità delle sentenze non è affermata in maniera lineare dai giuristi e dagli imperatori, ma è connotata da una certa imprecisione di concetti.

Il quadro emerso, inoltre, è abbastanza problematico, poiché se è vero che vi è la tendenza a limitare il potere degli organi giudicanti, grazie alla volontà sia che le norme imperiali non siano disattese sia che l'evoluzione del diritto non si realizzi anche attraverso l'intervento giurisdizionale, è altrettanto vero che traspare un clima di attenzione verso l'attività dei giudici e quindi di tutela a favore del giudicato.

A questo proposito, va ora ricordato, seppure in sintesi, che proprio nell'età dei Severi si affermano o vengono ribadite alcune massime volte a valorizzare l'autorità del giudicato.

Si pensi, ad esempio, a quella secondo cui '*sententia (iudex) facit ius*', non nel significato che la decisione del giudice è capace di produrre *ius*, quale insieme di norme generali ed astratte,

ma nel senso che la pronunzia giudiziale può modificare una situazione giuridica preesistente⁹⁷.

Tale massima, in verità, non risulta estesa a tutte le pronunzie ma soltanto a casi particolari: essa, infatti, adoperata verosimilmente in origine con riguardo a una sentenza in tema di testamento *inofficiosum*⁹⁸, fu applicata anche al caso di una sentenza che riconosceva ad una persona lo *status* di figlio non solo nei confronti del padre ma anche degli altri componenti della sua famiglia⁹⁹ e la si trova ancora a proposito della sentenza pronunciata a favore dell'erede sostituto¹⁰⁰.

⁹⁷ Sulla massima, oltre ai fondamentali lavori di MARRONE, *L'efficacia pre-giudiziale della sentenza* cit. 57 ss. e PUGLIESE, *La «cognitio» e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato* cit. 94 ss., sv. *Giudicato civile (Storia)* cit. 160 s., si veda di recente R. FERCIA, 'Querela inofficiosi testamenti' e 'iudicatum': problemi e prospettive tra II e III secolo, in GAROFALO (a cura di), 'Res iudicata', 2, cit. 287 ss., in particolare 289 ss., ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

Per alcuni cenni al tema si veda, pure, M.A. FINO, *Note in tema di efficacia e intangibilità del giudicato*, in GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, 1, cit. 372 s.; D. TUZOV, 'Testamentum inofficiosum pronunciarum' tra tenore dichiarativo ed effetto costitutivo della sentenza centumvirale, in GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, 3, cit. 877 ss.

⁹⁸ Cfr. D. 49.1.14 pr. Ulpian. 14 ad ed.: *Si per lutorio iudicio actum sit adversus testamentum, an ius faciat iudex videndum. Et divus Pius, cum inter coniunctas personas diceretur per collusionem in necem legatorum et libertatum actum, appellare eis permisit. Et hodie hoc iure utimur, ut possint appellare: sed et agere causam apud ipsum iudicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere; D. 5.2.17.1 Paul. 2 quaest.: Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum est, si herede non respondente secundum praesentem iudicatum sit: hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri: et ideo libertates competunt et legata petuntur.*

⁹⁹ Cfr. D. 25.3.3pr. Ulpian. 34 ad ed.: *Si contra pronuntiaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit: placet enim eius rei iudicem ius facere. Et ita Marcellus libro septimo digestorum probat, eoque iure utimur.*

¹⁰⁰ Cfr. D. 30.50.1 Ulpian. 24 ad Sab.: *Si hereditatis iudex contra heredem pronuntiaverit non agentem causam vel lutorie agentem, nihil hoc nocebit legatariis. Quid ergo, si per iniuriam fuerit pronuntiatum, non tamen provocavit? Iniuria ei facta non nocebit legatariis, ut et Sabinus significat. Si tamen secun-*

Nonostante questa massima sia stata circoscritta ad alcune ipotesi determinate, è chiaro che con essa si è voluto giustificare la possibilità di far valere la pronunzia anche nei confronti di terzi di solito non sottoposti alla *res inter alios iudicata*¹⁰¹.

Con particolare riferimento alla rilevanza del giudicato nell'età severiana, inoltre, deve essere ricordato anche la famosa massima di Ulpiano, secondo cui '*res iudicata pro veritate accipitur*'¹⁰².

Come è noto, essa è stata espressa dal giureconsulto in un passo tratto dal suo commento *ad legem Iuliam et Papiam* e riportato nel Digesto, libro primo, titolo quinto, «*De statu hominum*»:

D. 1.5.25 Ulpian. 1 *ad legem Iuliam et Papiam*: Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur.

La regola appare ripresa da Giustiniano, in un'accezione più

dum substitutum pronuntiet, an ille legatariis teneatur, videamus: et cum ius facit haec pronuntiatio quod attinet ad ipsius personam, numquid legatariis teneatur? Nec enim tam improbe causari potest secundum se iudicatum per gratiam. Respondebit igitur et legatariis, ut creditoribus.

¹⁰¹ In questo senso si veda PUGLIESE, *La «cognitio» e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato* cit. 95; sv. *Giudicato civile (Storia)* cit. 160 s.

Sulla 'particolare portata normativa' della decisione giudiziale in questi casi si veda, sia pur con sfumature differenti, E. BETTI, *D.* 42, 1, 63. *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922, 285.

¹⁰² Sulle numerose problematiche riguardanti tale principio si veda, per una prima indicazione, G. PUGLIESE, «*Res iudicata pro veritate accipitur*», in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 5, Milano 1971, 783 ss. = *Scritti giuridici scelti*, 2, cit. 201 ss.; C. MASI DORIA, *Linee per una storia della 'veritas' nell'esperienza giuridica romana*, I. *Dalle basi culturali al diritto classico*, in CASCIONE, MASI DORIA (a cura di), *Quid est veritas* cit. 43 ss.; A. WACKE, '*Res iudicata pro veritate accipitur*? Le finalità della procedura civile romana fra principio dispositivo e principio inquisitorio', ivi, 381 ss.; PALMA, *Il luogo delle regole* cit. 94 s. e, recentemente, L. MANNA, '*Res iudicata pro veritate accipitur*'. *Origini e significato di una 'regula iuris'*, in GAROFALO (a cura di), '*Res iudicata*', 1, cit. 1 ss., ivi ulteriore bibliografia.

generale, anche nel libro cinquantesimo, all'interno del titolo diciassettesimo, dedicato alle *regulae iuris*:

D. 50.17.207 Ulpian. 1 *ad legem Iuliam et Papiam*: Res iudicata pro veritate accipitur.

In D. 1.5.25 Ulpiano afferma che si deve considerare ingenuo (quindi nato libero) pure colui che è stato dichiarato ingenuo da una sentenza, sebbene fosse un liberto (cioè un ex schiavo manomesso), dal momento che la *res iudicata* 'tiene il luogo' oppure 'vale come la *veritas*'¹⁰³.

Con molta probabilità, il giureconsulto non si pone su un piano probatorio, attribuendo alla *res iudicata* l'effetto di provare l'ingenuità, ma su quello sostanziale, poiché riconosce alla sentenza che dichiara l'ingenuità lo stesso valore della nascita *ex iustis nuptiis* o, comunque, da madre libera¹⁰⁴.

Orbene, nonostante tale massima, come è ben noto, abbia avuto un'enorme fortuna nella tradizione romanistica, non conosciamo con precisione quale sia stata la sua effettiva portata all'epoca tardoclassica¹⁰⁵.

Sul punto, si può ritenere che essa sia stata abbastanza limitata anche a causa dell'esistenza di un altro principio affermato sempre nell'età dei Severi secondo cui '*cum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant*'¹⁰⁶ e, a tal proposito,

¹⁰³ Le espressioni fra virgolette sono di PUGLIESE, *La «cognitio» e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato* cit. 96.

¹⁰⁴ In questo senso si veda PUGLIESE; sv. *Giudicato civile (Storia)* cit. 161.

¹⁰⁵ Sulle numerose problematiche riguardanti l'applicazione della massima nell'esperienza giuridica successiva a quella romana si veda, con ampia indicazione della letteratura, MANNA, '*Res iudicata pro veritate accipitur*'. *Origini e significato di una 'regula iuris'* cit. 1 ss., in particolare 17 ss.

¹⁰⁶ Cfr. D. 44.2.1 Ulpian. 2 *ad ed.*: *Cum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant, ex eo testamento, ubi libertas data est, vel legato agi potest, licet ruptum vel irritum aut non iustum dicatur testamentum: nec si superatus fuerit legatarius, praeiudicium libertati fit*; D. 48.2.7.2 Ulpian. 7 *de off. procons.*: *Isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem*

è evidente che riconoscere il liberto come un ingenuo doveva pregiudicare in qualche modo il *patronus*.

Se, dunque, la portata della regola elaborata da Ulpiano, in tema di *status* delle persone, è piuttosto circoscritta, è altrettanto vero, però, che essa risulta comunque di rilievo dal momento che la *res iudicata* 'vale *pro veritate* in modo performante la realtà'¹⁰⁷.

A proposito del valore delle *res iudicatae* nell'età severiana, oltre a questa regola appena menzionata, pur con i suoi limiti, è interessante richiamare anche un precedente principio riportato questa volta da Callistrato che fa riferimento ad una costituzione di Settimio Severo, con la quale l'imperatore attribuisce valore normativo ai giudicati uniformi e costanti.

La nota testimonianza è riportata nel Digesto, libro primo, titolo terzo «*De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*»:

D. 1.3.38 Call. 1 *quaest.*: Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.

Nel passo il giurista ricorda che l'imperatore Settimio Severo ha rescritto che, qualora vi siano *ambiguitates* che derivano dalle leggi, va riconosciuta la forza di legge (*vis legis*) alla consuetudine o all'*auctoritas* delle *res perpetuo similiter iudicatae*.

Come ben si intende, l'*auctoritas* richiamata in D. 1.3.38 non

accusari, et ita divus Pius Salvio Valenti rescripsit: se hoc, utrum ab eodem an nec ab alio accusari possit, videndum est. Et putem, quoniam res inter alios iudicatae alii non praeiudicant, si is, qui nunc accusator existit, suum dolorem persequatur doceatque ignorasse se accusationem ab alio institutam, magna ex causa admitti eum ad accusationem debere; D. 42.1.63 Macer 2 de appellat.: Saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare [...].

¹⁰⁷ L'espressione fra virgolette è di MASI DORIA, *Linee per una storia della 'veritas' nell'esperienza giuridica romana* cit. 43.

è l'*auctoritas* della *res iudicata* che abbiamo verificato in precedenza, ma quella prodotta, appunto, da una serie di giudicati conformi.

D. 1.3.38, nonostante la sua apparente semplicità, presenta notevoli problematiche e non caso è stato al centro dell'attenzione di molti studi soprattutto quelli relativi alle fonti del diritto, in modo particolare con riferimento al rapporto con la consuetudine¹⁰⁸.

Va evidenziato, inoltre, che secondo un certo orientamento molto probabilmente il passo in origine riguardava soprattutto le questioni giuridiche che potevano sorgere in ambito provinciale e si è parlato delle *res perpetuo similiter iudicatae* come un mezzo di prova per la conoscenza dei diritti locali¹⁰⁹.

Non è mancato, invece, chi ha riconosciuto un'applicazione generale del rescritto di Settimio Severo, nel senso che il prin-

¹⁰⁸ Sul testo si veda, con l'indicazione della precedente letteratura, LOMBARDI, *Sul titolo 'Quae sit longa consuetudo'* cit. 50 ss.; MARRONE, *L'effetto pregiudiziale della sentenza* cit. 406; dello stesso autore si veda pure *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti'* cit. 807 s.; KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle* cit. 61 ss.; VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico* cit. 52 ss.; PROVERA, *Il valore normativo della sentenza* cit. 7 s.; BOVE, *La consuetudine in diritto romano* cit. 125 s.; S. PULIATTI, *Il «De iure fisci» di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milano 1992, 81 e dello stesso autore *Officium iudicis e certezza del diritto* cit. 146 ss.; GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* cit. 189 ss.; VINCENTI, *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana* cit. 19 ss.; *Res iudicatae e diritto romano* cit. 578 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Nullum crimen sine lege* cit. 112 s.; LUCHETTI, *Il valore del precedente giurisprudenziale* cit. 527 s.; A. SALOMONE, *Riflessioni in tema di 'auctoritas rei iudicatae'*, in GAROFALO (a cura di), *'Res iudicata'*, 1, cit. 131 ss.; GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto* cit. 331 ss.; PALMA, *Il luogo delle regole* cit. 94.

¹⁰⁹ In questo senso, si veda, ad esempio, MARRONE, *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti'* cit. 807 s. e, recentemente, LUCHETTI, *Il valore del precedente giurisprudenziale* cit. 527 e nt. 52, il quale richiama, a proposito del rapporto tra la consuetudine locale e la prassi giudiziaria, D. 1.3.34 in tema di consuetudine confermata da un giudizio in contraddittorio e CI. 8.52(53).1, riguardante l'attività del preside della provincia.

cipio di diritto alla base dei giudicati conformi doveva considerarsi ‘definitivamente acquisito all’ordinamento’¹¹⁰.

Ai fini della nostra indagine, tuttavia, quello che va sottolineato è questo valore normativo riconosciuto ai giudicati nella teoria delle fonti del III secolo d.C., anche se bisogna avvertire che è permesso ricorrere ad una serie di sentenze conformi solo in subordine alla legge e come strumento interpretativo della stessa.

A tal proposito, Salvatore Puliatti ha opportunamente sottolineato che «[...] Callistrato, con l’attestare che la legislazione imperiale impone al giudice l’obbligo di avvalersi della consuetudine e dei giudicati conformi quali mezzi interpretativi per la soluzione di dubbi di diritto, testimonia il riconoscimento da parte del legislatore della normatività (*auctoritas*) dei giudicati conformi entro i limiti in cui tale valore rientri nell’ambito del disposto di legge e si ponga in rapporto di interpretazione della stessa»¹¹¹.

Uno strumento interpretativo, comunque, di una qualche importanza dal momento che, nel caso di ambiguità derivanti dalle leggi, quello che doveva essere preso in considerazione era l’interpretazione giudiziale manifestatasi nel tempo attraverso i giudicati conformi.

Alla luce di quanto fin qui verificato, dunque, con riguardo all’età severiana, sono emersi, ai fini del raggiungimento dell’esigenza sempre più avvertita della cd. ‘certezza del diritto’, due orientamenti di notevole rilievo: da un lato, i prodromi del principio della soggezione del giudice alla legge (con tutte le sue problematiche) che si manifesta nella tendenza a ridurre il potere degli organi giudicanti prevedendo la nullità delle sentenze

¹¹⁰ Così PROVERA, *Il valore normativo della sentenza* cit. 7, secondo il quale «Evidentemente non era in discussione l’autorità del precedente, ma l’utilizzazione di un criterio idoneo al consolidarsi dell’interpretazione giudiziale, attraverso il succedersi nel tempo, di giudicati conformi».

¹¹¹ PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto* cit. 147.

contra constitutiones o *contra ius*, dall'altro, comunque, il riconoscimento da parte dell'imperatore e della riflessione giurisprudenziale dell'importante funzione dei giudici che si evince nel tutelare, a diversi livelli, la valenza del giudicato, giungendo addirittura ad attribuire valore normativo ai giudicati costanti ed uniformi.

CAPITOLO TERZO

LA DISCIPLINA SANZIONATORIA A CARICO DEL GIUDICE CHE DECIDE *CONTRA CONSTITUTIONES*

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari. – 2. Il *iudex qui litem suam fecerit*. – 3. *L'iniuria iudicis*. – 4. Il regime punitivo del giudice che si pronuncia *contra constitutiones* tra *crimen falsi* e *crimen maiestatis*. – 5. Profili causali della disciplina in tema di giudizio *contra constitutiones*.

1. Osservazioni preliminari

La tematica della responsabilità del giudice, con particolare riferimento all'esperienza giuridica romana, si presenta molto ampia ed articolata¹.

¹ Sulla responsabilità del giudice nel processo romano si veda, ad esempio, MACCORMACK, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate* cit. 3 ss.; BURDESE, *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano* cit. 53 ss.; *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare* cit. 153 ss. e dello stesso autore *Ancora sul iudex qui litem suam facit*, in *Studi in onore di F. Sartori*, Padova 2003, 21 ss.; *Note sulla responsabilità del «iudex privatus»*, in *Studi in onore di L. Mazzarolli*, 1, Padova 2007, 35 ss.; SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 1 ss.; GAGLIARDI, *La figura del giudice privato* cit. 199 ss., in particolare 206 ss.; M.A.S. MOLLÁ NEBOT, *Iudex Unus. Responsabilidad judicial e iniuria iudicis*, Madrid 2010, 85 ss.; C. VENTURINI, M. FUENTESECA DEGENEFEE, *El juez en Roma: Funciones y responsabilidad*, Madrid 2010, 11 ss.; RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse* cit. 141 ss., 165 ss.; *Note sulla responsabilità del giudice e dell'arbitro* cit. 181 ss.; VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell'età classica* cit. 454 ss., con particolare riferimento ai casi di 'corruzione giudiziaria'; S. BARBATI, *Abusi e illeciti dei giudici nel processo tardo-antico*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana* 19 (2013) 335 ss.; R. SCEVOLA, *La 'collusio' nella prospettiva della giurisprudenza classica: origini storiche, aspetti concettuali e profili rimediali*, in GAROFALO (a cura di), *Res iudicata*, 2, cit. 173 ss., in particolare 178 ss., a proposito della *collusio* nel senso di accordo fraudolento tra il convenuto e i *recuperatores* (cfr. Cic. *Verr.* 2.3.13.32). L'autore, prendendo le mosse da due testimonianze (Cic. *part. orat.* 36.124; Ulpian. 6 *ad ed.* D. 47.15.1pr.-1), evidenzia come «[...] il primevo ambito operativo della collusione

Come è noto, infatti, essa va inquadrata alla luce dei differenti sistemi processuali, sia privati sia criminali, che si sono affermati nel corso dei diversi periodi della storia di Roma, dal momento che, ad esempio, la disciplina della responsabilità del *iudex privatus* nell'ambito del processo formulare di età repubblicana presenta profili dissimili da quella degli organi giudicanti nella *cognitio extra ordinem* tardoantica.

Bisogna sottolineare, d'altra parte, che risulta estremamente difficile ricostruire in maniera unitaria la regolamentazione della materia anche perché essa è dettata prevalentemente da una complessa normativa a partire dall'età repubblicana, forse già con le XII Tavole², per proseguire nel principato, ad esempio con la

tra le parti in danno di un terzo (o anche, come nel caso delle 'Verrine', tra il collegio giudicante e una parte a detrimento dell'*adversarius*) debba essere ricondotto al processo criminale [...]». In seguito – ricorda l'autore – «sarebbe spettato alla giurisprudenza della prima età classica, dominata dalla creatività labeoniana, orientare il transito della collusione nel processo privato [...]» (*op. ult. cit.* 222 s.).

Su alcuni differenti aspetti della responsabilità dei magistrati nell'esperienza giuridica romana si veda O. LICANDRO, *In magistratu damnari. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle funzioni*, Torino 1999, *passim*; C. MASI DORIA, *A proposito di limiti e responsabilità nell'attività del magistrato giudicante nella tarda repubblica, tra il cd. editto di ritorsione e l'abrogatio iurisdictionis*, in K. MUSCHELER (ed.), *Römische Jurisprudenz. Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für D. Liebs zum 75. Geburtstag*, Berlin 2011, 419 ss.; F. TUCCILLO, *Alcune riflessioni sulla responsabilità del magistrato e dell'adessor. Dolus, diligentia, culpa*, in *Culpa. Facets of Liability in Ancient Legal Theory* cit. 257 ss.

² Cfr. Gell. N. A. 20.1.7-8, a proposito della disposizione sanzionante la pena di morte a carico del giudice colpevole di corruzione; su cui si veda, per un primissimo riferimento in tema di 'crimini lesivi del supremo interesse dei cittadini all'inviolabilità della giustizia', SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. 57 e GIUFFRÈ, *La repressione criminale* cit. 16.

Sulla responsabilità del giudice, alla luce della legislazione decenvirale con specifico riguardo al mancato adempimento degli obblighi procedurali, cfr. XII Tab. 2.2 (*FIRA*. 1².31): ...MORBUS SONTICUS...AUT STATUS DIES CUM HOSTE...QUID HORUM FUIT [VITIUM] IUDICI ARBITROVE REOVE, EO DIES DIFFISUS ESTO; su cui si veda SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 108 ss., con ampia indicazione dell'ulteriore bibliografia.

lex Irritana, e soprattutto nel dominato, con le numerose *novae leges* imperiali, fino all'età di Giustiniano con una serie di provvedimenti in tema di *officium iudicis*³.

Va posto in evidenza, inoltre, che il tema della responsabilità del giudice in qualche modo si intreccia con quello più specifico della corruzione giudiziaria, concettualmente autonomo ma che non sempre può essere isolato da una precisa linea di confine rispetto al primo per certi aspetti più ampio: si ricordi, a tal proposito, la fattispecie che, concretizzandosi nell'accettazione di *pecuniam ob rem iudicandam*, produceva numerosi casi di corruzione passiva del giudice⁴.

Molteplici, pertanto, sono gli aspetti che hanno interessato gli studiosi che si sono occupati del tema, dando vita ad una letteratura assai vasta e spesso caratterizzata da opinioni contrastanti⁵.

Senza avere alcuna pretesa di esaustività, si pensi, ad esempio, alla questione della diversa natura della responsabilità dell'organo giudicante (sacrale, penale, civile, etico-sociale, discipli-

³ Sulla politica legislativa di Giustiniano in tema di amministrazione della giustizia si veda, in particolare, con l'indicazione delle principali fonti e letteratura, PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto* cit. 43 ss.; *L'organizzazione della giustizia dal V al IX secolo* cit. 381 ss.

⁴ Sul punto si veda, con l'indicazione dell'ulteriore letteratura, VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell'età classica* cit. 455 ss. e dello stesso autore: *Ob sententiam in senatu [...] dicendam pecuniam accipere: divagazioni su senatori e lex Iulia repetundarum*, in *Studi in onore di Remo Martini*, Milano 2009, 892 ss., in particolare 915.

Sulle numerose problematiche riguardanti il complesso tema della corruzione nella repressione criminale romana si veda, ad esempio, C. VENTURINI, «*Concussione e corruzione: un intreccio complicato*», in R. SORACI (a cura di), *Corruzione, repressione e rivolta morale nella tarda antichità. Atti del convegno Internazionale Catania, 11-13 dicembre 1995*, Catania 1999, 307 ss.; *La corruzione: complessità dell'esperienza romanistica*, in G. FORNASARI, N.D. LUISI (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali. Atti del convegno Trento, 18 e 19 maggio 2001*, Padova 2003, 5 ss.

⁵ Per un quadro di sintesi dello stato della dottrina, con particolare riferimento alla responsabilità del giudice in epoca tarda, si veda, ultimamente, BARBATTI, *Abusi e illeciti dei giudici nel processo tardo-antico* cit. 335 ss.

nare, ‘amministrativa’) e del problema dell’eventuale coesistenza, almeno in alcune epoche, di differenti tipi di responsabilità.

Si consideri, ancora, il grande tema del criterio di imputazione dell’illecito giudiziario, in particolare se fosse soggettivo o oggettivo e, conseguentemente, se fosse necessaria o meno l’indagine sulla presenza del dolo o, comunque, della semplice colpa ai fini della sanzione del giudice.

Si pensi, infine, al problema se tale illecito processuale fosse tipico, consistente dunque in una fattispecie dai contorni ben determinati, oppure atipico nel senso cioè di non essere previsto all’interno di un elenco dettagliato delle varie ipotesi di mancanze e abusi del giudice.

Da quanto fin qui solo accennato, dunque, ben si comprende come – allo stato attuale delle nostre conoscenze – risulti di certo ancora appropriato, in tema di responsabilità del giudice, il giudizio di Francesco De Martino, secondo cui ‘la storia del principio ha più ombre che luci’⁶.

Prima di esaminare le pene previste per il giudice che decide *contra constitutiones*, è opportuna qualche precisazione in merito a due particolari fattispecie, quella del *iudex qui litem suam fecerit* e l’*iniuria iudicis*, al fine di chiarirne alcune significative differenze rispetto al nostro specifico tema di indagine.

2. Il *iudex qui litem suam fecerit*

L’ipotesi del *iudex qui litem suam fecerit* cioè del ‘giudice che abbia fatto propria la lite’, soprattutto negli ultimi anni, ha nuovamente suscitato l’interesse della storiografia. Si è indagato, ad esempio, sul significato dell’espressione *litem suam facere*,

⁶ F. DE MARTINO, ‘*Litem suam facere*’, in *Bullettino dell’Istituto di diritto romano* 91 (1988 ma pubb. 1992) 1 ss. ora in *Diritto economia e società nel mondo romano*, 1, *Diritto privato*, Napoli 1995, 687 ss. in particolare 721, che qui si cita.

sulle origini dell'istituto, sulla diversa tipologia delle condotte illecite, sulla disciplina dell'*actio adversus iudicem qui litem suam fecit* e, di recente, su alcuni profili del *litem suam facere* in età tardoantica⁷.

Come è noto, tale fattispecie è ricordata, con specifico riguardo alle fonti delle obbligazioni, in tre testi 'gemelli' nel *Corpus iuris civilis*: due tratti dalle *Res cottidianae* di Gaio e confluiti, molto probabilmente a seguito di qualche rimaneggiamento, nel Digesto (D. 44.7.5.4 Gai. 3 *aur.*; D. 50.13.6 Gai. 3 *rer. cott. sive aur.*)⁸ e uno posto all'inizio del libro quarto delle

⁷ Sulla complessa fattispecie, oltre agli autori citati *retro* nella nt. 1, si veda A. D'ORS, '*Litem suam facere*', in *Studia et documenta historiae et iuris* 48 (1982) 368 ss.; DE MARTINO, '*Litem suam facere*' cit. 687 ss.; LAMBERTI, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»* cit. 218 ss.; C. DE KONINCK, *Iudex qui litem suam fecit. Le responsabilité quasi-délictuelle du iudex privatus dans la procédure formulaire*, in *Viva vox iuris romani. Essays in honour of Johannes Emil Spruit*, Amsterdam 2002, 80 ss.; M. GIUSTO, *Per una storia del litem suam facere*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 71 (2005) 457 ss.; A. PETITO, *Il iudex qui litem suam fecerit nella Parafrasi di Teofilo*, in CASCIONE, GERMINO, MASI DORIA, *Parti e giudici nel processo* cit. 453 ss.; R. LAMBERTINI, *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit*, relazione tenuta a Napoli il 10 novembre 2010 nell'ambito degli incontri organizzati dall'Associazione di Studi Tardoantichi disponibile su www.studitardoantichi.org e dello stesso autore *Cons. 8: il vetus iurisconsultus* cit. 83 ss.; *Testi e percorsi di diritto romano* cit. 189 ss.; F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna 2010, 11 ss.; BIANCHI, *Il principio di imparzialità del giudice* cit. 181 ss., in particolare 213 ss.; R. FERCIA, '*Litem suam facere*' da Adriano ai Severi, in *Diritto@storia* 10 (2011-12) ora in GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, 3, cit. 915 ss., che qui si cita; R. SCEVOLA, *In margine al 'litem suam facere' in età postclassica e giustiniana*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 79 (2013) 423 ss.

⁸ 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, ideo 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 aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.*

Istituzioni, «*De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*» (*Inst.* 4.5pr.)⁹.

Da questi testi, si evince che il giudice che fa sua la lite non risulta, in senso proprio, responsabile *ex maleficio*; tuttavia, poiché non è possibile nemmeno considerarlo obbligato *ex contractu* e comunque si ritiene egli aver avuto un comportamento non consentito, sia pure per imprudenza, è tenuto *quasi ex maleficio*.

Per quanto concerne l'individuazione delle diverse tipologie che rientrano nel caso del *iudex qui litem suam fecerit*, fermo restando che, a proposito del processo *per legis actiones*, non vi sono testimonianze sicure in merito all'istituto¹⁰, con particolare riguardo al processo formulare le ipotesi di responsabilità del giudice parziale comprenderebbero, in primo luogo, alcuni casi di violazione ad opera dello stesso *iudex* di regole di natura processuale, che possono concretizzarsi in comportamenti omissivi o commissivi.

A proposito dei primi, oltre all'ipotesi della mancata comparizione del *iudex* in giudizio¹¹, viene disciplinata, secondo al-

⁹ Iust. *Inst.* 4.5pr.: *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, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit.* Cfr., inoltre, Iust. *Inst.* 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.*

¹⁰ Per una sintesi dei diversi orientamenti della storiografia sul punto si veda SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 21 ss.

¹¹ Sul punto cfr. Macr. *Sat.* 3.16.14-16: *C. Titius [...] describens enim homines prodigos in forum ad iudicandum ebrios commeantes, quaeque soleant inter se sermocinari sic ait: 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 venterint. Inde ad comitium vadunt ne litem suam faciant. Dum eunt, nulla est in angiporto amphora quam non impleant, quippe qui vesicam plenam vini habeant.*

cune fonti documentali, in particolare il testo epigrafico delle *lex Irnitana* (cap. 91) ed il Papiro di Antinoopolis (1.22r.), la condotta omissiva del giudicante che, non avendo pronunciato la sentenza né rinviato la causa, ha provocato l'estinzione del processo alla luce dell'inosservanza dei termini di conclusione dello stesso¹².

Un caso specifico, inoltre, in cui il giudice fa propria la lite è riportato da Gaio nelle *Institutiones* e si configura quando il giudicante, nell'ipotesi in cui sia posta nella formula una *condemnatio* ad una determinata somma di denaro, condanni il convenuto al pagamento di un importo maggiore o minore rispetto a quella; oppure, nel caso di una limitazione fissata dal pretore tramite *taxatio*, condanni il convenuto ad una somma superiore a quella prevista come massima:

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

Sulle numerose problematiche riguardanti la testimonianza di Macrobio, si veda, ad esempio, GAGLIARDI, *La figura del giudice privato* cit. 206 ss., ivi principale bibliografia.

¹² Sulla *lex Irnitana* si vedano le edizioni critiche di J. GONZÁLEZ, M.H. CRAWFORD, *The lex Irnitana. A new copy of the Flavian municipal law*, in *Journal of roman studies*. 76 (1986) 137 ss.; A. D'ORS, *La ley Flavia municipal. Texto y comentario*, Roma 1986; F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*». *Municipalità e «ius Romanorum»*, Napoli 1993. Cfr., inoltre, la recente edizione di J. G. WOLF, *Die Lex Irnitana. Ein römisches Stadtrecht aus Spanien*, Darmstadt 2011; su cui si veda A. TORRENT, *Una nueva edición de la «lex Irnitana»*, in *Index* 41 (2013) 132 ss.

In particolare sul capitolo 91 della *lex Irnitana* si veda D. MANTOVANI, *La diei diffisio nella lex Irnitana. Contributo all'interpretazione e alla critica testuale del capitolo LXXXI*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, 5, Napoli 2001, 236 ss.; SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 236 ss.; A. GÓMEZ-IGLESIAS, *Lex Irnitana cap. 91: lis iudici damni sit*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 72 (2006) 465 ss.

Sul Papiro di Antinoopolis (1.22) si veda SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 212 ss., ivi ulteriore bibliografia.

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 similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est¹³.

A queste ipotesi di responsabilità, nelle quali il giudice incorre non rispettando determinate regole processuali, se ne sarebbe aggiunta un'altra, secondo quanto è possibile desumere da una testimonianza di Ulpiano riportata nel Digesto:

D. 5.1.15.1 Ulpian. 21 *ad ed.*: Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur¹⁴.

Nel passo si afferma che il giudice fa propria la lite qualora abbia pronunciato una sentenza con dolo in frode alla legge (*cum dolo malo in fraudem legis*). È chiarito, inoltre, che ciò si verifica quando è possibile desumere con evidenza una condotta caratterizzata dal favore o dall'inimicizia verso una delle parti o comunque dalla bassezza di animo del giudicante. In tale ipotesi, dunque, si configura la responsabilità del giudice costretto a pagare la *vera aestimatio* della lite¹⁵.

¹³ Sul testo si veda, con l'indicazione della precedente letteratura, SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 241 ss.; FERCIA, *'Litem suam facere' da Adriano ai Severi* cit. 918 ss.

¹⁴ Sul passo si veda, con la principale bibliografia, SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 249 ss.; FERCIA, *'Litem suam facere' da Adriano ai Severi* cit. 920 ss.

¹⁵ A questo proposito BURDESE, *In margine alla responsabilità del giudice* cit. 54, ha parlato di una 'responsabilità sostitutiva' del giudicante rispetto a quella del convenuto, poiché l'attore viene privato della possibilità di ottenere in sede di giudizio il riconoscimento e la soddisfazione della sua pretesa nei confronti del convenuto stesso. Secondo DE MARTINO, *'Litem suam facere'* cit. 719 s., si

Il testo risulta di estrema complessità e non a caso differenti sono le interpretazioni avanzate dalla storiografia in merito ad alcuni suoi particolari aspetti, quali – solo per fare qualche esempio – la sua classicità, la configurazione originaria del frammento e la problematica della natura intenzionale della violazione di legge¹⁶.

In particolare, però, ai fini della nostra indagine, è opportuno ricordare l'ipotesi avanzata da Alberto Burdese in merito alla possibilità di configurare, nel testo di Ulpiano, un caso di nullità di sentenza *contra legem* che avrebbe rappresentato, in qualche modo, un antecedente del principio di nullità delle sentenze pronunciate *contra constitutiones*¹⁷.

Secondo lo studioso, infatti, il testo originale, invece di contenere una definizione generale della condotta qualificabile come *litem suam facere*, avrebbe preso in considerazione un 'caso di frode ad una specifica legge'¹⁸. A tal riguardo, l'autore prende le mosse dall'*inscriptio* del passo secondo cui esso risulterebbe tratto dal XXI libro del commentario di Ulpiano *ad edictum*, nel quale il giurista severiano commentava le leggi Cicereia e Cornelia concernenti gli *adpromissores*¹⁹. Più in particolare, Bur-

sarebbe trattato non solo di un caso di 'responsabilità sostitutiva' ma anche di 'responsabilità aggiuntiva'.

Sulla complessa questione si veda, ultimamente, FERCIA, '*Litem suam facere*' da Adriano ai Severi cit. 929 ss., il quale sottolinea che «Ulpiano ci dice che il giudice 'fa sua la lite', e che è possibile invocare il rimedio pretorio contro quest'ultimo; non ci dice, però, chi, tra l'attore e il convenuto, sia legittimato a percorrere questa via della giustizia» (*op. ult. cit.* 929).

¹⁶ Su questi aspetti e sulle altre problematiche riguardanti D. 5.1.15.1 si veda l'ampia disamina di SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 249 ss., ivi principale letteratura, cui si aggiunga BURDESE, *Note sulla responsabilità del 'iudex privatus'* cit. 45 ss.; FERCIA, '*Litem suam facere*' da Adriano ai Severi cit. 920 ss.

¹⁷ In questo senso BURDESE, *Sulla responsabilità del 'iudex privatus'* cit. 179, secondo cui sembrerebbe potersi affermare che tale principio di nullità delle sentenze 'abbia cominciato a farsi strada proprio in sede di processo fomulare'.

¹⁸ Così BURDESE, *Sulla responsabilità del 'iudex privatus'* cit. 176.

¹⁹ Sul punto si veda BURDESE, *Sulla responsabilità del 'iudex privatus'* cit.

dese ha ipotizzato che il testo ulpiano in origine riguardasse un caso di *litem suam facere* da parte del giudice che non avesse rispettato il limite massimo fissato dalla *lex Cornelia* alla responsabilità dello *sponsor* o *fidepromissor*, consistente nel divieto di obbligarsi nello stesso anno a favore del medesimo debitore e nei confronti dello stesso creditore per una somma superiore a ventimila sesterzi²⁰. Di conseguenza, non vi sarebbe stata un'ipotesi di «deroga a regola di procedura, come è invece per il caso (previsto da Gai 4, 52) di mancato rispetto della *taxatio* formulare, bensì di contrarietà a norma sostanziale di diritto imposta da fonte autoritativa [...] per cui si sarebbe trattato, da parte di Ulpiano, del riconoscimento nel caso specifico della nullità di sentenza *contra legem*, con conseguente responsabilità per aver fatto propria la lite da parte del giudice ove ne fosse riconosciuta peraltro l'intenzione dolosa di frodare la legge con la sua sentenza»²¹.

L'ipotesi dello studioso, sebbene suggestiva, va però valutata con molta cautela.

In via preliminare, va ricordato che non vi è certezza in merito alla precisa individuazione del libro del commentario editale di Ulpiano da cui sarebbe tratto il passo riportato in D. 5.1.15.1 e non a caso, da parte di qualche studioso, è stata anche ipotizzata una diversa collocazione del frammento ulpiano nel libro XXIII (dove il giurista si occupava del titolo editale

176 s., *In margine alla responsabilità del giudice* cit. 71, il quale riprende il suggerimento di O. LENEL, *EP*³, 83-88, p. 216 s.; *Pal. Ulpian.* n. 650 p. 514.

²⁰ Sul limite fissato dalla *lex Cornelia de sponsu* cfr. Gai. 3.124: *Sed beneficium legis Corneliae omnibus commune est. Qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno vetatur in ampliorem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia. Et quamvis sponsores vel fidepromissores in ampliorem pecuniam, veluti si sestertium C milia <se obligaverint, tamen dumtaxat in XX tenentur>* [...]; su cui di recente si veda FERCIA, *'Litem suam facere' da Adriano ai Severi* cit. 921 ss.

²¹ BURDESE, *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano* cit. 67.

de iudiciis) anziché nel XXI (riguardante le rubriche *ad legem Cicereiam* e *ad legem Corneliam*)²².

Alcuni dubbi, inoltre, sussistono pure per quanto concerne l'identificazione della specifica *lex*, cui si sarebbe riferito il comportamento fraudolento del giudice riportato in D. 5.1.15.1²³.

Pur volendo, eventualmente, accogliere la proposta interpretativa di Burdese, va comunque tenuto presente che la fattispecie del *litem suam facere*, richiamata in D. 5.1.15.1, nonostante l'estensione dell'ambito applicativo dell'illecito privato, riguarda il processo formulare e soprattutto presenta profili sostanzialmente differenti rispetto all'altra ipotesi del giudice che decide *contra constitutiones*, la quale verosimilmente costituisce un'innovazione propria della *cognitio extra ordinem*²⁴.

Nello specifico, è opportuno sottolineare la diversità delle due fattispecie che si evince anche dalla differente disciplina sanzionatoria: mentre il comportamento illecito del giudice che fa sua la lite rileva sotto il profilo obbligatorio, poiché la sua responsabilità si concretizza nell'*obligatio* al pagamento di una somma di danaro, invece, la condotta del *iudex* che decide *contra constitutiones* viene ad essere attratta, soprattutto per quanto concerne l'età severiana, nella sfera dei *crimina* e punita, pertanto, con pene criminali.

Come verificheremo meglio nelle pagine successive, da una

²² Per una sintesi dei diversi orientamenti della storiografia sul complesso problema della corretta collocazione del passo nel commentario ulpiano, la cui soluzione rimane ancora caratterizzata da un margine di aleatorietà, si veda SCERVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 274 ss.

²³ Sul punto, ad esempio, si veda T. GIMÉNEZ CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid 1990, 49 s., secondo cui si sarebbe trattato della *lex Iulia iudiciorum privatorum* e pertanto di una violazione di norme procedurali.

Secondo DE MARTINO, '*Litem suam facere*' cit. 720 s., in D. 5.1.15.1, la *fraus legis* va riferita a «leggi determinate, tra le quali si può ritenere molto probabile che vi fossero quelle che fissavano limiti alle garanzie personali delle obbligazioni, senza escludere una portata più generale. In queste ipotesi la condanna era nel valore della cosa».

²⁴ Sul punto si vedano *retro* le «Riflessioni introduttive» al capitolo secondo.

fondamentale testimonianza di Marciano (D. 48.10.1.3) risulta che il giudice che *'constitutiones principum neglexerit'* è punito in base alla *lex Cornelia de falsis*, la quale, stando ad un passo delle *Pauli Sententiae* (PS. 5.25.4), prescrive la pena della *deportatio in insulam*²⁵.

Inoltre, alla luce di un provvedimento di Alessandro Severo del 223 d.C. (CI. 9.8.1), con cui l'imperatore stabilisce che durante il suo regno devono cessare i reati di lesa maestà *etiam ex aliis causis* ed ordina pertanto che non sia accusato di *maiestas* un giudice che ha emesso una sentenza *contra constitutionem*, è possibile desumere che, almeno negli anni immediatamente precedenti allo stesso imperatore, la disciplina di tale condotta illecita sia stata attratta anche nella sfera del *crimen maiestatis*²⁶.

Oltre a questa fondamentale distinzione sotto il profilo sanzionatorio, esistente tra il caso del giudice che fa sua la lite e quello di colui che decide *contra constitutiones*, è opportuno, al fine di evidenziarne ulteriori differenze, con specifico riferimento alla fattispecie prevista in D. 5.1.15.1, richiamare l'attenzione sulla frase *dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*.

Tale espressione, ritenuta con molta probabilità sostanzialmente fedele al pensiero ulpiano²⁷, indica l'ipotesi del giudice che con dolo abbia emanato una sentenza in frode alla legge.

²⁵ Cfr. D. 48.10.1pr.-3 Marcian. 14 *inst.*: *Poena legis Corneliae irrogatur ei [...] Sed et si iudex constitutiones principum neglexerit, punitur*; PS. 5.25.4: *Iudex, qui contra sacras principum constitutiones contrave ius publicum, quod apud se recitatum est, pronuntiat, in insulam deportatur*; su cui cfr. il paragrafo successivo.

²⁶ CI. 9.8.1 Imp. Alexander A. Paulino: *Etiam ex aliis causis maiestatis crimina cessant meo saeculo, nedum etiam admittam te paratum accusare iudicem propter ea crimine maiestatis, quod contra constitutionem eum dicis pronuntiasse*. PP. III id. April. Maximo II et Aeliano cons. [a. 223]; su cui cfr. il paragrafo successivo.

²⁷ Sul punto si veda DE MARTINO, *'Litem suam facere'* cit. 720: «Le parole *dolo malo*, che si trovano nel testo di Ulpiano [...] non lasciano dubbi sulla classicità della previsione». Cfr., inoltre, SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 364 s. e nt. 135, ivi ulteriore letteratura.

Risultano, pertanto, evidenti i due aspetti che in questo caso connotano il comportamento scorretto del giudice: da un lato il rilievo dell'elemento intenzionale ai fini dell'illecito e, dall'altro, una condotta che si concretizza nell'emanazione di una sentenza *in fraudem legis*²⁸.

Con specifico riferimento a quest'ultimo riguardo, va precisato però che l'atto *in fraudem legis*, con il quale si mira ad aggirare la *ratio* di una legge pur rispettandone il tenore letterale, è per certi aspetti diverso dall'atto *contra legem* in evidente contrasto con il precetto di una legge.

Tale distinzione, d'altra parte, risulta ben presente ad Ulpiano, il quale ricorda che si concretizza la *fraus legi* quando si fa quello che la legge, pur non avendolo espressamente vietato, comunque non vuole che si verifichi:

²⁸ Sui differenti significati del termine *fraus* si veda DIRKSEN, *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum* cit. 389 s.

Su alcuni profili etimologici della parola, cfr. A. WALDE, J.B. HOFMANN, sv. *Fraus*, in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch* 1 (1938) 543.

Sulla *fraus* si veda il fondamentale lavoro di H. KRÜGER, M. KASER, *Fraus*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* 63 (1943) 117 ss.

In particolare, sulla *fraus legi*, di interesse risulta ancora G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino 1911, 11 ss.

Sull'argomento, inoltre, cfr. L. FASCIONE, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano 1983, 13 ss.; M. BUENO SALINAS, *Fraus legi: un estudio sobre D. 1.3.29 (Paul. ad leg. Cin.)*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 62 (1996) 139 ss., ivi ulteriore bibliografia.

Sul rilievo dell'elemento soggettivo nella *fraus* è opportuno ricordare la *regula iuris*, in base alla quale nell'interpretazione della frode *in iure civili* bisogna tener presente non solo l'evento prodotto ma anche l'elemento intenzionale dell'agente; cfr. D. 50.17.79 Papin. 32 *quaest.*: *Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur*.

Sulle problematiche riguardanti la necessità o meno di una condotta dolosa ai fini della configurazione del *litem suam facere* si veda, per una sintesi dei diversi orientamenti degli studiosi, LAMBERTI, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»* cit. 245 ss.; SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 364 ss.

D. 1.3.30 Ulpan. 4 *ad ed.*: *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri nolumus, fieri autem non vetuit, id fit [...] hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit*²⁹.

La differenza tra l'atto *contra legem* e quello *in fraudem legis* è anche confermata da un'altra testimonianza dell'età severiana, riconducibile a Paolo, secondo cui opera *contra legem* chi fa quello che è vietato dalla legge, mentre agisce in frode alla legge colui che, rispettando le parole della stessa (*salvis verbis legis*), ne evita comunque il precetto:

D. 1.3.29 Paul. *lib. sing. ad l. Cinciam*: *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*³⁰.

Ritornando, dunque, ad alcuni profili distintivi tra l'ipotesi del *litem suam facere*, riportata in D. 5.1.15.1, e quella del giudice che decide *contra constitutiones*, va ricordato che mentre la prima riguarda una sentenza *in fraudem legis*, l'altra concerne casi di sentenze in evidente contrasto con una norma giuridica.

La distinzione rileva anche sotto il profilo della problematica della nullità o meno della decisione giudiziale, poiché, mentre in tema di sentenza *contra constitutiones*, le testimonianze sono più esplicite e la nullità della stessa è riconosciuta dall'opinione dominante degli studiosi³¹, nell'ipotesi di sentenza *in fraudem legis* in D. 5.1.15.1, mancando indicazioni testuali sul

²⁹ Sul testo si veda, con particolare riferimento alla concezione ulpiana della *fraus legi*, SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 365 ss., ivi principale bibliografia.

³⁰ Sul passo si veda con ampia indicazione della precedente letteratura, BUENO SALINAS, *Fraus legi: un estudio sobre D. 1.3.29* cit. 139 ss., la quale conclude il suo ampio saggio ricordando che «El *fraus legis* es una figura jurídica autónoma, distinta del acto *contra legem*» (*op. ult. cit.* 253).

³¹ Si veda *retro* capitolo secondo.

punto, l'eventuale nullità della medesima non è accolta in modo pacifico dalla storiografia³².

Ma vi è di più.

Un'altra differenza tra le due fattispecie è possibile coglierla anche con riguardo all'ampliamento della responsabilità del giudice, che, estesa da una sfera strettamente privatistica anche ad una pubblicistica, in qualche modo tende a spostare il suo senso direzionale da 'orizzontale' a 'verticale'.

Mentre nel caso del *iudex qui litem suam fecerit* la responsabilità dello stesso va collocata nell'ambito del rapporto instaurato tra il giudice e le parti processuali, nei cui confronti appunto egli è obbligato da doveri di natura privatistica, nella differente ipotesi di decisione *contra constitutiones*, la responsabilità del giudice funzionario va inquadrata nel rapporto pubblicistico che si instaura all'interno dell'apparato burocratico e comporta che il giudicante è esposto non solo alla pretese delle parti, ma è tenuto principalmente all'assoluto rispetto delle disposizioni normative dell'imperatore, posto al vertice del sistema gerarchico.

A conferma dell'alterità delle due fattispecie, infine, va ricordato che, una volta che si è affermato nella *cognitio extra ordinem* il principio di nullità della sentenza *contra constitutiones*, la responsabilità del giudice *qui litem suam fecerit* viene ad assumere una diversa funzione: con riferimento a quest'ultima re-

³² Cfr., ad esempio, MACCORMACK, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate* cit. 22 ss., il quale con riferimento alla responsabilità del giudice distingue la sentenza *in fraudem legis*, da ritenersi valida, da quella *contra legem*, che sarebbe nulla.

Su questa distinzione si veda anche FERCIA, '*Litem suam facere*' da Adriano a Severi cit. 936: «distinzione, questa, in sé plausibile se riferita alla più matura esperienza giuridica dei tempi di Ulpiano, e ciò tanto più alla luce della puntualizzazione che i giuristi di epoca severiana evidenziavano in ordine alla distinzione [...] tra contesti *contra legem* e contesti *in fraudem legi(s)*».

Più in generale, sul problema della validità o meno della sentenza in caso di *litem suam facere* si veda, per una sintesi dei diversi orientamenti manifestati dalla storiografia, SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 243 ss.

sponsabilità, non a caso, lo stesso Burdese opportunamente ha parlato, di una ‘funzione meramente accessoria e integrativa e solo eventualmente sostitutiva’ rispetto al citato principio di nullità³³.

In conclusione, nonostante il caso indicato in D. 5.1.15.1 presenti contorni non sempre facilmente definibili, sono comunque emersi, alla luce di quanto fin qui detto, alcuni profili dissimili dalla fattispecie delle sentenze contrarie alle costituzioni imperiali.

3. *L'iniuria iudicis*

L'espressione *iniuria iudicis*, come è noto, appare utilizzata nelle testimonianze che ci sono pervenute con riferimento all'ingiustizia della sentenza, la quale, appunto, è considerata *iniqua*, in quanto emanata *iniuria* o *per iniuriam iudicis*, *per errorem aut iniuriam iudicis* oppure *per imprudentiam iudicis aut per errorem*³⁴.

³³ BURDESE, *In margine alla responsabilità del giudice* cit. 70 nt. 73.

³⁴ Sul tema si veda, con l'indicazione delle principali testimonianze, J. DAUVILLIER, *La théorie de l'iniuria iudicis' dans la procédure formulaire*, Toulouse 1937; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza* cit. 5 ss.; PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano* cit. 5 ss., che qui si cita; *Note sull'ingiustizia della sentenza* cit. 29 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, 1, Milano 1973, 294 ss., con particolare riferimento alla questione dell'intangibilità della sentenza; A. SALOMONE, *Sentenza invalida, sentenza ingiusta ed irripetibilità del 'solutum ex causa iudicati'*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, Napoli 2002, 3 ss.; G. PAPA, *Note sulle in tema di ingiustizia e nullità della sentenza*, in CASCIONE, MASI DORIA (a cura di), *Diritto e giustizia nel processo* cit. 37 ss.; SCEVOLA, *La responsabilità del index privatus* cit. 320 ss.; A. SALOMONE, *L'iniuria iudicis' tra assistenza nella lite, assunzione del giudizio e appello del terzo*, in GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, 3, cit. 825 ss.; A. MILAZZO, *'Iniuria iudicis': ingiustizia della sentenza e riflessi sulla cosa giudicata*, in GAROFALO (a cura di), *'Res iudicata'*, 2, cit. 67 ss.

A tal riguardo, è opportuno ricordare che questa fattispecie va distinta dal delitto di *iniuria*, come peraltro è chiarito in una testimonianza di Ulpiano (D. 47.10.1pr.), dove il giurista, nel ricordare i diversi significati dell'*iniuria*, evidenzia che talvolta viene chiamata con tale termine l'*iniquitas*, come quando il giudice '*inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret*'³⁵.

Va, inoltre, tenuto presente che, mentre il *delictum* di *iniuria* è oggetto di una regolamentazione già nell'ambito della le-

³⁵ D. 47.10.1pr. Ulpian. 56 *ad ed.*: *Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter. Specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam, contumeliam autem a contemnendo.*

Cfr., inoltre, Coll. 2.5.1 Paul *lib. sing. et tit. de iniuriis*; Iust. *Inst.* 4.4pr.

Su alcuni aspetti riguardanti questi testi si veda ad esempio, con l'indicazione della precedente letteratura, BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, 1, cit. 296 s., il quale con specifico riferimento all'affermazione di Ulpiano, secondo cui *iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret*, opportunamente avverte che: «[...] una definizione del genere poco ci illumina circa i motivi di iniquità della sentenza e i criteri in base ai quali essa viene stabilita. Si tratta di vedere – nelle applicazioni della nozione in esame – dove si concreti la situazione indicata come *iure et iustitia carere*».

Cfr., inoltre, M.F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, 30 ss.; SCEVOLA, *La responsabilità del index privatus* cit. 334 ss.; MOLLÁ NEBOT, *Iudex Unus* cit. 150 ss.; G. ROSSETTI, 'Poena' e 'rei persecutio' nell'*actio ex lege Aquilia*, Napoli 2013, 200 s. nt. 32.

Sulle diverse accezioni del termine *iniuria* si veda DIRKSEN, *s. b. v.* in *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum* cit. 173, dove sono riportati i significati di 1. *Defectus iuris, Culpa*; 2. *Factum iniustum, Violatio, Damnnum*; 3. *Contumelia, Probum*.

Su alcuni profili del delitto di *iniuria*, di recente, si veda, A. MILAZZO, 'Iniuria'. *Alle origini dell'offesa morale come categoria giuridica*, Roma 2011, 7 ss., ivi ulteriore bibliografia.

gislazione decemvirale³⁶, i riferimenti all'*iniuria iudicis* risalgono a testimonianze di epoca successiva³⁷.

³⁶ Sulla quale si veda, per una prima indicazione, M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M.F. CURSI (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli 2008, 51 ss.; M.F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli 2010, 7 ss., ivi principale letteratura.

³⁷ Cfr., ad esempio, D. 46.8.22.2 Iul. 56 dig.: *Quod si procurator per iudicem non debitam pecuniam exegisset, dici potest, sive ratum dominus habuisset sive non habuisset, <fideiussores> non teneri, vel quia nulla res esset, quam dominus ratam habere possit, vel quia nihil stipulatores interest ratum haberi: adficietur ergo iniuria is, qui procuratori solvit; D. 46.8.22.4 Iulian. 56 ad ed.: Cum autem procurator recte petit, dominus perperam, non debet procurator praestare, ne iniuria iudicis dominus aliquid consequatur: numquam enim propter iniuriam iudicis <fideiussores> obligantur; D. 40.7.29.1 Pomp. 18 ad Quintum Mucium: Quintus Mucius scribit: pater familias in testamento scripserat 'si Andronicus servus meus eredi meo dederit decem, liber esto'. Deinde de his bonis coeperat controversia esse: qui se lege heredem aiebat esse, is eam hereditatem ad se pertinere dicebat, alter, qui hereditatem possidebat, aiebat testamento se heredem esse. Secundum eum sententia dicta erat, qui testamento aiebat se heredem esse. Deinde Andronicus quaerebat, si ipsi viginti dedisset, quoniam secundum eum sententia dicta est, futurusne esset liber, an nihil videatur sententia, qua vicit, ad eam rem valere? Quapropter si viginti heredi scripto dedisset et res contra possessorem iudicata esset, illum in servitute fore. Labeo hoc, quod Quintus Mucius scribit, ita putat verum esse, si re vera lege ab intestato heres fuit is qui vicit: nam si iniuria iudicis victus esset scriptus verus heres ex testamento, nihilo minus eum paruisse conditioni ei dando et liberum fore. Sed verissimum est, quod et Aristo Celso rescripsit, posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quam sententia dicta est, quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur: non interesse, quo genere quisque dominus eius fieret et ideo hunc quoque ea lege contineri, secundum quem sententia dicta est, et liberum futurum eum, qui ei dedisset pecuniam. Hunc autem <id est possessorem hereditatis>, cui data esset summa, si victus esset hereditatis petitione, cum ceteris hanc quoque pecuniam victori restituere debere; Cfr. D. 3.3.46.4 Gai. 3 ad ed. prov.: Procurator ut in ceteris quoque negotiis gerendis, ita et in litibus ex bona fide rationem reddere debet. Itaque quod ex lite consecutus erit sive principaliter ipsius rei nomine sive extrinsecus ob eam rem, debet mandati iudicio restituere usque adeo, ut et si per errorem aut iniuriam iudicis non debitum consecutus fuerit, id quoque reddere debeat.*

Cfr., inoltre, D. 20.1.3.1 Papin. 20 quaest.; D. 15.1.50pr. Papin. 9 quaest.; D. 21.2.5 Paul. 33 ad ed.; D. 46.1.67 Paul. 3 ad Nerat.; D. 30.50.1 Ulpian. 24 ad Sabin.; D. 17.2.52.18 Ulpian. 31 ad ed.; D. 20.5.12.1 Tryph. 8 disp.; D. 20.6.13

Non è possibile in questa sede esaminare le numerose problematiche riguardanti l'*iniuria iudicis*; tuttavia, ai fini della nostra indagine, può risultare utile richiamare, seppure in estrema sintesi, soltanto qualche profilo di maggiore interesse circa questa fattispecie per ribadirne le differenze con l'ipotesi della nullità delle sentenze *contra constitutiones* o *contra ius*.

La prima considerazione da fare è che la problematica dell'*iniuria iudicis* va collocata tendenzialmente nell'ambito dei sistemi processuali ordinari, *per legis actiones* e soprattutto *per formulas*; laddove la questione della nullità delle sentenze contrarie alle costituzioni imperiali va inserita all'interno delle dinamiche della *cognitio extra ordinem*.

Un altro aspetto da notare è che i giuristi romani, con riguardo all'*iniuria iudicis*, tranne in pochissimi casi nei quali vi è una contrapposizione tra *iniuria* ed *error iudicis*³⁸ oppure tra *imprudencia* ed *error iudicis*³⁹, di regola sono soliti prescindere da un'attenta valutazione del comportamento consapevole del giudice, poiché per loro è rilevante soltanto il contrasto obiettivo tra la sentenza e la reale situazione giuridica preesistente.

A proposito, invece, dell'invalidità delle sentenze *contra constitutiones* o *contra ius*, nonostante le difficoltà ad individuare le caratteristiche del comportamento del giudice, in qualche modo però è emerso, almeno da alcuni testi⁴⁰, la necessità che il giu-

Tryph. 8 *disp.*; CI. 8.44.8 Imp. Alexander A. Clementio [a. 222 d.C.]; CI. 4.64.1 Imp. Gordianus A. Thraseae militi [a. 238 d.C.]; CI. 8.44.15 Imp. Philippus A. et Philippus C. Menandro [245 d.C.]; CI. 4.35.10 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Papio [a. 293 d.C.].

³⁸ Cfr. D. 3.3.46.4 Gai. 3 *ad ed. prov.*

³⁹ Cfr. le testimonianze richiamate da PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza* cit. 37.

⁴⁰ Cfr., ad esempio, D. 49.8.1.2 Macer 2 *de appellat.*; su cui si veda *retro* capitolo secondo par. 2.

Su punto si veda LAMBERTINI, *Cons. 8: il vetus iurisconsultus* cit. 93, il quale, con riferimento al problema dell'inosservanza delle leggi imperiali da parte del *iudex*, dopo aver evidenziato che alcuni testi (in particolare D. 48.10.1.3 e PS. 5.25.4) sembrano circoscrivere l'illecito alla 'volontaria disapplicazione' da parte

dice neghi espressamente l'esistenza di una norma; inoltre, per i giuristi quello che rileva non è la mancanza di conformità della sentenza alla situazione reale, ma la sua palese contrarietà ad una disposizione normativa.

Ritornando all'*iniuria iudicis*, fermo restando che, nei testi a nostra disposizione, non risulta individuabile uno specifico procedimento volto ad accertare l'ingiustizia della decisione giudiziale, va evidenziato che tale *iniuria* non è configurata come un istituto oggetto di una disciplina unitaria, ma si presenta come una fattispecie per dir così 'aperta', comprendente diverse cause di ingiustizia della sentenza, a proposito della quale la riflessione dei giuristi è rivolta soprattutto a valutarne gli effetti, in primo luogo, nei confronti dei terzi e, successivamente, anche verso le parti.

Considerato, infatti, che i sistemi processuali ordinari non ammettono (almeno finché si rimanga nel loro ambito) la possibilità di impugnare la sentenza per motivi di merito, ne conseguirebbe l'immutabilità della sentenza, indipendentemente dal fatto che le parti la considerassero giusta oppure ingiusta⁴¹.

A fronte di tale situazione, pertanto, le problematiche nascenti da una sentenza ingiusta sono trattate dai giuristi specialmente dal punto di vista delle conseguenze negative prodotte da essa verso i terzi o tra le parti.

Va sottolineato, infatti, che nei testi concernenti l'*iniuria iudicis* la questione centrale non riguarda, in modo chiaro, la validità o meno del giudicato, a proposito della quale non a caso differenti sono le opinioni della storiografia, ma investe principalmente la necessità da parte dei giuristi di trovare soluzioni volte a distribuire in modo razionale le conseguenze dannose

del giudice, di una costituzione imperiale o di una norma di *ius publicum*, sottolinea che: «Si tratta, insomma, di violazioni intenzionali che assumono la forma di un ingiustificabile rifiuto».

⁴¹ In questo senso si veda, ad esempio, PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza* cit. 31 ss.

dell'errore giudiziale, tenendo conto delle differenti caratteristiche dei casi sottoposti alla loro attenzione⁴².

Un ulteriore profilo che differenzia l'*iniuria iudicis* dall'ipotesi della nullità delle sentenze *contra constitutiones* o *contra ius* è costituito dal fatto che quest'ultima fattispecie – come si è già accennato e sarà chiarito meglio nel prossimo paragrafo – viene ad essere configurata come un vero e proprio *crimen* che comporta la conseguente applicazione della pena nei confronti del giudice; invece, le testimonianze in tema di *iniuria iudicis* non attestano, in modo esplicito, nessuna punizione a carico del giudice⁴³.

⁴² Contro il riconoscimento dell'autorità di giudicato a favore della sentenza ingiusta si veda, ad esempio, DAUVILLIER, *La théorie de l'iniuria iudicis* cit. 39 ss.; APELT, *Urteilsnichtigkeit* cit. 114.

A favore della validità del giudicato, nel caso di *iniuria iudicis*, si veda MARONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza* cit. 125 nt. 8, il quale, prendendo le distanze dalla tesi di LEMOSSE, *Cognitio* cit. 208, secondo cui la giurisprudenza avrebbe considerato inesistente la sentenza iniqua, afferma che «[...] non conosciamo un solo testo, che sorregga la tesi enunciata: i passi dei giureconsulti classici [...] dove sono discussi gli effetti della *sententia iniuria iudicis*, di tali effetti parlano esclusivamente nei confronti dei terzi; il che implica la validità formale del giudicato». In questo senso si veda pure PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza* cit. 31 ss., in particolare 79.

Sull'argomento, di recente, MILAZZO, '*Iniuria iudicis*': *ingiustizia della sentenza e riflessi sulla cosa giudicata* cit. 75 ss. che ha parlato di 'assenza di efficacia di giudicato di una ingiusta condanna, frutto di *iniuria iudicis*' (*op. ult. cit.* 75).

⁴³ Sul punto si veda ad esempio SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 339 ss., il quale attraverso un'accurata lettura delle fonti in argomento, ha preso le distanze dall'ipotesi espressa da J.M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford 1966, 116 s., secondo cui la parte danneggiata, in caso di *iniuria iudicis*, avrebbe potuto esperire l'*actio adversus iudicem qui litem sua fecit*.

Sull'argomento, da ultimo, si veda FERCIA, '*Litem suam facere*' da Adriano a Severi cit. 934 ss., il quale sembra ammettere una possibile azione pretoria contro il giudice.

Va comunque sottolineato, ai fini del discorso che qui si sta conducendo, che, pur se si voglia propendere a favore dell'esistenza di un rimedio pretorio nei confronti del giudice in caso di *iniuria iudicis*, cosa peraltro che non si evince in modo chiaro dalle fonti, saremmo sempre nell'ambito della sfera privatistica e non certo della repressione criminale.

A proposito di queste peculiarità dell'*iniuria iudicis* in sintesi richiamate, può essere ricordato, solo per citare un esempio tra i numerosi testi significativi sull'argomento, un passo dei *libri ad edictum* di Ulpiano, relativo ad una discussione in tema di *societas omnium bonorum*, dove viene riportata la più antica testimonianza circa l'uso del sintagma *iniuria iudicis*, risalente a Servio Sulpicio Rufo:

D. 17.2.52.18 Ulpian. 31 *ad ed.*: Per contrarium quoque apud veteres tractatur, an socius omnium bonorum, si quid ob iniuriarum actionem damnatus praestiterit, ex communi consequatur ut praestet. Et Aticilinus Sabinus Cassius responderunt, si iniuria iudicis damnatus sit, consecuturum, si ob maleficium suum, ipsum tantum damnum sentire debere. Cui congruit, quod Servium respondisse Aufidius refert, si socii bonorum fuerint, deinde unus, cum ad iudicium non adesset, damnatus sit, non debere eum de communi id consequi, si vero praesens iniuriam iudicis passus sit, de communi sarcendum⁴⁴.

Nel testo, in qualche modo esemplare ai fini dell'inquadramento dell'*iniuria iudicis*, si affronta il caso del socio di una *societas omnium bonorum*, il quale è stato convenuto e poi condannato a seguito di un'*actio iniuriarum*; il quesito, dunque, che si pone già presso i *veteres* concerne se la perdita patrimoniale dovesse distribuirsi o meno fra tutti i soci. A tal riguardo, Ulpiano riporta il parere di Aticilino, Sabino e Cassio, secondo i quali la condanna va ripartita tra tutti i soci nell'ipotesi di condanna subita dal socio a causa dell'*iniuria iudicis*, mentre se egli

⁴⁴ Sul testo si veda, con l'indicazione della precedente letteratura, MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza* cit. 174 nt. 135; PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza* cit. 50 s.; BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, 1, cit. 315 ss.; SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus* cit. 340 ss.; SALOMONE, *L'iniuria iudicis' tra assistenza nella lite, assunzione del giudizio e appello del terzo* cit. 829 ss.; FERCIA, *'Litem suam facere' da Adriano a Severi* cit. 934 ss.; MILAZZO, *'Iniuria iudicis': ingiustizia della sentenza e riflessi sulla cosa giudicata* cit. 73 ss.

è condannato per sua colpa, il danno deve essere sopportato solo da quest'ultimo. Il giurista severiano, inoltre, sembra approvare tale soluzione richiamando il responso di Servio Sulpicio Rufo, in base al quale viene distinta l'ipotesi di una condanna dovuta all'assenza in giudizio del socio, e pertanto solo a lui imputabile, dall'ipotesi di una condanna subita dal convenuto a seguito dell'*iniuria iudicis*: solo in quest'ultimo caso, infatti il danno deve essere sopportato da tutti i soci.

Come ben si intende, il punto di vista, dal quale i giuristi affrontano la fattispecie dell'*iniuria iudicis*, concerne quello degli effetti di una sentenza iniqua nei confronti dei terzi: il danno ingiusto causato dalla decisione giudiziale è ritenuto inevitabile, dal momento che si discute solo come esso possa essere ripartito, ma non se sia possibile o meno eliminarlo.

È chiaro, infatti, che i giuristi non si pongono il problema della contrarietà della sentenza ad una norma giuridica, né tanto meno della sua repressione nella sfera criminale, con la conseguente pena nei confronti del giudice.

Su quest'ultimo punto, infatti, va ribadito che la fattispecie in questione, non viene ad essere configurata come un *crimen*, disciplinato con l'irrogazione di una pena pubblica⁴⁵.

Alla luce di quanto fin qui solo accennato, risulta evidente che l'*iniuria iudicis* presenta caratteristiche differenti rispetto all'ipotesi di nullità delle sentenze *contra constitutiones* o *contra ius*.

Un ultimo aspetto, tuttavia, sul quale è opportuno riflettere, è dato dal fatto che le testimonianze in tema di *iniuria iudicis* risalgono per la maggior parte al terzo secolo⁴⁶.

⁴⁵ Questa considerazione risulta valida, anche volendo eventualmente accogliere l'ipotesi, recentemente riproposta da FERCIA, '*Litem suam facere*' da Adriano a Severi cit. 934 ss., secondo cui in questo caso, seppur nel silenzio della fonte, sarebbe possibile supporre l'esperibilità dell'azione pretoria nei confronti del giudice.

⁴⁶ Cfr., ad esempio, D. 20.1.3.1 Papin. 20 *quaest.*; D. 15.1.50pr. Papin. 9 *quaest.*; D. 21.2.5 Paul. 33 *ad ed.*; D. 46.1.67 Paul. 3 *ad Nerat.*; D. 30.50.1 Ulpian.

Tale situazione, a mio avviso, risulta significativa poiché conferma, ancora una volta, la notevole sensibilità prestata soprattutto dai giuristi di questo periodo ai temi della corretta amministrazione della giustizia.

È altrettanto vero, però, che proprio al terzo secolo d.C. risalirebbero le ultime significative attestazioni sull'argomento e, a questo proposito, diverse possono essere le motivazioni del progressivo venir meno dell'interesse verso l'*iniuria iudicis*, così come era stata considerata fino a quel momento.

Sul punto, si può ritenere che un ruolo rilevante vada riconosciuto al progressivo affermarsi delle forme processuali della *cognitio extra ordinem* rispetto alla precedente procedura formulare.

È appena il caso di ricordare, infatti, il nuovo valore assunto nel processo straordinario dalla sentenza, che rappresenta, in qualche modo un atto giuridico solenne dell'autorità, rispetto al quale è difficile da parte dei giuristi avere quell'atteggiamento di 'disinvolta spregiudicatezza'⁴⁷ con cui era valutata la sentenza formulare, formalmente immutabile, ma di cui riconoscevano l'infondatezza ai fini delle conseguenze verso i terzi o tra le parti.

A tal riguardo, non a caso, è stato sottolineato che «La concezione per cui la sentenza era considerata valida e immutabile, ossia costitutiva cosa giudicata, e tuttavia poteva essere riconosciuta ingiusta con determinate conseguenze pratiche, era ormai al tramonto e venne echeggiata dagli ultimi giuristi classici e dalla cancelleria imperiale della prima metà del III sec. con riguardo

24 *ad Sabin.*; D. 17.2.52.18 Ulpian. 31 *ad ed.*; D. 20.5.12.1 Tryph. 8 *disp.*; D. 20.6.13 Tryph. 8 *disp.*; CI. 8.44.8 Imp. Alexander A. Clementio [a. 222 d.C.]; CI. 4.64.1 Imp. Gordianus A. Thraseae militi [a. 238 d.C.]; CI. 8.44.15 Imp. Philippus A. et Philippus C. Menandro [245 d.C.]; CI. 4.35.10 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Papio [a. 293 d.C.].

⁴⁷ L'espressione fra virgolette è di PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza* cit. 75.

alle sole controversie che tradizionalmente rientravano nella procedura *per formulas*»⁴⁸.

Ma forse vi è un'ulteriore considerazione da fare.

Con il graduale sviluppo della *cognitio extra ordinem*, va sottolineato che l'ingiustizia della sentenza, più che aver perso rilevanza, acquista un differente rilievo grazie, oltre al nuovo valore assunto dalla sentenza stessa, soprattutto all'affermarsi dell'appello e alla formulazione del principio della nullità delle sentenze contrarie alle costituzioni imperiali.

Per quanto concerne l'appello, che tende ad essere diffuso proprio nel corso dell'età dei Severi, esso viene sempre di più utilizzato come il mezzo di impugnazione, attraverso il quale far valere le lamentele riguardanti l'ingiustizia della sentenza.

Con riguardo, invece, all'affermarsi del principio della nullità delle sentenze *contra constitutiones* o *contra ius*, come si è verificato nel capitolo precedente, va ricordato che la decisione giudiziale, qualora presenti profili di ingiustizia che si concretizzano nella sua manifesta contrarietà ad una disposizione normativa, viene ritenuta invalida⁴⁹.

Questo, tuttavia, non vuol dire che la nullità delle sentenze *contra constitutiones* abbia sostituito l'antica rilevanza dell'*iniuria iudicis*.

In primo luogo, bisogna ribadire la notevole differenza per quanto riguarda la disciplina sanzionatoria del giudice, poiché l'*iniuria iudicis* non viene configurata dai giuristi come un illecito privato né tanto meno come un *crimen*; inoltre, va evidenziato che la portata dell'ingiustizia ai fini della nullità delle sentenze *contra constitutiones* o *contra ius* è, per certi aspetti, più intensa rispetto al rilievo dell'ingiustizia nel caso di *iniuria iudicis*, concernente di solito soprattutto gli effetti della sentenza iniqua nei confronti dei terzi o delle parti.

⁴⁸ PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza* cit. 76.

⁴⁹ Si veda *retro* capitolo secondo.

Se quanto detto è vero, però, è altrettanto vero che il principio dell'invalidità delle sentenze *contra constitutiones* o *contra ius* ha contribuito, insieme con l'appello, a modificare in qualche modo l'angolo di prospettiva dal quale la problematica della sentenza ingiusta è affrontata nel momento in cui viene limitata la rilevanza dell'ingiustizia soltanto ai casi nei quali possa costituire un valido motivo di appello oppure un'evidente causa di invalidità della sentenza.

Rimarcata, dunque, l'alterità tra le fattispecie del *litem suam fecerit* e dell'*iniuria iudicis* rispetto allo specifico tema della nostra ricerca, occupiamoci più da vicino delle problematiche riguardanti la disciplina sanzionatoria a carico del giudice che decide *contra constitutiones*.

4. *Il regime punitivo del giudice che si pronuncia contra constitutiones tra crimen falsi e crimen maiestatis*

In tema di punizione del giudice che emana una sentenza *contra constitutiones* è opportuno prendere le mosse da una testimonianza tratta dal quattordicesimo libro delle *Institutiones* di Marciano e riportata nel Digesto di Giustiniano, libro quarantottesimo, titolo decimo, «*De lege Cornelia de falsis et de senatus consulto Liboniano*»⁵⁰:

D. 48.10.1pr. Marcian. 14 *inst.*: Poena legis Corneliae irrogatur ei, qui falsas testationes faciendas testimoniave falsa inspicienda dolo malo coiecerit. 1. Item ob instruendam advocacionem testimoniave

⁵⁰ Sulle principali problematiche riguardanti le *Institutiones* di Marciano si veda, per un primo riferimento, L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli 1989 ristampa 2014, 13 ss. e dello stesso autore: *Le Institutiones di Elio Marciano*, in *Athenaeum* 94 (2006) 496 ss.

Cfr. inoltre R. LAMBERTINI, *Sull'esordio delle Istituzioni di Marciano*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 61 (1995) 271 ss. e, con riguardo ad alcuni profili penalistici, S. PIETRINI, *L'insegnamento del diritto penale nei libri Institutionum*, Napoli 2012.

pecuniam acceperit pactusve fuerit societatem coierit ad obligationem innocentium. 2. Sed et si quis ob renuntiandum remittendumve testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam acceperit, poena legis Corneliae adficitur. Et qui iudicem corruperit corrumpendumve curaverit. 3. Sed et si iudex constitutiones principum neglexerit, punitur⁵¹.

Nel testo il giurista severiano elenca le varie fattispecie che, a seguito dell'ampliamento dell'ambito di applicazione della *lex Cornelia testamentaria nummaria*⁵², vengono ad essere attratte nell'orbita del *crimen falsi*⁵³.

Tra i diversi casi disciplinati con la pena della legge Cornelia (*poena legis Corneliae irrogatur*), come ad esempio la predisposizione dolosa di falsi mezzi di prova, la collusione con av-

⁵¹ Sul testo si veda ad esempio DE ROBERTIS, *Le sentenze contra constitutiones* cit. 212; NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit. 113; LAMBERTINI, *Cons. 8: il vetus iurisconsultus* cit. 93.

⁵² Sulla legge Cornelia in tema di falso si veda, per una primissima indicazione, ROTONDI, *Leges publicae* cit. 356 s.

Si veda, anche, B. SANTALUCIA, *La legislazione sillana in materia di falso nummario*, ora in *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, 77 ss., il quale ricorda che l'esatto nome della legge è *lex Cornelia testamentaria nummaria*, anche se molto spesso in alcune fonti si utilizza l'espressione abbreviata *lex Cornelia testamentaria* o *de testamentis* oppure *de falsis*. Si veda, inoltre, GIUFFRÈ, *La repressione criminale* cit. 62 s.

⁵³ Sulla disciplina del falso nella repressione romana si veda, con l'indicazione della principale bibliografia e fonti, G. G. ARCHI, *Problemi in tema di falso*, in *Pubblicazioni dell'Università di Pavia, Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, 91 (1941) ora in *Scritti di diritto romano*, 3, Milano 1983, 1517 ss., che qui si cita; G. PUGLIESE, *Diritto penale romano*, in V. ARANGIO-RUIZ, A. GUARINO, G. PUGLIESE, *Il Diritto Romano. La costituzione-caratteri, fonti, diritto privato-diritto criminale*, Roma 1980, 294 s., 314; M.P. PIAZZA, *La disciplina del falso nel diritto romano*, Padova 1991, 1 ss.; SANTALUCIA, *La legislazione sillana in materia di falso nummario* cit. 77 ss.; *Diritto e processo* cit. 263 ss., 291 ss.; S. SCHIAVO, *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere*, Milano 2007, 1 ss.

Sull'ampliamento dell'area del *crimen falsi* di recente si vedano le osservazioni di sintesi di F. BOTTA, *La repressione criminale*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia giuridica di Roma*, Torino 2016, 359, 472.

vocati o con testimoni per accusare un innocente, l'accettazione di danaro per provocare o impedire una testimonianza, la corruzione giudiziale, Marciano ricorda anche l'inosservanza delle leggi imperiali da parte del giudice (*sed et si iudex constitutiones principum neglexerit, punitur*).

La testimonianza, pur non immune da sospetti, è stata ritenuta, per quanto concerne la proposizione che ci interessa, sostanzialmente genuina⁵⁴.

Ai fini della nostra indagine, dunque, risulta molto significativo che il giurista, attestando l'evoluzione del reato di falso, richiami in modo esplicito la *poena legis Corneliae*, ai fini della punizione del giudice che decide *contra constitutiones*.

Sul punto, però, due sono gli aspetti che vanno chiariti: in primo luogo, quando questa pena sia stata introdotta e, inoltre, quale sia il supplizio effettivamente stabilito per i colpevoli.

Per quanto concerne il primo elemento, occorre proseguire nella lettura della testimonianza di Marciano, il quale, nel passo immediatamente successivo a quello appena esaminato, richiama un provvedimento dell'imperatore Settimio Severo, che avrebbe condannato alla pena della legge Cornelia il prefetto d'Egitto, reo di aver commesso il falso con le sue scritture:

D. 48.10.1.4 Marcian. 14 *inst.*: Qui in rationibus tabulis cerisve vel alia qua re sine consignatione falsum fecerint vel rem amoverint, perinde ex his causis, atque si erant falsarii, puniuntur. Sic et divus Severus lege Cornelia de falsis damnavit praefectum Aegypti, quod instrumentis suis, cum praerat provinciae, falsum fecit⁵⁵.

⁵⁴ A favore della sostanziale genuinità del passo si veda già DE ROBERTIS, *Le sentenze contra constitutiones* cit. 222.

⁵⁵ Sul testo si veda, ad esempio, ARCHI, *Problemi in tema di falso* cit. 1519 s.; F. BOTTA, *Crimen subreptorum instrumentorum e crimen falsi*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, 1, Napoli 2001, 299 s.; NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit. 113.

Il giurista severiano, inoltre, dopo una lunga elencazione di altre fattispecie riconducibili al reato di falso (D. 48.10.1.5-8)⁵⁶, menziona sia Settimio Severo sia Antonino Caracalla, che avrebbero statuito la sottoposizione alla pena del falso anche a proposito di un'ipotesi particolare riguardante i tutori ed i curatori, che, deposto l'incarico, non avendo reso i conti della tutela o della curatela, non si siano astenuti dal *contrahere cum fisco*:

D. 48.10.1.9 Marcian. 14 *inst.*: Ex illa quoque causa falsi poenae quis subicitur (ut divi quoque Severus et Antoninus constituerunt), ut tutores et curatores et qui officio deposito non restituerunt tutelam vel curationem cum fisco contrahere non possint ac, si quis adversus hanc legem profectus aerario obreperit, ut perinde puniatur, ac si falsum commisisset.

Con specifico riguardo a questa particolare fattispecie, Marciano riconduce in modo chiaro l'intervento normativo a tutte e due gli imperatori Settimio Severo e Antonino Caracalla (*ut divi quoque Severus et Antoninus constituerunt*), come peraltro è confermato pure nei due passi successivi: D. 48.10.1.10 (*ut idem principes rescripserunt*) e D. 48.10.1.11 (*Idem principes rescripserunt*).

Alla luce, dunque, dei rinvii alle costituzioni che, oltre ai senatoconsulti, avrebbero esteso la disciplina del falso dettata dalla legge Cornelia, risulta che Marciano, in D. 48.10.1pr.-11, abbia presente la normativa imperiale in tema di falso da attribuire in parte solo a Settimio Severo e in parte ad entrambi gli imperatori Severo e Caracalla.

⁵⁶ D. 48.10.1.5-8 Marcian. 14 *inst.*: *Is, qui aperverit vivi testamentum, legis Corneliae poena tenetur. 6. Is, qui deposita instrumenta apud alium ab eo prodita esse adversariis suis dicit, accusare eum falsi potest. 7. Ad testamenta militum senatus consultum pertinet, quo lege Cornelia tenentur, qui sibi legatum fideicommissumve adscripserint. 8. Inter filium et servum et extraneum testamentum scribentes hoc interest, quod in extraneo, si specialiter subscriptio facta est 'quod illi dictavi et recognovi', poena cessat et capi potest, in filio vel servo vel generalis subscriptio sufficit et ad poenam evitandam et ad capiendum.*

Per quanto concerne più nello specifico l'estensione della *poena falsi* anche al giudice che non tiene conto delle leggi imperiali, non è possibile stabilire con certezza se essa sia ascrivibile già ad un intervento di Settimio Severo oppure ad entrambi gli imperatori.

Alla luce della collocazione di D. 48.10.1.3 e D. 48.10.1.4, tuttavia, si potrebbe optare per la prima soluzione, poiché in D. 48.10.1.4 Marciano menziona un provvedimento estensivo dell'applicazione della legge Cornelia riferibile in modo esclusivo soltanto a Settimio Severo (*Sic et divus Severus lege Cornelia de falsis damnavit*) e ciò farebbe supporre che anche nel passo immediatamente precedente – D. 48.10.1.3 (*Sed et si iudex constitutiones principum neglexerit, punitur*) – l'estensione della *poena falsi* possa in qualche modo essere ricondotta ad uno degli interventi normativi di questo imperatore.

Per quanto attiene al secondo aspetto da verificare con riguardo alla *poena falsi* e cioè quale sia l'effettivo castigo per i colpevoli, Marciano, al termine della sua lunga testimonianza, ricorda che la pena del falso consiste nella deportazione e nella confisca dei beni, mentre per gli schiavi nel supplizio capitale:

D. 48.10.1.13 Marcian. 14 *inst.*: Poena falsi vel quasi falsi deportatio est et omnium bonorum publicatio: et si servus eorum quid admisit, ultimo supplicio adfici iubetur.

Sulla punizione sancita nei confronti dei rei di falso ci informano anche le *Pauli Sententiae*, all'inizio del libro quinto del titolo venticinquesimo, «*Ad legem Corneliam testamentariam*», dove viene ricordato che la pena è, per gli *honestiores*, la deportazione mentre, per gli *humiliores*, il lavoro nelle miniere o la crocifissione:

PS. 5.25.1: [...] *honestiores* quidem in insulam deportantur, *humiliores* autem aut in metallum dantur aut in crucem tolluntur: servi autem post admissum manumissi capite puniuntur.

Con particolare riferimento alla fattispecie oggetto della nostra indagine, di rilievo risulta un altro passo delle *Pauli Sententiae*, dove viene chiaramente affermato che il giudice, nel caso di una sua pronuncia contro le sacre costituzioni imperiali o contro una norma di *ius publicum* sottoposta alla sua attenzione, deve essere condannato alla *deportatio in insulam*⁵⁷:

PS. 5.25.4: Iudex, qui contra sacras principum constitutiones contrave ius publicum, quod apud se recitatum est, pronuntiat, in insulam deportatur⁵⁸.

Il testo, seppur tratto dalle *Pauli Sententiae*, opera risalente, come si è soliti ritenere, almeno nella prima stesura, alla fine del III secolo d.C.⁵⁹, manifesta, anche dal confronto con D. 48.10.1.3, un nucleo concettuale riconducibile all'età severiana.

Alla luce, infatti, di quanto è possibile desumere da D. 48.10.1.3 e PS. 5.25.4, emerge un dato molto significativo: nell'età dei Severi la fattispecie del giudice che decide *contra constitutiones* o contro una norma di *ius publicum* viene ad essere

⁵⁷ Sul regime patrimoniale dei condannati alla *deportatio in insulam* si veda, con l'indicazione delle fonti e della principale letteratura, B. SANTALUCIA, *La situazione patrimoniale dei deportati in insulam*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, 7, Napoli 2001, 173 ss., ora in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2009, 407 ss., che qui si cita.

⁵⁸ Sul passo si veda LEVY, *Gesetz und Richter* cit. 438 s., nt. 29, il quale, con riferimento all'espressione *contrave ius publicum quod apud se recitatum est*, ipotizza che si possa trattare di un'aggiunta di origine provinciale, dal momento che essa è assurda in contrapposizione alle *constitutiones* ed è falsa in antitesi al *ius privatum*: «Als Gegensatz zu den *constitutiones* ist er absurd; im Gegensatz zum *ius privatum* verstanden, ist er falsch» (*op. ult. cit.* 439 nt. 29). Tuttavia, contro il rilievo di Levy si veda già MACCORMACK, *The Liability of the Judge* cit. 15 nt. 42, secondo cui «his arguments are not strong».

Su PS. 5.25.4 cfr., inoltre, P. BIANCHI, *Iura e leges: un'apparente questione terminologica della tarda antichità*, Milano 2007, 124 ss.

Si veda pure LAMBERTINI, *Cons. 8: il vetus iurisconsultus* cit. 93.

⁵⁹ Sul punto si veda DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici* cit. 173 ss., ivi principale bibliografia.

attratta nell'orbita del *crimen falsi* e sanzionata con la pena pubblica della *deportatio*.

Tale particolare disciplina, a mio avviso, si giustifica in base ad una duplice considerazione.

Da un lato, come sarà verificato meglio nelle pagine successive⁶⁰, è opportuno tener presente il ruolo sempre più determinante, nella sfera delle fonti di produzione del diritto, assunto, durante l'età severiana, dalle costituzioni imperiali, alle quali, pertanto, il giudice deve rigorosamente attenersi.

Dall'altro, va ricordato il notevole ampliamento dei casi rientranti nel reato di falso rispetto all'originario regime della *lex Cornelia*.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, come è noto, nel corso del principato, già a partire dal primo secolo d.C., si assiste, a seguito di senatoconsulti e costituzioni imperiali, ad un'estensione di tale reato che viene precisata meglio anche grazie ad interventi giurisprudenziali proprio nell'età dei Severi⁶¹.

⁶⁰ Si veda *infra* il paragrafo sui «Profili causali della disciplina in tema di giudizio *contra constitutiones*».

⁶¹ A proposito dell'estensione del reato di falso correlata, in qualche modo, al rispetto della sempre più accresciuta autorità imperiale, vale la pena di ricordare che i contorni di tale reato continuano ad ampliarsi fino a comprendere il rifiuto di moneta contrassegnata col volto dell'imperatore: cfr. PS. 5.25.1: [...] *vultuve principum signatam monetam praeter adulterinam reprobaverit*. Cfr., inoltre, Nov. Val. 16. Sul punto si veda A. D'ORS, *Contribuciones a la historia del 'crimen falsi'*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 2, Milano 1971, 546, il quale, con riferimento a tale estensione, afferma che «[...] eso es claro que non podía pertenecer a la ley de Sila, aunque puede ser una ampliación todavía clásica». Di opinione differente è M. A. DE DOMINICIS, *Riflessi di costituzioni imperiali del basso impero nelle opere della giurisprudenza postclassica*, s. I. [ma Trieste] 1955, 71 ss., il quale, nell'evidenziare le tracce delle influenze delle costituzioni tardo imperiali sugli *iura* dell'Occidente tardoantico, ha ritenuto che la frase '*vultuve principum signatam monetam praeter adulterinam reprobaverit*', riportata in PS. 5.25.1, sintetizzi il dispositivo della Novella 16 di Valentiniano III. In questo senso si veda pure SANTALUCIA, *La legislazione sillana in materia di falso nummario* cit. 103 s.

Con riguardo all'estensione del reato di falso, si pensi, ancora, che molti anni dopo Giustiniano dilata i termini del reato a tal punto da minacciare l'in-

Per quanto concerne questo periodo, infatti, con specifico riferimento al rapporto tra il rilievo assunto dalle costituzioni imperiali e l'espansione della disciplina del falso, mi sembra essere molto significativo anche un testo di Modestino, riportato a conclusione del titolo decimo, «*De lege Cornelia de falsis et de senatus consulto Liboniano*», del libro quarantottesimo del Digesto:

D. 48.10.33 Modestin. 3 *de poenis*: Si quis falsis constitutionibus nullo auctore habito utitur, lege Cornelia aqua et igni ei interdicatur⁶².

Nel passo, il giurista ricorda che deve essere punito con l'*aqua et igni interdictio*, in base alla legge Cornelia, chi utilizza false costituzioni, di cui pertanto, non è possibile individuare l'autore.

La testimonianza risulta di un certo interesse poiché conferma il valore sempre più rilevante delle leggi imperiali: come viene sanzionato, infatti, nell'ambito della disciplina del *falsum* il non tener conto delle costituzioni, in quanto esse sono espressione dell'autorità del principe, allo stesso modo è considerato un fatto molto grave – punibile come reato di falso – citare leggi imperiali non autentiche, che, prive dell'autore, non sono riconducibili evidentemente a nessun imperatore e non hanno pertanto alcun valore.

Da questo punto di vista, il testo è emblematico poiché richiama l'attenzione sull'importante ruolo della *recitatio* delle costituzioni imperiali e, di conseguenza, sulla necessità di una sua regolamentazione.

L'uso, infatti, di costituzioni inattendibili, rientrando in qual-

crimazione per falso della parte e del giudice, nel caso siano utilizzate norme provenienti al di fuori della sua compilazione. Cfr. *Const. Tanta*, 19; 21; su cui si veda DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici* cit. 445 s.

⁶² Sul passo si veda, per una prima indicazione, PIAZZA, *La disciplina del falso* cit. 211; NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit. 155 s.

che modo nell'ambito della produzione in giudizio di falsi documenti, si caratterizza, tuttavia, come una fattispecie di particolare gravità, poiché la *recitatio* di rescritti imperiali non ha una semplice funzione probatoria, come eventualmente altri documenti esibiti durante il processo, ma viene utilizzata al fine di orientare la decisione del giudice, grazie all'autorità che contraddistingue il principio giuridico affermato⁶³.

Il passo di Modestino, pertanto, attesta la crescente problematica riguardante l'autenticità delle leggi imperiali citate in giudizio, poiché, come è noto, all'epoca del giurista tali leggi non sono agevolmente consultabili presso gli archivi imperiali e delle stesse non ancora vi sono raccolte ufficiali⁶⁴.

Con specifico riferimento ai rescritti, va tenuto presente che le difficoltà di applicazione, dettate dalla loro natura casistica, tendono a favorire abusi e distorsioni⁶⁵.

⁶³ Sulla problematica dell'uso della falsa documentazione in giudizio si veda, per un primo riferimento, ARCHI, *Problemi in tema di falso* cit. 1518 ss.; D'ORS, *Contribuciones a la historia del 'crimen falsi'* cit. 529 ss.; PIAZZA, *La disciplina del falso* cit. 201 ss.; BOTTA, *Crimen subreptorum instrumentorum* cit. 285 ss.; S. SCHIAVO, *Intorno alla sentenza pronunciata sulla base di prove false*, in *Rivista di diritto romano* 2 (2002) 257 ss.; *Il falso documentale* cit. 1 ss.

⁶⁴ Di questa complessa problematica è possibile scorgere qualche traccia già in una lettera di Plinio a Traiano, la quale testimonia, seppur in un contesto differente da quello dell'età dei Severi, l'uso di false costituzioni all'inizio del secondo secolo d.C.

Cfr. Plin. *Ep.* 10.65(71): [...] *Recitabatur autem apud me edictum, quod dicebatur divi Augusti, ad Andaniam pertinens, recitatae et epistolae divi Vespasiani ad Lacedaemonios et divi Titi ad eosdem et Achaeos et Domitiani ad Avidium Nigrinum et Armenium Brocchum proconsules, item ad Lacedaemonios. Quae ideo tibi non misi, quia et parum emendata et quaedam non certae fidei videbantur, et quia vera et emendata in scriniis tuis esse credebam.* Nella lettera, infatti, Plinio afferma che non ha inviato all'imperatore le costituzioni recitate in tribunale, considerate di dubbia autenticità, poiché ritiene che i testi autentici e corretti siano depositati presso l'archivio imperiale. La testimonianza, come si è detto, accenna alla problematica dell'uso di false costituzioni, anche se non fa alcun riferimento ad un'eventuale punizione, per la quale invece si hanno attestazioni interessanti proprio nell'età dei Severi.

⁶⁵ Sull'argomento cfr., ad esempio, S. PULIATTI, *Le costituzioni tardoantiche:*

D'altra parte, a proposito della punizione dell'uso di falsi rescritti nell'età severiana, oltre al passo di Modestino (D. 48.10.33), è opportuno richiamare anche una legge di Alessandro Severo:

CI. 9.22.3(4) *Imp. Alexander A. Maximo*: Maiorem severitatem exigit, ut merita eorum qui falsis rescriptionibus utuntur digna poena coerceantur. Sed qui deceptus est per alium, si suam innocentiam probat et eum a quo accepit, si suam innocentiam probat et eum a quo accepit exhibet, se liberat. *PP. IIII k. Ian. Albino et Maximo cons.* [a. 227]⁶⁶.

Nel testo, l'imperatore, dopo aver affermato che è necessaria una maggiore severità e l'applicazione di una *digna poena* per coloro che utilizzano falsi rescritti, ricorda, tuttavia, che colui che, ingannato da un altro (*deceptus est per alium*), abbia in buona fede utilizzato un falso rescritto, una volta provata la propria innocenza e accusato l'autore del falso, non deve essere considerato responsabile⁶⁷.

Sebbene nella costituzione non vi sia un riferimento esplicito alla *lex Cornelia*, quello che risulta significativo è che Alessandro Severo avverta la necessità che sia disciplinata con una

diffusione e autenticazione, in *Studia et documenta historiae et iuris* 74 (2008) 120 ss., il quale ricorda che la soluzione a tale problema venne individuata «non in un radicale abbandono, ma in forme di conservazione e controllo da realizzarsi mediante la compilazione di raccolte (*Codex Gregorianus*; *Codex Hermogenianus*) dove i testi delle costituzioni casistiche vennero trascritti in forma ufficiale e definitiva» (*op. ult. cit.* 121).

Sulla problematica della falsificazione dei rescritti imperiali si veda S. SCIORTINO, *Note in tema di falsificazione di rescritti*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* 45 (1998) 445 ss.

⁶⁶ Sul passo si veda, ad esempio, PIAZZA, *La disciplina del falso* cit. 210; NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit. 150 ss.

⁶⁷ Secondo PIAZZA, *La disciplina del falso* cit. 210 s., Alessandro Severo in CI. 9.22.3 sembra confermare l'indirizzo manifestato, in tema di falso documentale, da Antonino Pio così come attestato da Callistrato in D. 48.10.31. Tuttavia, per alcuni rilievi critici sul punto si veda NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit. 150 ss.

digna poena l'uso di falsi rescritti, escludendo però l'ipotesi in cui ciò avvenga in maniera inconsapevole.

D'altronde, questa particolare attenzione a limitare l'utilizzo di falsi rescritti sembra essere confermata anche da tre testimonianze tratte dalle *Pauli Sententiae*. Le prime due, riportate nel libro primo, titolo dodicesimo, «*De iudiciis omnibus*», richiamano sotto il profilo del contenuto proprio il passo di Modestino e la costituzione di Alessandro Severo:

PS. 1.12.1: Hi, qui falsa rescriptione usi fuerint, lege Cornelia de falsis puniuntur. 2. Qui falsum nesciens allegavit, falsi poena non tenetur⁶⁸.

La terza, tratta dal libro quinto, titolo ventinovesimo, «*Ad legem Corneliam testamentariam*», include l'uso consapevole di falsi rescritti all'interno di un dettagliato elenco di casi, per quali è disposta la pena per il falso:

PS. 5.25.9: Qui falsis instrumentis actis epistulis rescriptis sciens dolo malo usus fuerit, poena falsi coeretur: ideoque humiliores in metallum damnantur, honestiores in insulam deportantur⁶⁹.

Quanto fin qui detto, seppur in sintesi, sulla particolare sensibilità nell'età tardo severiana per la punizione dell'uso in giudizio di false costituzioni risulta, a mio avviso, strettamente collegato al tema specifico della nostra indagine.

Va sottolineata, infatti, una stretta correlazione tra il punire il giudice che disattende le leggi imperiali ed il sanzionare la citazione in giudizio di costituzioni non autentiche, dal momento che tali fattispecie rappresentano, per certi versi, due aspetti della stessa medaglia: se da un lato, dunque, si tende ad obbligare il giudice a rispettare fedelmente i precetti imperiali, dall'altro è

⁶⁸ Sul passo si veda NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit. 158.

⁶⁹ Sul testo cfr. SCHIAVO, *Il falso documentale* cit. 127.

necessario assicurarsi che i testi citati durante il processo siano attendibili, evitando che il giudice possa essere ingannato dall'esibizione di una falsa costituzione imperiale.

Ritornando, dunque, al regime punitivo del giudice che decide *contra constitutionem*, abbiamo verificato, alla luce dei passi fin qui esaminati, come tale fattispecie sia regolata nell'ambito della disciplina del *crimen falsi*; tuttavia, va evidenziato che, da una costituzione di Alessandro Severo del 223 d.C., è possibile indirettamente desumere che la repressione di tale illecito sia riconducibile anche al *crimen maiestatis*:

CI. 9.8.1 *Imp. Alexander A. Paulino*: Etiam ex aliis causis maiestatis crimina cessant meo saeculo, nedum etiam admittam te paratum accusare iudicem propterea crimine maiestatis, quod contra constitutionem eum dicis pronuntiasse. *PP. III id. April. Maximo II et Aelano cons.* [a. 223]⁷⁰.

Nel testo Alessandro Severo rifiuta la richiesta di un tale di nome Paolinus, destinatario del provvedimento, di accusare del reato di *maiestas* un giudice che – secondo quanto sostenuto dal richiedente – avrebbe pronunciato una sentenza contraria ai precetti di una legge imperiale.

L'imperatore, infatti, dopo aver affermato che, durante il suo principato, devono cessare i reati di lesa maestà *ex aliis causis*, chiarisce, appunto, che non può essere accusato di *crimen maiestatis* il giudice *quod contra constitutionem eum dicis pronuntiasse*.

CI. 9.8.1 si presenta di grande interesse per un duplice ordine di motivi. Innanzitutto, dalla richiesta formulata dal destinatario del rescritto di accusare di *maiestas* un giudice che avrebbe

⁷⁰ Sulla costituzione si veda per un primo riferimento DE ROBERTIS, *Le sentenze contra constitutiones* cit. 212; SORACI, *L'opera legislativa e amministrativa dell'imperatore Severo Alessandro* cit. 57 nt. 6; CALORE, *La rimozione del giuramento* cit. 170 nt. 49; NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit. 112 s.; LAMBERTINI, *Cons. 8: il vetus iurisconsultus* cit. 92 nt. 21.

deciso *contra constitutionem*, si desume che all'epoca di Alessandro Severo, o dei suoi immediati predecessori, tale fattispecie è stata attratta anche nella sfera del *crimen maiestatis*. In secondo luogo, il provvedimento lascia intendere una certa oscillazione della politica punitiva dell'imperatore, che manifesta sul punto un orientamento, per certi aspetti, più tollerante.

Per quanto riguarda il primo motivo, va sottolineato, dunque, che l'inclusione del *pronuntiare contra constitutionem* anche nell'ambito della disciplina del *crimen maiestatis* ben si può comprendere alla luce del notevole ampliamento di tale reato.

Come è risaputo, a partire dall'età del principato, la vaghezza del concetto di *maiestas*, alla quale aveva contribuito la mancanza di una precisa definizione da parte di testi normativi e della successiva riflessione giurisprudenziale, ha consentito la progressiva dilatazione del reato, di certo dipendente dall'atteggiamento più o meno severo dei singoli imperatori. In questo senso, si è affermata una tendenza alla maggiore durezza della repressione, sia con un notevole aumento dei casi punibili sia con la previsione di pene più severe.

In particolare, rientrano progressivamente nella sfera del *crimen maiestatis*, oltre agli attentati alla vita dell'imperatore, tutta una serie di ipotesi consistenti in offese all'autorità e alla dignità dello stesso.

Si ricordi – solo per citare alcuni fra gli esempi più significativi – l'uso di parole o scritti oltraggiosi nei confronti del principe, la violazione di statue o delle immagini imperiali, il rifiuto di sacrificare alla sua effigie e di prestare giuramento *per genium principis*⁷¹.

Proprio nell'ambito di questa dilatazione dei casi punibili a titolo di lesa maestà, probabilmente, viene ad essere attratta anche l'ipotesi del giudice che decide *contra constitutiones*.

⁷¹ Sull'argomento si veda SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. 256 s.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La disciplina del 'crimen maiestatis' tra tardo antico e medioevo*, in CASCIONE, MASI DORIA (a cura di), *Diritto e giustizia nel processo* cit. 384 ss.

Tale rilievo, in qualche modo, sembra poter essere confermato anche dalla maggiore severità della repressione del *crimen maiestatis* soprattutto negli anni immediatamente precedenti ad Alessandro Severo.

Se, infatti, con Settimio Severo la solenne deliberazione che nessun senatore possa essere ucciso senza formale processo⁷² lascia intendere comunque un atteggiamento almeno all'inizio favorevole verso gli stessi, particolarmente colpiti dal *crimen maiestatis*, tanto da far ipotizzare da parte di qualche studioso addirittura l'abolizione di questo *crimen*⁷³; con Caracalla, si assiste alla ripresa di una certa severità testimoniata anche dalla punizione di fattispecie minori non rientranti nel dettato originario della *lex Iulia de maiestate*⁷⁴. È opportuno ricordare, inoltre, che, dopo il breve governo di Macrino, contraddistinto da un programma moderato volto ad evitare eventuali condanne di senatori⁷⁵, vi sarebbe stato, invece, un inasprimento nella repressione del *crimen maiestatis* proprio durante il principato di Elagabalo⁷⁶. Tale situazione potrebbe essere dettata anche dal fatto che l'imperatore, di cui peraltro le fonti ci tramandano un'immagine negativa, dopo aver introdotto a corte un gran numero di liberti ed averli resi partecipi di un cerimoniale tutto accentrato sull'*adoratio* del principe, ben presto ha dovuto resistere all'opposizione di molti settori della società dell'epoca, tra cui l'ala tradizionalista del senato⁷⁷.

Nei confronti di questa tendenza ad estendere il *crimen maiestatis*

⁷² Cfr. Dio Cass. 74.2.1-2; Herod. 2.14.3. Sul punto si veda F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 4.1, Napoli 1974², 395 nt. 66.

⁷³ Così R. A. BAUMAN, *Impietas in principem. A study of treason against the Roman emperor with special reference to the first century A.D.*, München 1974, 214, che ha evidenziato lo stretto rapporto tra la promessa di non condannare a morte i senatori e l'eventuale abolizione del *crimen maiestatis*.

⁷⁴ Cfr., ad esempio, SHA. *Vita Carac.* 5.7.

⁷⁵ Cfr. Herod. 5.1 s.

⁷⁶ Cfr., ad esempio, Herod. 5.6.1; 5.7.6.

⁷⁷ Sul punto si veda DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici cit.* 54 s.

statis, invece, reagisce in qualche modo Alessandro Severo, il quale manifesta un indirizzo più tollerante.

Sul punto è particolarmente significativo – siamo dunque al secondo motivo rilevante di CI. 9.8.1 – che l'imperatore, con specifico riguardo all'ipotesi del *pronuntiare contra constitutionem*, seppur non chiarisca quale pena debba essere applicata, appare comunque più indulgente rispetto alla politica punitiva di prima, affermando che tale fattispecie non rientra nella disciplina del *crimen maiestatis*, sanzionato con una pena più severa rispetto a quella prevista per il falso⁷⁸.

Il contenuto di CI. 9.8.1, inoltre, si rivela di un certo interesse soprattutto se posto in relazione con quanto abbiamo verificato, nel capitolo precedente, a proposito dell'altro provvedimento di Alessandro Severo (CI. 7.64.2) in tema di invalidità delle sentenze *contra ius*⁷⁹. Dal raffronto di CI. 7.64.2 e CI. 9.8.1 emerge, infatti, una particolare oscillazione dell'imperatore, il quale da un lato, con CI. 7.64.2, limita il potere discrezionale dei giudici, ponendo le basi per la subordinazione degli stessi al rispetto della legge; mentre dall'altro, con CI. 9.8.1, non vuole accentuare i termini della complessa dialettica tra i giudici e l'imperatore, evitando infatti di insistere nell'identificare la legge con la figura del principe.

Da quest'ultimo punto di vista – a mio parere – è in qualche modo emblematico pure quanto affermato in un'altra costituzione dallo stesso Alessandro Severo, il quale richiama l'attenzione sulla necessità, anche da parte del principe, di rispettare le leggi:

CI. 6.23.3 *Idem [Imp. Alexander] A. Antigono: Ex imperfecto testamento nec imperatorem hereditatem vindicare saepe constitu-*

⁷⁸ La pena nel caso di *crimen maiestatis*, almeno durante l'età severiana, consiste di regola nella decapitazione per gli *honestiores* e nella vivicombustione o nell'esposizione alle fiere per gli *humiliores*. Sul punto si veda SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. 257.

⁷⁹ Si veda *retro* capitolo secondo.

tum est. Licet enim lex imperii sollemnibus iuris imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere. *PP. XI k. Ian. Lupo et Maximo cons.* [a. 232].

Il testo, nel quale si ricorda che neppure l'imperatore può rivendicare l'eredità nell'ipotesi di un testamento non perfetto, anche se riguarda un caso non attinente al nostro tema d'indagine, è comunque significativo poiché dalla solenne affermazione *'nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere'* è possibile ravvisare, nell'idea di governo di Alessandro Severo, un barlume di 'Stato di diritto', nell'ambito del quale, appunto, il principe si mostra rispettoso dell'ordine giuridico esistente.

Tale discorso, peraltro, ben si inserisce in quella particolare concezione moderata del potere imperiale, che Alessandro Severo ha manifestato anche al fine di limitare, per certi aspetti, la visione della crescente sacralità dell'imperatore.

Proprio in questa direzione, infatti, vanno inquadrati pure altri due provvedimenti (CI. 4.1.2 e CI. 9.8.2), con i quali lo stesso imperatore prende le distanze da quella disciplina punitiva precedente, che configurava come *crimen maiestatis* anche lo spergiuro in nome del principe.

Nel primo, CI. 4.1.2 del 223 d.C., si afferma che non piace all'imperatore che per tale fattispecie sia disposta la punizione corporale o comunque quanto previsto per il *crimen maiestatis*, anche nell'ipotesi di uno spergiuro *per principis venerationem*, commesso con un certo impeto:

CI. 4.1.2 *Imp. Alexander A. Felici*: Iurisiurandi contempta religio satis deum ultorem habet. Periculum autem corporis vel maiestatis crimen secundum constituta divorum parentum meorum, etsi per principis venerationem quodam calore fuerit periuratum, inferri non placet. *PP. VI k. April. Maximo II et Aeliano cons.* [a. 223]⁸⁰.

⁸⁰ Sul testo si veda AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio* cit. 182 s.; CALORE, *La rimozione del giuramento* cit. 170 s. nt. 50.

Nel testo è opportuno richiamare l'attenzione sulla frase '*secundum constituta divorum parentum meorum*', che, al fine di poter essere meglio compresa, va posta in relazione – come già suggerito da Krüger⁸¹ – con un passo di Ulpiano, D. 12.2.13.6, dove si riporta un provvedimento di Settimio Severo e Caracalla, che sanzionava lo spergiuro *per genium principis* con le pene previste per il *crimen maiestatis*⁸².

Dal tenore di CI. 4.1.2, pertanto, emerge la volontà di Alessandro Severo di prendere in modo netto le distanze dalla disciplina dei suoi predecessori in tema di spergiuro nel nome dell'imperatore.

Va notato, inoltre, che, in CI. 4.1.2, per indicare questo tipo di spergiuro non viene adoperato il sintagma '*per genium principis*', già di per sé denso di richiami religiosi⁸³ ma quello '*per principis venerationem*', che forse rende meglio l'idea dell'oltraggio alla dignità dell'imperatore caratterizzata sempre di più da una sfera sacrale.

L'altra costituzione, che conferma questo atteggiamento di Alessandro Severo di non configurare come lesa maestà lo spergiuro nel nome dell'imperatore, è rappresentata da CI. 9.8.2:

CI. 9.8.2 *Imp. Alexander A. Faustiniانو*: Alienam sectae meae sollicitudinem concepisti, quasi crimen maiestatis sustineres, etsi servo tuo iratus esse non perseveres, quod semper te facturum inconsultius iuraveris. *PP. III non. Febr. Iuliano et Crispino cons.* [a. 224]⁸⁴.

Nel testo, indirizzato ad una tal Faustianus, l'imperatore,

⁸¹ KRÜGER, *Codex b. l.*

⁸² Cfr. D. 12.2.13.6 Ulpian. 22 *ad ed.*: *Si quis iuraverit in re pecuniaria per genium principis dare se non oportere et peieraverit vel dari sibi oportere, vel intra certum tempus iuraverit se soluturum nec solvit; imperator noster cum patre rescripsit fustibus eum castigandum dimettere et ita ei superdici [...].*

⁸³ Sul punto si veda CALORE, *La rimozione del giuramento* cit. 171 nt. 51.

⁸⁴ Sul testo si veda NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit. 128 nt. 50.

difatti, ribadisce che, spergjurando nel nome del principe, non si commette *crimen maiestatis*⁸⁵.

Ritornando, dunque, al regime punitivo del giudice che si pronuncia *contra constitutiones*, alla luce di quanto fin qui verificato con riguardo a D. 48.10.1pr.-3, PS. 5.25.4 e CI. 9.8.1, è emerso che, nell'età dei Severi, tale fattispecie, nonostante le oscillazioni tra il *crimen falsi* e quello *maiestatis*, risponde, per alcuni profili, ad un criterio unitario, secondo cui essa viene configurata come un vero e proprio reato sanzionabile con pena pubblica⁸⁶.

5. *Profili causali della disciplina in tema di giudizio contra constitutiones*

Nelle pagine precedenti si è constatato come all'epoca dei Severi, nel caso di giudizio *contra constitutiones*, sia prevista una disciplina che comporti, da un lato, la nullità della sentenza e,

⁸⁵ Questo particolare atteggiamento di Alessandro Severo, secondo alcuni studiosi, sarebbe stato dettato anche dalla frequenza di tali giuramenti, per i quali sembrava eccessivo imputare i colpevoli di *maiestas*, infliggendo la relativa pena: in questo senso, ad esempio, C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, 84; SORACI, *L'opera legislativa e amministrativa dell'imperatore Severo Alessandro* cit. 57 nt. 6.

⁸⁶ Va ricordato, d'altra parte, che a tale regolamentazione severiana dell'illecito si aggiungono alcune costituzioni del quarto secolo d.C., che includono l'inosservanza da parte del giudice delle norme imperiali nell'orbita del reato di *sacrilegium*: cfr., ad esempio, CTh. 16.2.25=CI. 9.29.1 Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA.: *Qui divinae legis sanctitatem aut nesciendo confundunt aut neglegendo violant et offendunt, sacrilegium committunt*. Dat. III kal. Mart. Thessalonicae Gratiano A. V et Theodosio A. I cons. [a. 380]; CTh. 1.6.9=CI. 9.29.2 Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. *Ad Symmachum (Praefecti Urbi): Disputari de principali iudicio non oportet: sacrilegi enim instar est dubitare, an is dignus sit, quem elegerit imperator. Si quis igitur iudicium fuerit repertus, qui supercilium suum principali aestimet iudicio praefendum, quinque libras auri eius officium, nisi formam nostrae sanctionis suggererit, decem ipse fisci viribus inferre cogatur*. Dat. V K. Mai. Med(iolano) post consulatum Richomeris et Clearchi VV. CC.

dall'altro, la conseguente punizione del giudice per falso o lesa maestà⁸⁷.

Occorre adesso individuare quali siano i motivi che hanno permesso l'affermarsi di una regolamentazione del genere.

A questo proposito, è appena il caso di avvertire che non vi è una singola causa ma molto probabilmente un insieme di concause che, intrecciandosi fra loro, possono aver contribuito all'emersione di tale disciplina.

Con riguardo ai profili strettamente penalistici, si è già posto in evidenza come il discorso sia in qualche misura riconducibile anche alla progressiva dilatazione dei reati di *falsum* e di *maiestas*, che si è realizzata a partire dall'età del principato.

Rilevato ciò, tuttavia, risulta opportuno verificare quali siano le altre ragioni che hanno comportato, oltre alle pene a carico dei giudici, soprattutto l'invalidità delle sentenze pronunciate in violazione delle costituzioni imperiali.

Una prima motivazione, ipotizzata dalla storiografia meno recente, è quella connessa all'affermarsi, nel tardo principato, di un'organizzazione sempre più centralizzata e della conseguente necessità di regolare il problematico rapporto con i diritti locali⁸⁸.

In particolare, il principio della nullità delle sentenze *contra constitutiones* sarebbe stato un utile strumento adoperato da parte del potere centrale al fine di garantire l'osservanza degli orientamenti normativi imperiali contro le eventuali deformazioni o deroghe delle tendenze locali ancorate al rispetto delle proprie tradizioni.

Siffatta ipotesi ha, di certo, il pregio di aver contribuito a porre l'attenzione sul complesso rapporto tra potere imperiale e diritti locali e sulle alterazioni dei principi del diritto romano

⁸⁷ Si veda *retro* il paragrafo precedente e il capitolo secondo.

⁸⁸ In questo senso cfr. J. KOHLER, *Prozess und Nichtprozess*, in *Der Rechtsgang. Zeitschrift für das Recht aller Zweige der Justiz* 2 (1916) 120 ss.

Sul punto si veda anche APELT, *Urteilsnichtigkeit* cit. 164 s.

che, nella prassi della vita provinciale, si sono verificate soprattutto dopo l'emanazione della *Constitutio Antoniniana*. Come è ben risaputo, infatti, a seguito di tale provvedimento, tutti gli abitanti liberi dell'impero, avendo ricevuto la cittadinanza romana, avrebbero dovuto, almeno formalmente, rispettare le regole del nuovo diritto⁸⁹.

Risulta, inoltre, altrettanto noto che, non potendosi verificare tale modifica da un momento all'altro, le tradizioni giuridiche locali hanno continuato a persistere in varie parti dell'impero, costituendo in qualche occasione un problema da risolvere da parte del potere imperiale.

Sul punto, però, è opportuno tener presente che la questione non si pone tanto in termini di piena conflittualità tra diritto romano e diritti locali né di equivalenza tra ordinamenti paralleli, ma va piuttosto inquadrata alla luce di una sorta di 'sintetismo giuridico' tra il diritto ufficiale e le tradizioni locali, conservate in via sussidiaria con la riserva di una priorità accordata al *ius civile* romano⁹⁰.

⁸⁹ Sulle numerose problematiche riguardanti gli effetti della *Constitutio Antoniniana* si veda, con l'indicazione della principale bibliografia, T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi tra II e III secolo*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma*, 3.1, Torino 1993, 5 ss. e dello stesso autore, *Città e impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'impero romano*, Napoli 1996 rist. 1999, *passim*; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'Impero*, 1, Napoli 2000, 165 ss., con particolare riferimento al rapporto tra cittadinanza romana e riforme amministrative; DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici cit.* 65 ss.; MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d. C.). Una sintesi*, Torino 2009, 101 ss.; A. TORRENT, *La Constitutio Antoniniana. Reflexiones sobre el Papiro de Giessen 40 I*, Madrid 2012; C. CORBO, *Constitutio Antoniniana. Ius Philosophia Religio*, Napoli 2013, 11 ss., con riguardo sia alle interrelazioni tra la filosofia stoica e l'ideale cosmopolitico sia al ruolo che il provvedimento ha avuto in rapporto al cristianesimo; A. PALMA, *Note in tema di cittadinanza romana e sovranità*, in *KOINΩNIA* 38 (2014) 279 ss., a proposito del problematico concetto di *status civitatis* sia nel mondo antico che in quello moderno; C. ANDO (a cura di), *Citizenship and Empire in Europe 200-1900. The Antonine Constitution after 1800 years*, Stuttgart 2016.

⁹⁰ In questo senso si veda, ad esempio, J. MÉLÈZE MODRZEJEWSKI, *Diritto*

D'altro canto, se è vero che ancora molti anni dopo l'editto di Caracalla, con Diocleziano, il potere centrale cerca di reagire alle istanze locali manifestando un indirizzo legislativo tradizionalistico a tutela degli antichi valori della *romanitas*, è altrettanto vero che, proprio durante l'età severiana, gli imperatori, qualora possibile, molte volte permettono che le consuetudini locali possano persistere cercando di coordinarle con il diritto ufficiale⁹¹.

Con particolare riferimento, pertanto, al principio dell'invalidità delle sentenze contrarie alle costituzioni, bisogna sottolineare che l'ipotesi, secondo cui alla sua base vi sarebbe la volontà degli imperatori di affermare la legislazione centrale sui diritti locali, non può ritenersi del tutto fondata, soprattutto perché va ridimensionato il postulato di un monopolio assoluto del diritto romano dopo la *Constitutio Antoniniana*.

Inoltre, ferma restando questa riflessione di carattere generale, è necessaria un'ulteriore precisazione: pur volendo eventualmente accogliere siffatta ipotesi, bisognerebbe, comunque, di-

romano e diritti locali, in SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma*, 3.2, cit. 985 ss.; dello stesso autore si vedano pure le ricerche sull'argomento riunite nel volume *Droit impérial et traditions locales dans l'Égypte romaine*, Aldershot 1990; CORIAT, *Le prince législateur* cit. 410 ss.; V. MAROTTA, *La «legislazione» imperiale in età severiana*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 67 (2001) 502 ss.; DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici* cit. 72 ss.

Sul complesso tema del rapporto diritto romano e diritti stranieri, con particolare riguardo alla documentazione papirologica proveniente dall'Oriente si vedano, con l'indicazione dell'ulteriore bibliografia, i contributi di M. AMELOTTI, *Reichsrecht, Volksrecht, Provinzialrecht. Vecchi problemi e nuovi documenti*, e di L. MIGLIARDI ZINGALE, *Diritto romano e diritti locali nei documenti del Vicino Oriente*, pubblicati in *Studia et documenta historiae et iuris* 65 (1999) rispettivamente alle pagine 210 ss. e 217 ss.

⁹¹ Sul punto si veda, ad esempio, CORIAT, *Le prince législateur* cit. 411, il quale ricorda che: «Mais plus intéressant encore sont les rescrits qui procèdent, en sens inverse, à l'intégration dans le droit officiel de règles juridiques locales qui, de ce fait et sous réserve qu'elles sont compatibles avec l'ordre public romain, de coutumes locales périgrines sont élevées au rang de coutumes provinciales romaines».

In questa direzione cfr. pure DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici* cit. 76 ss.

mostrare che le testimonianze, dove è richiamato il principio della nullità, si riferiscano proprio a norme riguardanti materie nelle quali il diritto locale abbia manifestato, nello specifico, un orientamento differente rispetto a quello delle norme imperiali violate.

Un discorso del genere può forse essere fatto con riferimento a qualche specifico caso, ma risulta piuttosto difficile da poter essere esteso a tutte le altre fattispecie⁹².

Pure da questo punto di vista, quindi, tale ipotesi non è sufficiente a giustificare la regola della nullità delle sentenze *contra constitutiones*, per la quale evidentemente bisogna prendere in considerazione anche altre ragioni.

Un ulteriore motivo, pertanto, da evidenziare è quello di carattere processuale dal momento che si è constatato come tale principio risulti strettamente legato all'affermarsi della *cognitio extra ordinem*.

In questo nuovo tipo di procedura, difatti, accanto alle ipotesi di invalidità della sentenza per motivi di natura processuale (già previste nel processo formulare), si introduce la concezione della nullità della sentenza anche per ragioni 'sostanziali', qualora appunto vi sia contrarietà al disposto delle costituzioni imperiali o di altre norme vincolanti.

Ciò dipende, per certi aspetti, anche dal mutato valore assunto dalla sentenza nel processo straordinario, poiché essa non è più il parere di un privato cittadino con funzione giudicante, ma diventa un atto giuridico solenne emanato dal giudice-funzionario.

In tale ottica, peraltro, si giustificano anche le nuove pre-

⁹² Un influsso locale potrebbe forse essere evidenziato a proposito della fattispecie riportata da Macro in D. 49.8.1.2 in tema di *excusationes* dalla *cura muneris*, dal momento che la materia delle *excusationes* dalla tutela e dalla cura è stata soggetta a modifiche di natura locale.

Analogo discorso non sembra, invece, potersi fare con riferimento alla fattispecie in tema di validità del testamento prevista da Alessandro Severo in CI. 7.64.2.

scrizioni a proposito della forma e della pubblicità della sentenza: mentre nel processo *per formulas* non sono previsti particolari requisiti, nella *cognitio* vengono ad essere richieste alcune formalità, quali ad esempio la redazione della stessa per iscritto e la sua successiva lettura in un luogo pubblico al cospetto delle parti⁹³.

È appena il caso di ricordare, dunque, che la sentenza ha acquistato tale differente valore grazie al diverso ruolo del giudice all'interno del nuovo processo, poiché mentre in quello formulare egli è un privato cittadino scelto in funzione di *iudex*, il quale esercita la propria attività alla luce del consenso delle parti (che si manifesta nella *litis contestatio*) e soprattutto in base alla volontà del magistrato (che si concretizza nel *iussum iudicandi*), nel processo straordinario viene meno qualsiasi carattere arbitrale e privatistico della procedura, prevalendo l'aspetto pubblicistico poiché il giudice è un organo giurisdizionale dell'apparato burocratico caratterizzato da una struttura piramidale con al vertice l'imperatore⁹⁴.

Viene, dunque, a formarsi un'organizzazione giudiziaria sempre più sensibile ai vincoli di carattere gerarchico, nella quale il principio di nullità costituisce uno strumento efficace per garantire sia il rispetto delle regole procedurali sia una certa uniformità di valutazione da parte degli organi giudicanti.

Il giudice nel processo straordinario, infatti, ha competenze che discendono in qualche modo dall'ufficio ricoperto all'interno dell'organizzazione statale e, nella sua attività, non può che essere sottoposto alle leggi emanate dal potere imperiale; pertanto,

⁹³ Sull'argomento si veda, con l'indicazione delle principali fonti, MOLÈ, sv. *Sentenza (diritto romano)* cit. 1082 s.

⁹⁴ Sul punto si veda BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza* cit. 438 ss., in particolare 456.

Cfr., inoltre, POLARA, *Autonomia e indipendenza del giudice* cit. 355 ss.; PALMA, *Il luogo delle regole* cit. 112 ss., con specifico riferimento al venir meno nella *cognitio extra ordinem* della facoltà riconosciuta al giudice di '*iurare sibi rem non liquere*'.

il suo dovere non è nei confronti delle parti, ma verso quell'apparato burocratico con al vertice l'imperatore che lo ha investito della funzione di emanare le sentenze.

Bisogna, tuttavia, evidenziare che nell'ambito della *cognitio extra ordinem* se è vero che si afferma il principio della nullità della sentenza *contra constitutiones* volto a limitare la libertà del giudice, è altrettanto vero, però, che non viene completamente a ridursi la sua 'discrezionalità' in merito allo svolgimento del processo ed alla decisione della controversia.

Pur consapevole di utilizzare con cautela tale espressione a proposito dell'esperienza giuridica romana, va precisato che ovviamente 'discrezionalità' non va intesa nel senso di mero 'arbitrio': già alla luce di una semplice considerazione semantica appare chiaro che nel primo termine è contenuto il senso di una limitazione, cioè il potere di apprezzare, all'interno di margini determinati, l'opportunità di soluzioni possibili, laddove 'arbitrio' indica la piena facoltà di scelta nel giudicare ed operare e non a caso 'arbitraria' si suole dire l'attività assoluta ed indipendente.

Con riferimento, dunque, alla *cognitio extra ordinem*, la presenza ancora di una certa libertà di apprezzamento, seppur nell'ambito di criteri direttivi, può essere desunta anche dalla tendenza dei giudici – diffusa proprio nel processo straordinario – ad argomentare, anche se in estrema sintesi, le loro decisioni.

Il discorso, come ben si intende, si collega alla complessa problematica della motivazione della sentenza, a proposito della quale qui è possibile fare soltanto qualche breve cenno⁹⁵.

⁹⁵ Sull'argomento si veda K. VISKY, *Urteilbegründung im römischen Zivilprozess*, in *RIDA*, 18 (1971) 735 ss.; N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, in *Studi Parmensi*, 33, Milano 1983, 233 ss.; MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano* cit. 11 ss. e dello stesso autore: *Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español*, in *Teoria e storia del diritto privato* 5 (2012) 1 ss = <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com>; M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto ro-*

Innanzitutto, va chiarito che il termine motivazione utilizzato con riguardo all'esperienza romana, non può indicare di certo una completa esposizione dei fatti rilevanti della causa e di tutte le ragioni giuridiche della decisione, ma solo poche parole essenziali, per le quali forse è più opportuno parlare di 'spunti o germi di motivazione', con cui il giudice darebbe una sorta di spiegazione molto sommaria della propria decisione finale⁹⁶.

L'aspetto che qui più interessa è che proprio nella *cognitio extra ordinem*, pur non risultando in modo esplicito un obbligo giuridico per il giudice ad argomentare la sentenza, tende ad affermarsi in qualche misura una prassi motivazionale alla base delle decisioni del giudice⁹⁷.

Ciò peraltro è confermato anche dalla disciplina dell'appello che – come è ben noto – viene ad essere introdotto proprio nell'ambito del processo straordinario. Risulta di tutta evidenza lo strettissimo rapporto esistente, anche sotto il profilo logico, tra la motivazione e l'impugnazione della *sententia* dal momento che il vaglio critico della decisione giudiziale non è di certo possibile senza l'esame dei motivi che ne sono alla base.

mano, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle – Genève – Munich 1999, 53 ss.; *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato* cit. 799 ss.; A. GUARINO, *Trucioli di bottega*, Napoli 2000, 28 ss.; D.A. CENTOLA, *Riflessioni sulla problematica della motivazione della sentenza nel processo romano*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 78 (2012) 407 ss.; RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit* cit. 130 s. nt. 91, con specifico riguardo al problema della motivazione delle decisioni imperiali.

Di recente si veda, anche, B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza: idee vecchie e nuove*, in GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, 1, cit. 273 ss., con ampia rassegna di problematiche riguardanti il tema della motivazione della sentenza non solo nel sistema processuale romano, ma anche in quello moderno.

Cfr., pure, PALMA, *Il luogo delle regole* cit. 49 ss.

⁹⁶ Le parole fra virgolette sono di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, 1, *Le legis actiones*, Roma 1963, 436.

⁹⁷ A favore di una prassi motivazionale nella *cognitio extra ordinem* cfr. ultimamente BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza* cit. 302.

Si consideri, infatti, che l'appello doveva contenere le ragioni di diritto secondo le quali si contestava la sentenza impugnata e tali ragioni, come è logico immaginare, dovevano riguardare proprio la motivazione della decisione del giudice.

A conferma che nell'appello bisogna inserire i motivi dell'impugnazione vi sono in particolare due testi di Ulpiano: D. 49.1.3.3 e D. 49.1.13.1.

Nel primo, il giurista risolve in modo affermativo il problema concernente la possibilità o meno di modificare i motivi di appello una volta presentati:

D. 49.1.3.3 Ulpian. 1 *de appellat.*: Quis ergo, si causam appellandi certam dixerit, an liceat ei discedere ab hac et aliam causam allegare? An vero quasi forma quadam obstrictus sit? Puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit.

Nel secondo testo, Ulpiano ricorda che il giudice *a quo* è tenuto a dichiarare ammissibile l'*appellatio* quando uno solo dei motivi dell'impugnazione sia *probabilis*:

D. 49.1.13.1 Ulpian. 2 *respons.*: Non solere improbari appellationem eorum, qui vel unam causam appellandi probabilem habuerunt.

Un'altra considerazione, sempre in tema di appello, riguarda i poteri di accertamento del giudice *a quo*, che comprendono sia un controllo puramente formale dei requisiti dell'impugnazione sia la possibilità di verificare la fondatezza della stessa.

Nel valutare, infatti, se un appello sia da *recipere vel non*, il giudice *a quo* risulta investito di una certa facoltà di verificare, oltre i presupposti, anche il fondamento dell'impugnazione.

Significativo sull'argomento è un testo di Macro, dal quale veniamo a sapere che il giudice *a quo* ha piena discrezionalità nel decidere se *recipere vel non recipere* l'appello; tuttavia, in

caso di rifiuto, egli deve giustificare la sua scelta indicando la causa per la quale non ammette l'*appellatio*:

D. 49.5.6 Macer 2 *de appellat.*: Sciendum est, cum appellatio non recipitur, praecipi sacris constitutionibus omnia in eodem statu esse nec quicquam novari, etiamsi contra fiscum appellatum sit: eumque, qui appellationem non receperit, opinionem suam confestim per relationem manifestare et causam, pro qua non recepit appellationem, eiusque exemplum litigatori edere debere mandatis cavetur⁹⁸.

In questa ipotesi, dunque, a fronte di un potere di apprezzamento riconosciuto al giudice, si richiede, però allo stesso di indicare il motivo della propria decisione (*et causam, pro qua non recepit appellationem*)⁹⁹.

A conferma di una prassi motivazionale nella *cognitio extra ordinem* risultano anche altri testi dell'età dei Severi, che in qualche modo presuppongono decisioni giudiziali motivate.

Si pensi, ad esempio, al provvedimento di Settimio Severo riportato in:

CI. 7.62.1 *Sententia divi Severi data in persona Marci Prisci idibus Ian. Pompeiano et Avito cons. Severus A. dixit*: Prius de possessione pronuntiare et ita crimen violentiae excutere praeses provinciae debuit. Quod cum non fecerit, iuste provocatum est [a. 209]¹⁰⁰.

⁹⁸ Sul testo si veda, per una prima indicazione, ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano* cit. 388 ss.; PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero* cit. 31 s.; ARCARIA, *Referre ad principem* cit. 271 ss., ivi ulteriore bibliografia.

⁹⁹ Sul punto si veda ad esempio ARCARIA, *Referre ad principem* cit. 274 s., il quale evidenzia che «allo scopo di rendere più agevole all'autorità superiore il giudizio sul fondamento o meno del ricorso dell'appellante contro l'ingiustificato diniego del giudice *a quo*, quest'ultimo era tenuto a dare una precisa motivazione delle ragioni per le quali egli aveva ritenuto di non dovere dare corso all'appello».

¹⁰⁰ Sulla costituzione si veda, per un primo riferimento, CORIAT, *Le prince législateur* cit. 285 s.

La testimonianza riguarda il caso di un *praeses provinciae* che abbia omesso di pronunciarsi su una questione, in tema di possesso, rilevante ai fini di un giudizio relativo al *crimen violentiae*.

Si stabilisce, quindi, che il non aver trattato in via preliminare la questione civile, importante per il successivo giudizio criminale, costituisce un motivo di appello.

È da ritenere, dunque, che tale omissione possa essersi verificata solo se la sentenza sia motivata, dal momento che proprio dall'esame della motivazione è possibile accertare se il giudice, nella risoluzione del giudizio criminale, abbia tenuto conto anche della precedente questione civile.

Si pensi, ancora, alla costituzione di Alessandro Severo (CI. 7.64.2), già ampiamente esaminata in precedenza, a proposito della problematica della validità del testamento redatto da un minore di quattordici anni¹⁰¹. Si è notato, infatti, come l'imperatore prospetti due possibili ipotesi in merito al giudizio precedente: la prima è che il giudice abbia giustificato la validità del testamento affermando che sia possibile testare validamente anche prima dei quattordici anni; la seconda, invece, è che il giudice abbia riconosciuto la validità del testamento motivandola con il fatto che il *de cuius*, al momento di testare, avesse compiuto quattordici anni. La risposta fornita dall'imperatore, dunque, presuppone l'esistenza di una motivazione con cui il giudice precedente avesse giustificato la propria decisione, poiché dalla differente spiegazione data dallo stesso il principe fa dipendere le due soluzioni: nel primo caso la sentenza non ha alcun effetto, mentre nel secondo è valida, anche se errata.

Si consideri, infine, un'altra testimonianza di Macro (D. 49.8.1.2), sulla quale pure ci siamo diffusamente soffermati, con riferimento alla distinzione tra le sentenze emesse *contra ius constitutionis*, cioè viziate da un errore sull'esistenza della norma, e quelle *contra ius litigatoris*, cioè inficiate da un errore riguar-

¹⁰¹ Si veda *retro* capitolo secondo paragrafo 4.

dante un diritto delle parti¹⁰². Si è visto, infatti, come Macro ricordi, a titolo di esempio del primo tipo di sentenza, quella che non riconosce i motivi di esenzione dall'ufficio del tutore esplicitamente dettati dalle costituzioni imperiali (*dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasse intellegitur*); invece, come seconda tipologia di sentenza quella in cui il giudice non ammette l'esistenza delle *causae excusationis* nella persona del richiedente (*quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasse intellegitur*). Pure da tale testimonianza, dunque, è possibile dedurre che, al fine di poter comprendere se la decisione del giudice fosse rientrata nel primo o nel secondo caso, la sentenza doveva evidentemente essere corredata dalla motivazione.

In base a quanto qui brevemente detto sulla motivazione della sentenza, si può desumere, quindi, che nella *cognitio extra ordinem* – nonostante sotto molti profili tenda a diminuire la libertà del giudice – la presenza di una prassi motivazionale testimonierebbe indirettamente che non viene del tutto a ridursi in capo all'organo giudicante il potere di apprezzamento e decisione in merito alla risoluzione della controversia.

Ritornando, adesso, alla disciplina in tema di giudizio *contra constitutiones*, oltre ai profili di natura processuale, risulta opportuno soffermarsi anche su quella che è di certo la più importante causa della sua introduzione.

A questo riguardo, infatti, va posta in evidenza la ragione di natura politica legata alla necessità di garantire l'assoluta osservanza delle costituzioni imperiali, alla luce del nuovo assetto di governo caratterizzato dall'introduzione, nella teoria delle fonti, della nota massima ulpiana '*quod principi placuit legis habet vigorem*':

D. 1.4.1pr. Ulpian. 1 *inst.*: Quod principi placuit, legis habet vi-

¹⁰² Cfr. *retro* capitolo secondo paragrafo 2.

gorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat¹⁰³.

Non vi è dubbio, dunque, che in tale epoca la fonte principale, ai fini dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico romano, è quello che il principe dice e dispone. Tale situazione si giustifica non solo per le tendenze assolutistiche verso le quali l'impero, già tra la fine del secondo e gli inizi del terzo secolo, andava avviandosi, ma anche per evidenti ragioni oggettive: basti considerare che, specialmente quando il diritto romano diventa il diritto ufficiale di tutto l'impero, molte volte i giudici-funzionari non conoscono davvero a fondo le norme da applicare e, pertanto, l'attività legislativa del principe rappresenta l'unico strumento più agile e sicuro per risolvere eventuali dubbi di interpretazione, al fine di garantire una maggiore 'certezza del diritto'.

A ciò si aggiunga che nella *cognitio extra ordinem*, tranne ovviamente quei casi nei quali la funzione del giudice-funzionario è svolta da importanti giuristi (si pensi, ad esempio, a Papiniano, Paolo e Ulpiano quali prefetti del pretorio), spesso vi è una certa incompetenza tecnica dei giudici, poiché molte volte gli organi preposti all'esercizio di funzioni giurisdizionali non risultano in possesso di adeguate conoscenze giuridiche¹⁰⁴.

¹⁰³ Sul passo e sulle problematiche riguardanti la massima '*quod principi placuit legis habet vigorem*', si veda per una prima indicazione, con i principali riferimenti bibliografici, F. LUCREZI, *Leges super principem. La 'monarchia costituzionale' di Vespasiano*, Napoli 1982, 175 ss.; CORIAT, *Le prince législateur* cit. 10 nt. 33; MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, 1, cit. 67 ss.; SCHIAVONE, *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano* cit. 28 ss.; *Ius* cit. 374 ss., 496 e, di recente, V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV d. C.)*. *Studi di diritto pubblico romano*, Torino 2016, 65 s.

¹⁰⁴ In questo senso, soprattutto con riferimento alla *cognitio extra ordinem* tardoantica, si veda in particolare F. GORIA, *La giustizia nell'Impero Romano d'Oriente: organizzazione giudiziaria*, in *La giustizia nell'Alto Medioevo (Secoli V-VIII)*, Spoleto 1995, 300 s.; PULIATTI, *L'organizzazione della giustizia dal V al IX secolo* cit. 419 ss.

Anche da questo profilo, pertanto, ben si comprende il ruolo sempre più determinante dell'attività normativa del principe e della sua cancelleria imperiale.

Sul punto, tuttavia, è appena il caso di sottolineare che, pur essendo la produzione normativa imperiale di fatto già presente agli albori del principato, il riconoscimento ufficiale della piena imperatività delle *constitutiones principum* risulta essere il frutto di un processo graduale che si afferma lentamente.

Si pensi, infatti, che, ancora durante il secondo secolo d.C., le espressioni adoperate da Pomponio (D. 1.2.2.12), *'quod ipse princeps constituit pro lege servetur'*, e da Gaio (1.5), *'constitutio principis [...] legis vicem optineat'*, sembrano, nella semplice equiparazione, mostrare di considerare le *constitutiones*, per certi aspetti, 'altro' dalle *leges*¹⁰⁵.

Un'evoluzione significativa, come si è detto, si verifica nell'età severiana. Emblematico è in tal senso quanto affermato da Ulpiano, il quale, nel passo immediatamente successivo a D. 1.4.1pr., dopo aver elencato le diverse forme di costituzioni imperiali, sottolinea che tale produzione *'legem esse constat'*, evidenziando così, nella piena assimilazione, il venir meno di ogni idea di un'intrinseca diversità tra la *lex* e la *constitutio*¹⁰⁶:

D. 1.4.1.1 Ulpian. 1 *inst.*: Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat¹⁰⁷.

A questo punto occorre chiedersi in quale misura il principe, investito di un potere normativo così rilevante, sia egli stesso tenuto al rispetto delle leggi.

¹⁰⁵ In questo senso, ad esempio, si veda LUCREZI, *Leges super principem* cit. 200 s.

¹⁰⁶ Sul punto si veda LUCREZI, *op. ult. cit.* 201, il quale evidenzia che «le disposizioni del principe vengono infatti presentate da Ulpiano come delle vere e proprie leggi [...]».

¹⁰⁷ Sul passo di recente si veda, con l'indicazione della principale letteratura, RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit* cit. 15 ss.

Sull'argomento si consideri che, ancora nel secondo secolo d.C. durante il governo di Traiano, il principio secondo cui anche l'imperatore sia sottoposto alle leggi è considerato nella propaganda ufficiale come uno degli aspetti più evidenti delle virtù di un buon principe: Plinio il Giovane, infatti, in un testo del suo panegirico a Traiano, dopo aver elogiato l'imperatore perché non vuole che sia lecito per lui ciò che è vietato agli altri, dichiara in modo esplicito che *'non est princeps super leges, sed leges super principem'*:

Plin. *Pan.* 65.1: In rostris quoque simili religione ipse te legibus subiecisti, legibus, Caesar, quas nemo principi scripsit. Sed tu nihil amplius vis tibi licere quam nobis: sic fit, ut nos tibi plus velimus. Quod ego nunc primum audio, nunc primum disco, non est 'princeps super leges', sed 'leges super principem', idemque Caesari consuli quod ceteris non licet.

Va ricordato, però, che la situazione sembra mutare nella tarda età severiana, nella quale si ha l'altra nota massima di Ulpiano, secondo cui *'princeps legibus solutus est'*:

D. 1.3.31 Ulpian. 13 *ad legem Iuliam et Papiam*: Princeps legibus solutus est: Augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Sul passo e sull'affermarsi nell'età dei Severi del principio *'princeps legibus solutus est'*, oltre a P. DE FRANCISCI, *Intorno alla massima 'princeps legibus solutus est'* in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 34 (1925) 321 ss., si veda, per una visione più problematica del principio della *solutio legibus*, LUCREZI, *Leges super principem* cit. 203 s. e dello stesso autore: *Al di sopra e al di sotto delle leggi*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 2, Napoli 1984, 683 ss.; F. GALLO, *Sul potere normativo imperiale*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 48 (1982) 413 ss. = F. BONA, M. MIGLIETTA (a cura di), *Opuscula selecta*, Padova 1999, 271 ss.; *Per il riesame di una tesi fortunata sulla «solutio legibus»*, in *Sodalitas*, 2, cit. 651 ss.; M. SARGENTI, *Considerazioni sul potere normativo imperiale*, in *Sodalitas*, 6, Napoli 1984, 651 ss. = *Scritti di Manlio Sargenti* cit. 1053 ss.; CORIAT, *Le prince législateur* cit. 10 s. e nt. 35; SCHIAVONE, *Ius* cit. 375; 496; L. DE GIOVANNI, *Il principe e la legge: dalla lex de imperio Vespasiani al mondo tardoantico*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. TASSI SCANDONE (a cura

In questo caso, tuttavia, il discorso risulta molto più complesso di quanto potrebbe apparire dal semplice dato testuale in primo luogo perché vi è il dubbio se l'affermazione ulpiana abbia davvero una portata generale oppure un ambito più ristretto, riferito solo alle disposizioni di diritto matrimoniale delle leggi commentate (Giulia e Papia Poppea), le quali, limitando la capacità di acquisto dei celibi e dei coniugati senza figli, facevano eccezione per l'imperatore che si trovasse in queste condizioni.

Inoltre, va notato che è possibile desumere, alla luce di altre testimonianze, una certa ambiguità nel ricordare la massima in questione e un qualche disagio da parte degli imperatori nell'applicarla a fattispecie sottoposte al loro esame.

Sull'argomento, ad esempio, il giurista Paolo non ha alcuna esitazione nel dichiarare che è disonorevole (*inverecundum est*) per un imperatore accettare legati e fedecommissi in base ad un testamento non formalmente regolare:

D. 32.23 Paul. 5 *sent.*: Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa imperatorem vindicare inverecundum est: decet enim tantae maiestati eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur.

Assai significativa, peraltro, è la motivazione data dallo stesso Paolo, secondo cui a *tanta maiestas* si conviene osservare '*leges, quibus ipse solutus esse videtur*', lì dove, però, l'espressione '*videtur*' sembra denotare da parte del giurista quasi l'intenzione di voler sfumare, in un certo senso, l'obbligatorietà del principio.

Si pensi ancora ad un testo delle Istituzioni di Giustiniano, dove, nel ribadire che l'imperatore deve rifiutare ogni lascito fatto non secondo le formalità prescritte dal diritto, vengono richiamati Settimio Severo e Caracalla che molto spesso hanno

di), *La lex de imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi. Atti del Convegno Roma 20-22 novembre 2008*, Roma 2009, 219 ss.

rescritto in tal senso con la significativa motivazione, secondo cui *'licet enim legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus'*:

Iust. *Inst.* 2.17.8: Eadem oratione expressit non admissurum se hereditatem eius, qui litis causa principem heredem reliquerit, neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum neque ex nuda voce heredis nomen admissurum neque ex ulla scriptura, cui iuris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum haec divi quoque Severus et Antoninus saepissime rescripserunt: *'licet enim'* inquit *'legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus'*.

Nella medesima direzione di quanto affermato da Paolo e deciso dagli imperatori Settimio Severo e Caracalla si pone anche un provvedimento di Alessandro Severo, richiamato già in precedenza¹⁰⁹, nel quale, sempre in tema di lasciti testamentari effettuati in maniera non regolare, viene ribadita l'importanza del rispetto delle leggi anche da parte dell'imperatore:

CI. 6.23.3 *Idem [Imp. Alexander] A. Antigono*: Ex imperfecto testamento nec imperatorem hereditatem vindicare saepe constitutum est. Licet enim lex imperii sollemnibus iuris imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere. *PP. XI k. Ian. Lupo et Maximo cons.* [a. 232].

Pure sotto questo profilo, dunque, nell'età dei Severi emerge una certa oscillazione poiché, da un lato, tende ad affermarsi l'attività normativa imperiale quale suprema fonte di produzione del diritto, dall'altro, però, questo non vuol dire che l'imperatore sia svincolato dalle leggi ma, almeno sul piano della propaganda ufficiale, deve anch'egli essere rispettoso dell'ordine giuridico esistente.

In conclusione, in base alle testimonianze fin qui esaminate, fermo restando che pure il principe è sottoposto al rispetto delle

¹⁰⁹ Si veda *retro* paragrafo precedente.

leggi, è emerso che la causa principale dell'affermarsi della disciplina del giudizio *contra constitutiones* nella tarda età dei Severi è soprattutto di natura politica, strettamente connessa alla nuova forma di governo nell'ambito della quale si assiste alla progressiva tendenza dell'attività legislativa imperiale a imporsi come il mezzo privilegiato per aggiornare il diritto.

Gli imperatori, pertanto, nel prevedere sia la nullità delle sentenze *contra constitutiones* sia le pene nei confronti del giudice colpevole di non aver applicato le loro direttive, vogliono impedire non solo che queste ultime siano violate ma pure che l'evoluzione dell'ordinamento giuridico possa compiersi anche attraverso l'attività dei giudici, come per certi aspetti si era verificato nei secoli precedenti¹¹⁰.

Da questo punto di vista, dunque, l'età dei Severi risulta in qualche modo essere fondante di temi significativi del tardoantico. Essa, infatti, ha posto le basi della complicata dialettica tra la legge imperiale e l'autonomia dell'organo giudicante, che caratterizzerà i secoli seguenti per poi ripresentarsi in tutta la sua complessità nell'epoca giustiniana. In tale epoca, peraltro, tende ad affermarsi l'idea che solo il legislatore, per ispirazione divina, sia in grado di risolvere, grazie ad un uso lungimirante della sua funzione, ogni problema che il contesto sociale pone: idea, questa, destinata a rivelarsi, già durante lo stesso regno di Giustiano, soltanto un'utopia, ma che ricomparirà più volte nell'esperienza giuridica successiva, sia pure in contesti storici e sistemi processuali molto differenti.

¹¹⁰ Si veda *retro* capitolo primo paragrafi 2 e 3.

FONTI

CICERO		<i>Partitiones oratoriae</i>	
		36.124	139
<i>De inventione</i>			
1.11.14	38		
1.14.19	14	<i>Pro Caecina</i>	
1.30.46ss.	42	24.68	52
1.30.47	42		
1.30.48	41	<i>Pro Cluentio</i>	
2.21.62	38	43.121	20
2.22.65-68	37s.; 42; 48	53.146	18
2.22.68	41; 42	58.159	19
2.45.131	15		
2.45.132	15	<i>Topica</i>	
2.45.133	16	5.28	46
2.45.134	16		
2.47.139	17		
2.48.141	17		
2.54.162	40; 48		
<i>De legibus</i>			
1.6.18	20		
1.6.19	20		
1.15.42	21		
2.5.11	21		
2.9.22	27		
3.19.44	21		
<i>De officiis</i>			
2.14.51	21		
3.10.43	22		
3.10.44	23		
3.29.104	23; 27		
3.31.111	23; 27		
<i>De oratore</i>			
1.31.143	14		
1.57.241s.	53		
2.27.116	34; 47		
<i>In Verrem</i>			
2.3.13.32	139		
		CODEX THEODOSIANUS	
		1.6.9	181
		4.8.9	103
		5.1.2	92
		9.1.9	103
		12.1.2	103
		12.1.146	103
		16.2.25	181
		CONSULTATIO VETERIS CUIUSDAM IURISCONSULTI	
		9.19	103
		COLLATIO LEGUM MOSAICARUM ET ROMANARUM	
		2.5.1	155
		CORPUS IURIS CIVILIS	
		<i>Institutiones</i>	
		2.17.8	197
		4.4.pr.	155
		4.5.pr.	144
		4.5.2	144

<i>Digesta</i>		42.1.1	112
<i>c. Tanta</i>		42.1.4.6	128
11	103	42.1.27	86; 118; 119; 120; 121; 125s.
19	171		
21	171	42.1.32	8; 94; 96; 97; 122
1.2.2.5	50	42.1.33	73
1.2.2.12	194	42.1.41.2	80
1.2.2.49	56	42.1.63	134
1.3.29	152	42.4.7	61
1.3.30	152	44.2.1	133
1.3.31	82s.; 195	44.7.5.4	143
1.3.34	135	46.1.67	156; 161
1.3.38	45; 134	46.1.49.2	103
1.4.1pr.	82; 192s.; 194	46.6.12	103
1.4.1.1	194	46.8.22.2	156
1.5.25	132; 133	46.8.22.4	156
2.14.7.15	103	47.10.1pr.	155
2.14.42	103	47.10.40	103
3.3.46.4	156; 157	47.15.1pr.-1	139
4.2.13	65	47.22.3.1	86
4.4.11.2	83; 86; 90; 91	48.2.7.2	133s.
4.4.22	103	48.7.7	64s.
5.1.15.1	81; 146; 147; 148; 149; 150; 152; 154	48.10.1pr.-3	150; 164s.; 181
		48.10.1.3	150; 157; 168; 169
5.2.17.1	131	48.10.1.4	166; 168
12.2.13.6	180	48.10.1.5-8	167
15.1.50pr.	156; 161	48.10.1.9	167
17.2.52.18	156; 160; 162	48.10.1.10	167
20.1.3.1	156; 161	48.10.1.11	167
20.5.12.1	156; 162	48.10.1.13	168
20.6.13	156; 162	48.10.31	173
21.2.5	156; 161	48.10.33	171; 173
22.5.3.1	69	48.19.9.11	126s.; 128
22.5.3.1-4	72; 106	48.19.28.5	127
22.5.3.2	70; 71	49.1.3.3	189
22.5.3.3	71	49.1.13.1	189
22.5.3.4	72	49.1.14.4pr.	131
24.3.17.2	80	49.1.19	79s.; 86; 113s.; 115; 117; 118; 119; 120; 121; 123
25.3.3pr.	131		
30.50.1	131s.; 156; 161		
30.114.7	103	49.4.1.1-4	89
32.23	196	49.5.6	190
40.7.29.1	156	49.8.1.1	88
42.1	112	49.8.1.2	8; 78; 86; 87s.; 90;

FRONTO

Epistulae ad Marcum Caesarem
1.6.2-3 59s.

GAIUS

Institutiones
1.2 47
1.3 16
1.5 194
1.7 56
3.124 148
4.52 146; 148

GELLIUS

Noctes Atticae
10.10.2 16
14.2.1-25 49
20.1.1-54 25
20.1.7-8 24; 140

HERODIANUS

Ab excessu Divi Marci
2.14.3 177
5.1s. 177
5.6.1 177
5.7.6 177

LEX DUODECIM TABULARUM

2.2 140

LEX IRNITANA

cap. 91 145

MACROBIUS

Saturnalia
3.16.14-16 144s.

NOVELLAE VALENTINIANI

16 170

PAP. ANTINOOPOLIS

1.22r. 145

PAULI SENTENTIAE

1.12.1 174
5.5a.1 110
5.25.1 168; 170
5.25.4 150; 157; 169; 181
5.25.9 174

PLINIUS MINOR

Epistulae
6.31.4-6 63
10.29 63
10.65(71) 172
10.81 63
10.112 63

Panegyricus Traiani
65.1 195

QUINTILIANUS

Institutio oratoria
5.1.1 35
5.2.1 36; 47
5.2.2 36; 47

RHETORICA AD HERENNIUM

2.12.18 31
2.13.19 32; 42; 44; 47
2.13.20 33; 47
2.29.46 33; 47

SCRIPTORES HISTORIAE AUGUSTAE

Vita Carac.
5.7 177

VALERIUS MAXIMUS

Facta et dicta memorabilia
8.2.2 49

AUTORI

- AGNATI U. 5; 6; 95
ALBANESE B. 39; 41; 43; 44
ALPA G. 1; 3
AMARELLI F. 57
AMELOTTI M. 184
AMIRANTE L. 25; 179
ANDO C. 183
APELT H. 77; 90; 97; 102; 124; 128; 159;
182
ARANGIO-RUIZ V. 4; 165
ARCARIA F. 3; 63; 67; 68; 69; 70; 71;
72; 83; 85; 126; 128; 190
ARCHI G.G. 5; 165; 166; 172
ARICÒ ANSELMO G. 39; 43; 46
- BACCARI M.P. 6; 12
BARBATI S. 6; 139; 141
BASSANELLI SOMMARIVA G. 5; 6
BAUMAN R.A. 177
BELLODI ANSALONI A. 15; 18
BETTI E. 57; 132
BIANCHI P. 6; 143; 169
BIANCHINI M. 5
BIONDI B. 25; 80; 107; 115; 124; 186
BISCOTTI B. 188
BLEICKEN J. 5
BONA F. 33; 55; 195
BONINI R. 64; 69; 70; 72; 90; 94; 95;
96; 97
BOTTA F. 165; 166; 172
BOVE L. 38; 39; 42
BRETONE M. 12; 48
BRUTTI M. 12; 44; 51; 52; 60; 69; 77;
78; 125; 129; 154; 155; 160
BUENO SALINAS M. 151; 152
BURDESE A. 24; 28; 38; 39; 43; 81; 139;
146; 147; 148; 154
BUZZACCHI C. 25
- CALAMANDREI P. 75; 79; 80; 81; 90; 92;
93; 94; 96; 115; 126; 127
- CALORE A. 6; 25; 175; 179; 180
CANCELLI F. 29
CANTARELLA E. 37; 48; 49
CANTARONE P. 12
CAPOGROSSI COLOGNESI L. 156; 195
CARDILLI R. 26; 27
CARDONE A. 1
CARUCCI P.L. 46
CASAVOLA F.P. 5; 25
CASCIONE C. 6; 12; 20; 21; 28; 36; 40;
84; 143; 154; 176
CASSESE S. 3
CAVALLA F. 15
CENTOLA D.A. 188
CERAMI P. 11; 18; 20; 21
CERRI D. 3
CERVENCA G. 83; 85; 91
CHERCHI A. 114; 118; 119
COLLINET P. 46
COPPOLA BISAZZA G. 5; 16
CORBINO A. 29
CORBO C. 18; 183
CORCORAN S.J.J. 99
CORIAT J.-P. 107; 109; 111; 112; 184;
190; 193; 195
CRAWFORD M.H. 145
CRIFÒ G. 46
CURSI M.F. 155; 156
- DALLA D. 12
DALLA MASSARA T. 110
D'AMATI L. 122
DAUVILLIER J. 154; 159
DE DOMINICIS M. A. 170
DE FRANCISCI P. 195
DE GIOVANNI L. 2; 6; 107; 164; 169;
171; 177; 183; 184; 195
DE KONINCK C. 143
DE MARINI AVONZO F. 35
DE MARTINO F. 142; 143; 146; 149; 150;
177

- DE ROBERTIS F. M. 75; 77; 126; 128;
 165; 166; 175;
 DI CHIARA G. 21
 DILIBERTO O. 25
 DI PINTO L. 107
 D'IPPOLITO F.M. 12
 DI RENZO VILLATA M.G. 6; 29
 DIRKSEN H.E. 41; 51; 155
 DONATI F. 1
 DONISI C. 2
 D'ORS A. 143; 145; 170
 D'ORTA M. 20

 ERNOUT A. 25

 FALCONE G. 20; 22; 30
 FASCIONE L. 151
 FERCIA R. 131; 143; 146; 147; 148; 153;
 159; 160; 161
 FERRARY J.-L. 5
 FINO M.A. 131
 FIORI R. 22; 26
 FORNASARI G. 141
 FORZA A. 1
 FRANCHINI L. 111
 FUENTESECA DEGENEFTE M. 139

 GAGLIARDI L. 48; 49; 139; 145
 GALEOTTI S. 3
 GALLO F. 1; 4; 32; 38; 55; 135; 195
 GAROFALO L. 25; 26; 27; 29; 30; 60; 76;
 111; 129; 131; 132; 139; 143; 154; 188
 GERMINO E. 40; 143
 GIARO T. 22
 GIGLIO S. 57
 GIMÉNEZ CANDELA T. 149
 GIOFFREDI C. 181
 GIOMARO A. M. 6
 GIUFFRÈ V. 6; 17; 49; 63; 140; 165
 GIUNTI P. 3; 50
 GIUSTO M. 143
 GÓMEZ-IGLESIAS A. 145
 GONZÁLEZ J. 145
 GORIA F. 6; 193

 GORLA G. 3
 GRANT M. 107
 GRISOLIA M.C. 1
 GROSSI P. 2
 GUARINO A. 37; 67; 81; 165; 188
 GUASCO A. 57
 GUERRA M.A. 28
 GUIDA G. 30; 31; 32; 35; 38; 46; 135

 HACKL K. 76
 HARRER G.A. 30
 HOFMANN J.B. 151
 HONORÉ T. 117

 JOLOWICZ H.F. 30

 KASER M. 30; 32; 34; 38; 46; 50; 76;
 135; 151
 KELLY J.M. 159
 KOFANOV L. 51
 KOHLER J. 182
 KOSCHAKER P. 90
 KRÜGER P. 151; 180

 LABRUNA L. 1
 LAMBERTI F. 24; 145; 151
 LAMBERTINI R. 95; 143; 157; 164; 165;
 169; 175
 LANZA C. 3
 LAURIA M. 75; 77; 79; 80; 82; 83; 85;
 88; 89; 90; 99; 101; 114; 115; 129
 LEMOSSE M. 57; 159
 LENEL O. 148
 LEVI M.A. 60; 61
 LEVY E. 94; 169
 LÉVY J.PH. 36
 LICANDRO O. 6; 140
 LIPARI N. 2, 4
 LITEWSKI W. 78; 90; 97; 105; 121; 125
 LIVA S. 122
 LOKIN J.H. A. 5
 LOMBARDI G. 39; 135
 LOMBARDI L. 26
 LOVATO A. 11; 22; 26; 27; 124

- LUCHETTI G. 3; 12; 30; 33; 34; 46; 135
 LUCREZI F. 3; 193; 194; 195
 LUISI N.D. 141
 LUZZATTO G.I. 57; 124

 MACCORMACK G. 95; 139; 153; 169
 MAGDALEIN A. 5
 MANNA L. 26; 27; 28; 49; 132; 133
 MANNINO V. 11
 MANTOVANI D. 145
 MARAZZI M. 3
 MARIANI MARINI A. 3; 15
 MAROTTA V. 3; 12; 50; 57; 59; 60; 63;
 68; 183; 184; 193
 MARRONE M. 30; 55; 95; 107; 131; 135;
 154; 159; 160; 187
 MASI A. 78
 MASI DORIA C. 6; 20; 21; 26; 36; 40;
 49; 84; 132; 134; 140; 143; 154; 176
 MASIELLO T. 39; 43; 44; 91
 MASSETTO G.P. 93
 MATINO G. 6
 MATTIOLI F. 143
 MEILLET A. 25
 MÉLÈZE MODRZEJEWSKI J. 183
 MENEGON G. 1
 MENGONI L. 3
 MEROLA G.D. 57
 METZGER E. 30
 MICELI M. 21; 36
 MIGLIARDI ZINGALE L. 184
 MIGLIETTA M. 22; 195
 MILAZZO A. 154; 155; 159; 160
 MILAZZO F. 12; 46; 48
 MOLÈ M. 31; 125
 MOLLÁ NEBOT M.A.S. 139; 155
 MOMMSEN TH. 114
 MURILLO VILLAR A. 88; 99; 115; 118;
 119; 187
 MUSCHELER K. 140
 MUSUMECI F. 84

 NASTI F. 76; 83; 84; 88; 99; 107; 165;
 166; 171; 173; 174; 175; 180

 NEGRI G. 48
 NICOSIA G. 29; 57
 NITSCH C. 1
 NÖRR D. 47; 88

 ORESTANO R. 57; 76; 80; 82; 88; 92;
 95; 96; 101; 107; 108; 111; 112; 113;
 114; 115; 121; 123; 125; 190

 PALAZZOLO N. 67; 69; 72; 83; 85
 PALMA A. 1; 12; 46; 49; 56; 59; 132;
 135; 183; 186; 188
 PANI M. 27
 PAPA G. 154
 PERGAMI F. 6; 76; 78; 88; 95; 99; 101;
 121; 125; 190
 PETITO A. 143
 PIAZZA M.P. 165; 171; 172; 173
 PIETRINI S. 164
 PIRO I. 82
 PLATSCHEK J. 22
 POLARA G. 58; 186
 PROCCHI F. 3
 PROVERA G. 30; 32; 55; 136
 PUGLIESE G. 17; 36; 41; 57; 71; 76; 79;
 80; 99; 103; 104; 106; 107; 109; 111;
 131; 132; 133; 154; 157; 158; 159;
 160; 163; 165; 188
 PULIATTI S. 5; 6; 25; 28; 37; 49; 63; 69;
 70; 72; 73; 95; 124; 135; 136; 141;
 172; 193
 PURPURA G. 30

 QUADRATO E. 5; 28

 RAGGI L. 76; 77; 80; 82; 83; 85; 87; 88;
 95; 100; 114 s.; 116; 118; 119; 125
 RAMPAZZO N. 22; 24; 29; 139
 RIZZI M. 59; 60; 65; 188; 194
 ROSBOCH M. 78; 93; 101
 ROSSARO S. 25
 ROSSETTI G. 155
 ROTONDI G. 5; 151; 165
 RUMIATI R. 1

- RUSSO RUGGERI C. 6
 SALDUTTI V. 3
 SALOMONE A. 40; 43; 44; 46; 135; 154; 160
 SANGUINETTI A. 5
 SANTALUCIA B. 17; 75; 127; 140; 165; 169; 176; 178
 SARGENTI M. 62; 98; 195
 SATTA S. 1
 SCAPINI N. 187
 SCARSELLI G. 88
 SCEVOLA R. 24; 25; 139; 140; 143; 144; 145; 146; 147; 150; 151; 152; 153; 154; 155; 159; 160
 SCHIAVO S. 165; 172; 174
 SCHIAVONE A. 11; 12; 37; 46; 59; 60; 61; 165; 183; 184; 193
 SCHULZ F. 4
 SCIORTINO S. 173
 SCIUTO P. 87; 125; 129
 SCOGNAMIGLIO M. 14; 17; 46; 135
 SERRAO F. 5; 20
 SILVESTRI G. 4
 SIMONETTI C. 3
 SITZIA F. 6
 SKŘEJPEK M. 36
 SOLAZZI S. 90
 SOLIDORO MARUOTTI L. 13; 124; 176
 SORACI R. 76; 99; 107; 141; 175; 181
 SPAGNUOLO VIGORITA T. 59; 60; 62; 63; 68; 183
 STARACE P. 30; 31; 32; 38; 46; 49; 51; 52; 53
 STOLFI E. 3; 11; 12; 15; 25; 37; 50
 STOLTE B.H. 5
 STORTI C. 2
 STRACHAN-DAVIDSON J.L. 30
 TALAMANCA M. 11; 12; 47; 78; 82; 156
 TAMBURI F. 60
 TARLI BARBIERI G. 1
 TARUFFO M. 1; 3
 TASSI SCANDONE E. 195
 TONDO S. 48; 51
 TORRENT A. 118; 119; 145; 183
 TRIANTAPHYLLOPOULOS J. 35
 TRIGGIANO A. 60
 TUCCILLO F. 140
 TUZOV D. 76; 78 s.; 83; 85; 87; 88; 90; 92; 95; 96; 97; 99; 101; 102; 105; 114; 116; 119; 125; 129; 131
 VACCA L. 3; 11; 30; 31; 32; 33; 34; 36; 38; 40; 44; 45; 46; 47; 51; 60; 135
 VALDITARA G. 1; 4; 5; 16
 VASSALLI F. 75; 88; 90; 92; 93; 101; 114; 115; 118; 119; 126; 127
 VÉGH Z. 30; 39
 VENTURINI C. 24; 139; 141
 VERDE G. 1
 VIARENGO G. 5; 88; 89; 90; 117
 VINCENTI U. 3; 13; 15; 30; 34; 36; 38; 40; 41; 46; 51; 54; 60; 69; 72; 135
 VISKY K. 187
 VITTORIA C. 118; 119
 VOCI P. 13; 60
 WACKE A. 22; 132
 WALDE A. 151
 WENGER L. 107
 WOLF J.G. 145
 ZABŁOCKI J. 49
 ZAGREBELSKY G. 1
 ZILLETTI U. 69; 70; 71; 72
 ZUCCOTTI F. 25

INDICE

<i>Introduzione</i>	pag.	1
---------------------------	------	---

CAPITOLO PRIMO

Il valore delle sentenze e la funzione del giudice tra repubblica e principato

1. Premessa	»	11
2. Il giudice e la legge: spunti di riflessione in alcuni passi di Cicerone	»	14
3. Il problema del valore delle sentenze nelle testimonianze retoriche	»	29
4. Brevi osservazioni sul rapporto tra il <i>responsum</i> ed il <i>iudicatum</i>	»	48
5. Il giudice nel nuovo assetto del principato ed il ruolo dei <i>decreta principis</i>	»	55

CAPITOLO SECONDO

Le sentenze contra constitutiones. Aspetti problematici dell'invalidità delle decisioni giudiziali nell'età severiana

1. Riflessioni introduttive	»	75
2. D. 49.8.1.2: Macro e la bipartizione ' <i>contra ius constitutionis</i> ' – ' <i>contra ius litigatoris</i> '	»	87
3. D. 42.1.32: Callistrato e l'errore di sussunzione	»	94
4. CI. 7.64.2: Alessandro Severo e la ' <i>sententia contra tam manifesti iuris formam data</i> '	»	98
5. Provvedimenti di Alessandro Severo a tutela del valore del giudicato	»	106
6. D. 49.1.19: Modestino e la ' <i>sententia expressim contra iuris rigorem data</i> '	»	113
7. Nullità delle sentenze <i>contra constitutiones</i> ed appello	»	121
8. Alcune massime a favore del giudicato	»	130

CAPITOLO TERZO

La disciplina sanzionatoria a carico del giudice che decide contra constitutiones

1. Osservazioni preliminari	»	139
2. Il <i>iudex qui litem suam fecerit</i>	»	142

3. <i>L'iniuria iudicis</i>	pag. 154
4. Il regime punitivo del giudice che si pronuncia <i>contra constitutiones</i> tra <i>crimen falsi</i> e <i>crimen maiestatis</i>	» 164
5. Profili causali della disciplina in tema di giudizio <i>contra constitutiones</i>	» 181
<i>Fonti</i>	» 199
<i>Autori</i>	» 203

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

1. LUCIO DE GIOVANNI - CARMINE DONISI (a cura di), *Convergenza dei saperi e prospettive dell'umano*, 2015, pp. XII-292.
2. ROSA CASILLO, *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, 2016, pp. XVI-360.
3. STEFANIA TORRE (a cura di), *Il diritto incontra la letteratura*, 2017, pp. XVIII-154.
4. DONATO ANTONIO CENTOLA, *Contra constitutiones iudicare. Alle origini di una dialettica nell'età dei Severi*, 2017, pp. IV-212.



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di ottobre dell'anno 2017
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: www.edizioniesi.it

