



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Roberto Scevola

**Osservazioni sulla venalità del *iudex privatus*.
Rileggendo Carlo Venturini**

Numero XIV Anno 2021
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Osservazioni sulla venalità del *iudex privatus*. Rileggendo Carlo Venturini

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Corruzione giudiziale: configurabilità e disciplina – 2.1. Le ragioni favorevoli all'ipotesi di collocazione del precetto nella Tab. 2 – 2.2. Le logiche proclivi al possibile inserimento della prescrizione nella Tab. 8 – 2.3. *Crimen repetundarum* come titolo di reato per *iudices privati*: una qualificazione tormentata – 2.4. Sull'eventuale collegamento tra persecuzione pubblica del giudice venale e *litem suam facere* – 3. Sentenza emessa *cum dolo malo in fraudem legis* (Ulp. 21[23] *ad ed.* D. 5.1.15.1) e presunta corruzione del giudice – 3.1. Sui segni di evidenziazione del dolo: in specie, il lemma 'sordes' – 4. Epilogo.

1. Premessa

A vergare le pagine che seguono mi spinge non soltanto l'interesse per il tema, di cui mi sono occupato originariamente in lavori da cui ci separano vari lustri, ma anche il confronto diretto che ebbi con Carlo Venturini, sia durante la discussione della tesi di dottorato sia dopo la pubblicazione della monografia intesa a perfezionarne i contenuti¹. A

* Contributo redatto originariamente per gli atti relativi alla *Giornata di studio in ricordo di Carlo Venturini* (Padova, Palazzo Bo, 20 gennaio 2017), in corso di preparazione.

¹ Alludo a R. SCEVOLA, *La responsabilità del 'iudex privatus'*, Milano, 2004, 18 ss.; v. inoltre ID., *L'applicazione del diritto nei processi privati: modello romano e realtà locali in età imperiale. Il caso del 'litem suam facere'*, in *Pluralidad e integración en el mundo romano*, editor F.J. Navarro, Pamplona, 2010, 357 ss.; *In margine al 'litem suam facere' in età postclassica e giustiniana*, in *SDHI*, 79.1, 2013, 423 ss.; *Origini, regimi e sanzioni del 'litem suam facere'*, in *'Crimina' e 'delicta'. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2019, 391 ss.

fronte di molte, cordiali espressioni di ringraziamento ricevute a seguito dell’invio in omaggio del citato volume, lo studioso livornese – noto per il suo proverbiale calore umano e la straordinaria attenzione per la crescita dei ‘giovani’ – mi recapitò una lunga lettera, in cui analizzava partitamente il lavoro e offriva la sua disponibilità per l’approfondimento di alcuni problemi ancora suscettibili di dibattito. Alla responsabilità del giudice romano Venturini avrebbe poi dedicato una relazione nell’ambito del convegno della Società Italiana di Storia del Diritto, svoltosi a Foggia il 13 novembre 2008, i cui contenuti sarebbero comunque rimasti inediti sino al 2013², sebbene alcuni aspetti fossero già stati trattati in precedenza all’interno di un agile libretto³ steso, in lingua spagnola, con Margarita Fuenteseca Degeneffe. Nel ripercorrere brevemente gli itinerari che il maestro toscano aveva delineato sull’argomento, forte di una robusta conoscenza tanto delle strutture giuridiche quanto delle circostanze storiche, mi sovengono la dolcezza e l’intensità con cui in ogni occasione egli descriveva i profondi legami intessuti con la scuola padovana, alla quale avvertiva una prossimità proiettata ben oltre l’ambito meramente scientifico.

Nei contributi riservati alla responsabilità del *index privatus*, Carlo Venturini si è occupato in particolare delle condotte idonee (o meno) a integrare il *litem suam facere*, soffermandosi preliminarmente sulla venalità del giudice, onde poi trascorrere a casi dai quali le fonti ricavavano la nascita di un’obbligazione *quasi ex delicto*: è dunque giunto il momento di verificare – riflettendo sulle problematiche sorte nell’ambito di questi argomenti – la perdurante validità dei suggerimenti formulati e delle soluzioni prospettate dallo studioso.

² C. VENTURINI, *La responsabilità del giudice nell’età classica, tra negligenza e corruzione*, in *Index*, 41, 2013, 455 ss., ora in ID., *Scritti di diritto penale romano*, a cura di F. Procchi e C. Terreni, I, Padova, 2015, 663 ss.

³ C. VENTURINI, M. FUENTESECA DEGENEFFE, *El juez en Roma: funciones y responsabilidad*, Madrid, 2010, 11 ss.

2. Corruzione giudiziale: configurabilità e disciplina

Il caso del *iudex arbiterve* corrotto è illustrato originariamente da

Gell. noct. Att. 20.1.7-8: 7. *Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? Nisiduram 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 servitatem tradit, nocturnum autem furem ius occidenti tribuit.* 8. *Dic enim, quaeso, dic, vir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia divina atque humana iniuriandum suum pecunia vendentis aut furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam violentiam non dignam esse capitis poena existumes?*

Si tratta della famosa *disceptatio*, risalente al II secolo d.C., tra il giurista Sesto Cecilio Africano e il filosofo Favorino di Arelate in ordine alle leggi decemvirali, lodate dal primo per la proporzionalità fra durezza delle sanzioni e riprovevolezza delle condotte, ma biasimate come crudeli e a tratti incomprensibili dal secondo⁴. Indipendentemente dagli aspetti relativi alla funzione della pena, alla cui analisi la discussione descritta da Gellio apre la strada, vengono considerate tre fattispecie, ossia la corruzione del giudice/arbitro, il furto manifesto e quello notturno, alle quali conseguirebbero, rispettivamente, la *poena capitis*, la riduzione *in servitatem* (o l'*addictio*) e il *ius occidendi*: la congruità della prima viene giustificata dalla *perfidia* del soggetto giudicante, che contravviene per denaro al (letteralmente, 'vende il') proprio giuramento, in spregio a tutte le prescrizioni divine e umane. Seppure tradizionalmente attribuito alla legislazione decemvirale e posizionato nella Tab. 9.3, il passaggio '*legem ... quae iudicem arbitrumve - poenitur*' ha sollevato perplessità (invero superabili) in ordine a sostanza e a collocazione.

⁴ Cfr., da ultimo, A. MANNI, *'Mors omnia solvit'. La morte del 'reus' nel processo criminale romano*², Napoli, 2013, 79 ss. (con bibliografia); ID., *'Poena constituitur in emendationem hominum'*. *Alle origini di una riflessione giurisprudenziale sulla pena*, Napoli, 2017, 89 ss.

Circa il primo aspetto, si è contestata da parte della dottrina risalente – con rari, benché autorevoli, agganci in quella recenziore⁵ – l'affidabilità diacronica del riferimento all'*iudex arbiterve*, sebbene, come osservato da Venturini, esso possa «ben spiegarsi considerando che, verosimilmente, fu introdotta proprio dalle XII Tavole la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*»⁶; inoltre, si è reputata un fuor d'opera l'espressione *ob rem dicendam pecuniam accipere*, in cui (si proceda o meno all'emendazione diretta) *dicendam* viene inteso come *iudicandam*, la cui formulazione risulterebbe estranea al linguaggio arcaico. Sul punto, va rammentato che, «nel resoconto gelliano, Sesto Cecilio non afferma affatto di riferire la lettera del testo decemvirale, ma si limita al richiamo di una norma», ragion per cui «non appare scandaloso ... l'uso da parte sua di una terminologia modernizzante per indicare il semplice fatto dell'intervenuto arricchimento del giudice corrotto»⁷. A fronte, poi,

⁵ Cfr. F. LAMBERTI, *Riflessioni in tema di 'litem suam facere'*, in *Labeo*, 36, 1990, 221, ad avviso della quale «la disposizione originaria (se realmente esistita) doveva avere più verosimilmente riguardo alla corruzione di chi 'giudicava' in 'materia penale'», dato che «alcune formulazioni normative del II-I sec. a.C., relative al processo delle *questiones*, parleranno di '*ob rem iudicandam pecuniam accipere*' a proposito di *iudices* appartenenti a giurie criminali». Tuttavia, se così fosse stato, sapendo che i responsabili dei processi criminali all'epoca delle XII Tavole erano con buona probabilità i sommi magistrati repubblicani – e altresì ricordando come ad essi si attribuisse anche la qualifica di *iudex* (Cic. *de leg.* 3.3.8; Liv. 3.55.12; Varr. *ling.* 6.88) –, allora «sarebbero state sconvolte molte convinzioni della romanistica moderna in ordine a *imperium-coercitio*, irresponsabilità del *magistratus*, tutela del *caput civis*, *provocatio*» (p. 222).

⁶ C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 456; del tutto conforme M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables. Edition et commentaire*, Paris, 2018, 683, secondo cui i termini impiegati per designare l'autore dell'illecito «visent nécessairement (mais peut-être pas exclusivement) le *iudex privatus* désigné par le magistrat (*in iure datus*) dans une instance privée», con richiamo ad A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in *RIDA*, 27, 1980, 275 ss., ora in ID., *Ius Imperium Auctoritas. Études de droit romain*, Roma, 1990, 648 ss. e ad A. BURDESE, *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano*, in *Fraterna munera. Studi in onore di L. Amirante*, Salerno, 1998, 58.

⁷ C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 456, con riferimento a R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 44, secondo cui «non va sottovalutata l'attenzione dell'autore [Aulo Gellio] al dato semantico e filologico che, pur nel contesto di un'opera non giuridica, costituisce elemento di sufficiente affidamento; pur dovendosi presupporre che la terminologia gelliana rifletteva l'uso corrente nel II secolo d.C., il sostrato concettuale

dell'opinione serbata da quanti circoscrivevano l'applicazione della regola a processi nei quali il cittadino fosse passibile di pena capitale o di riduzione in schiavitù, essa non avrebbe meritato accoglimento «essendo più plausibile supporre che la sanzione prescindesse dal tipo di controversia della quale il giudice era investito, anche in considerazione del fatto che, a quanto ci consta, le sanzioni capitali erano, all'epoca, riservate ai supremi magistrati ed ai comizi»⁸.

Riguardo al secondo aspetto, la sistemazione della legge nella Tab. 9.3⁹ ha suscitato perplessità, sfociate nella formulazione di ipotesi alternative, a tenore delle quali essa avrebbe rinvenuto una sede più idonea – malgrado la peculiare prospettazione di Crawford¹⁰ – nella

degli argomenti trattati non sembra deporre per la scarsa aderenza dei medesimi al loro contenuto autentico». Obiettava F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 221, che «forse il dettato legislativo, oltre tutto redatto, per dirla con Sesto Cecilio, *'absoluta brevitate verborum'* [Gell. *noct. Att.* 20.1.4], era stato interpretato nel tempo come riferentesi anche ai giudici civili».

⁸ C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 457.

⁹ La collocazione nella Tab. 9.3 si deve a I. GOTHOFREDUS, *Fragmenta XII. Tabularum, suis nunc prima tabulis restituta: probationibus. Notis et indice munita*, Heidelberg, 1616, 182, poi seguito da *Legis Duodecim tabularum reliquiae*, edidit R. Schoell, Lipsiae, 1866, 152 e da M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie-Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, Leipzig, 1883, 815. Sul punto, O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII tavole*, I, Cagliari, 1992, 370, ha osservato come la *communis opinio* formatasi sulla scia della dottrina risalente a Gotofredo, collocando la norma nella tavola dedicata al diritto pubblico e ai giudizi capitali, esplicita «una scelta dettata, ancora una volta, da concezioni codificatorie e classificatorie moderne, non fondata su elementi testuali che potessero, in qualche modo, suffragarla».

¹⁰ Cfr. *Roman Statutes*, edited by M.H. Crawford, II, London, 1996, 613, in cui lo studioso britannico – ricollocata l'intera sequenza desumibile dal passo gelliano – sposta la *lex* relativa al giudice corrotto in Tab. 1.19f (v. C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 456 e nt. 7), ma, poi, ne tratta a proposito della Tab. 8 (p. 692) e della Tab. 9, menzionando come *testimonium* Cic. *de off.* 3.111: *Nullum enim vinculum ad astringendam fidem iure iurando maiores artius esse voluerunt. Id indicant leges in duodecim tabulis, indicant sacraetae, indicant foedera, quibus etiam cum hoste devincitur fides, indicant notiones animadversiones censorum, qui nulla de re diligentius quam de iure iurando indicabant*. Seguendo Crawford (p. 701), «if we are right about the content of Tabula IX, 1-2, we would wish to see Tabula IX, 3, as punishing a man who contravened Tabula IX, 1; and we would see much of what Gellius says as the result of juristic interpretation»; conseguentemente, poiché il

seconda o nell’ottava tavola: il problema non è puramente palinogenetico, in quanto la verosimile individuazione del contesto originario in cui compariva la *lex* si sarebbe riflessa sulle questioni relative alla struttura della fattispecie. Secondo Venturini, «la pena capitale di cui si è fatta parola è da identificarsi in una *sacratio capitis*, giustificata dall’inosservanza del giuramento che lo *iudex* e l’*arbiter* erano tenuti a prestare»¹¹, sì da scorgere nel § 8 di Gell. *noct. Att.* 20.1 (*iudicis illius perfidiam contra omnia divina atque humana iusiurandum suum pecunia vendentis ... non dignam esse*

precetto conterrebbe la sanzione per le violazioni delle norme *de capite civis*, «the nature of the evidence does not allow us to trace a direct link between this clause and the later crime of corruption in a *quaestio* or the crime of the judge *qui litem suam facit*» (analogamente, *Das Zwölfjahresgesetz*, herausgegeben, übersetzt und kommentiert von D. Flach, Darmstadt, 2004, 62, 144, 217; *contra*, M. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, in ‘*XII Tabulae*’, II, testo e commento a cura di M.F. Cursi, Napoli, 2018, 504 s., nt. 183, secondo cui, oltre allo scetticismo per il rapporto di consequenzialità instaurato da Crawford fra Tab. 9.1 e 9.3, sarebbe opportuno «riportare il testo ciceroniano alla sua corretta dimensione», vale a dire quella già identificata da O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 400, nt. 1202, per il quale «nelle XII Tavole non vi era alcun vincolo più forte del giuramento». Peraltro, che il passo dell’Arpinate non si collegasse indubitabilmente a Tab. 9.3 era supposto in *Legis Duodecim tabularum reliquiae*, edidit R. Schoell, cit., 164, laddove in ipotesi si recuperava l’attribuzione dirkseniana a Tab. 8.23; in S. RICCOBONO, *Leges*, in FIRA, I², Firenze, 1941, 74 e, infine, in *Ley de las XII Tables*³. Estudio preliminar, traducción y observaciones de C. Rascón García y J.M. García González, Madrid, 2003, 38.

¹¹ C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 457, che richiama espressamente il punto di vista espresso in precedenza da R. FIORI, ‘*Homo sacer*’. *Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 220, anche alla luce di Plin. *paneg.* 6.43: *ille iravit ... explanavitque verbum, quibus caput suum, domum suam, si scierent sefellisset, deorum irae consecraret* (riferentesi, tuttavia, al magistrato che si accinge ad assumere la carica). Alla luce delle testimonianze disponibili «parrebbe dunque potersi ricavare il ricorso, previsto da leggi o ammesso per via di prassi, a giuramenti giudiziali», da effettuare «sia al momento della immissione negli albi apposti, sia al momento della assunzione della veste di giudice nello specifico giudizio, sia infine in momenti successivi anteriormente all’emanazione della sentenza» (così A. BURDESE, *In margine alla responsabilità*, cit., 63 e ntt. 37-39; analogamente, L. MANNA, *La facoltà del giudice di ‘iurare rem sibi non liquere’*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, 565 s. e ntt. 132-135 [con bibliografia], secondo la quale, in ogni caso, non potevano esservi dubbi «sul fatto che dall’assunzione dell’*officium iudicis* discendesse l’obbligo di prestare giuramento»).

capitis poena existumes?) la *ratio* della sanzione inflitta al *iudex arbiterve* corrotto, rilevabile dal § 7.

2.1. Le ragioni favorevoli all’ipotesi di collocazione del precetto nella Tab. 2

L’orientamento incline al rinvenimento della *sedes* nella Tab. 2 – a contenuto processuale – comporta un ‘taglio netto’ fra i due paragrafi gelliani, mentre, riconoscendo valore all’intrecciarsi dei medesimi, il posizionamento adeguato coinciderebbe con la Tab. 8: il problema, in sé cruciale, va esaminato partitamente, attingendo alle riflessioni di Oliviero Diliberto e di Massimo Miglietta, i quali hanno configurato in forma compiuta le argomentazioni favorevoli alla natura processuale della fattispecie.

Diliberto ha rilevato come la sequenza gelliana sia inattendibile sotto diversi profili, avendo innanzitutto riguardo al rapporto tra giudice corrotto¹² e fattispecie presentate in successione, vale a dire *furtum manifestum* e *fur nocturnus*: «poiché sappiamo che il *furtum* (sulla base di dati fondati essenzialmente, anche se non solo, sull’analisi dei commenti alle XII Tavole) si trovava collocato presumibilmente in una delle prime tavole del codice, se la sequenza si rivelasse affidabile, dovremmo concludere nel senso che la corruzione del giudice o dell’*arbitr* andrebbe collocata prima del *furtum* e, dunque, anch’essa nell’ambito della materia processuale»¹³. Trattandosi dell’unico passo dal quale si evince la pena capitale per il *iudex arbiterve* corrotto, la sua valutazione risulta delicata e lo studioso, tenendo correttamente conto di ciò, faceva notare come la sua argomentazione non fosse decisiva per escludere che l’ordine gelliano ricalcasse esattamente la successione ricavabile dal testo decemvirale; tuttavia, secondo Diliberto, lo sviluppo della sequenza di citazioni di Sesto Cecilio sembra carente di linearità, in quanto tale

¹² Per la qualificazione, preferibile a ‘corruzione del giudice’, cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 21; M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in *Forme di responsabilità in età decemvirale*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e M.F. Corsi, Napoli, 2008, 64; M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 503 e nt. 174.

¹³ O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 371.

successione di norme «non è strutturata né in modo che esse vengano proposte al lettore con un crescendo di severità, né in maniera che le pene in essa previste si succedano tra loro in modo uniforme»¹⁴. In sostanza la sequenza medesima, ammissibile sul piano retorico nel quadro della *disceptatio* tra Favorino e Sesto Cecilio, non deporrebbe tuttavia per la contiguità palinogenetica delle norme indicate nella legislazione duodecintabulare: a sostegno della collocazione nella Tab. 2 viene addotta un'argomentazione di ordine testuale, affiancata da alcune ragioni di carattere sistematico.

In primo luogo, la dottrina potrebbe avere sottovalutato come «l'espressione impiegata da Gellio per citare la norma in esame riecheggia in maniera evidente terminologie squisitamente processuali (*iudicem arbitrum iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse conuictus est, capite poenitur*) che sembrano connesse, in particolare, alla formula della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*», ascritta dai moderni editori alla seconda tavola del codice¹⁵.

In secondo luogo, pur volendo accedere alla controversa ipotesi secondo la quale i decemviri avrebbero chiaramente distinto il diritto privato da quello criminale e concentrato quest'ultimo in alcune tavole apposite¹⁶, la sistemazione proposta da Schöll si presterebbe ad alcune obiezioni di più ampio respiro. Essa, infatti, non si giustificherebbe «né sotto il profilo della condanna capitale (che altrimenti vi avrebbero dovuto ricomprendere non poche altre disposizioni che prevedevano la medesima pena), né sotto un profilo, per così dire, strettamente

¹⁴ O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 373.

¹⁵ Così O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 374; cfr. sul punto, *ex plurimis*, G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zur Officium des römischen Recht*, Köln-Graz, 1958, 10; M. KASER, *Zur Formproblem der 'litis contestatio'*, in *ZSS*, 84, 1967, 27; O. BEHERENDS, *Der Zwölfstafelprozess*, Göttingen, 1974, 49; F. HORAK, *Kreditvertrag und Kreditprozeß in den Zwölfstafeln*, *Recensione* a O. BEHERENDS, *Der Zwölfstafelprozess*, cit., in *ZSS*, 93, 1976, 272 s.

¹⁶ Il rigetto dell'ipotesi, propugnata da O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 374 s., era già stato oggetto di riflessione – altrettanto negativa – da parte di A. GUARINO, *Il dubbio contenuto pubblicistico delle XII Tavole*, in *Labeo*, 34, 1988, 333 s., che aveva poi ribadito il suo punto di vista all'interno di ID., *Cicerone come e quando*, in *Labeo*, 36, 1990, 267, nt. 4.

‘pubblicistico’, del quale non si capirebbe il motivo, trattandosi – nel caso di *iudex* o di *arbiter* – di ipotesi relative al processo»¹⁷. Non parrebbe infondato, per Diliberto, «pensare che le norme concernenti la corruzione di coloro che erano preposti a dirimere le controversie tra privati fossero collocate insieme a quelle che prevedevano, appunto, la disciplina delle controversie medesime»¹⁸.

La *copia arguementorum* esibita dallo studioso italiano è stata ulteriormente arricchita, di recente, per effetto di acute osservazioni proposte da Miglietta, il quale assume la prospettiva secondo cui nel testo decemvirale non vi sarebbe stata un’apposita disciplina del diritto criminale e penale, di cui darebbero conto (nelle tavole 8 [o 7] e 9) le restituzioni tradizionali moderne¹⁹. Dunque, oltre a essere stato collocato

¹⁷ O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 375. Rimonta a TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 668 s., l’opinione secondo cui la falsa testimonianza («das falsche Zeugniß»), la corruzione del giudice («die Bestechung im Gerichtsverfahren») ed il mercimonio di voti elettorali («die Erkaufung der Stimmen bei der Volkswahl») avrebbero comportato l’irrogazione della pena capitale all’esito di un processo privato: «von diesen Capitalprozessen gehört sicher der erste, wahrscheinlich auch die beiden anderen dem Privatverfahren an». Tale inquadramento venne giustificato dallo studioso tedesco adducendo tre ragioni caratterizzanti: «Nicht der Magistrat schreiet dagegen ein, sondern der verletzte Bürger klagt, wie bei dem Diebstahl, bei dem Prätor; die Entscheidung steht nicht bei der Bürgerschaft, sondern bei dem Geschwornen; die Execution vollstreckt nicht der Magistrat, sondern der siegreiche Kläger». In seguito A. GUARINO, *Il dubbio contenuto pubblicistico*, cit., 334, ha riesaminato il nucleo concettuale ascrivibile al Mommsen, giudicando «più che probabile che [la corruzione giudiziale] fosse un’ipotesi di illecito privato, andasse accostato alla fattispecie della Tab. 8.23 e si risolvesse del pari con la *praecipitatio e saxo*».

¹⁸ O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 375.

¹⁹ M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 481 s., secondo cui, «la *lex XII Tabularum*, al contrario, più realisticamente potrebbe avere serbato una serie di norme sanzionatorie (correlate, comprensibilmente, ad altre che potremmo definire di natura procedimentale [9.1-2, 9.4] o finalizzate a garantire l’ordinato esercizio dell’attività giudicante [2.3, 8.23, 9.3 e 12.4], o, ancora, la sicurezza della *civitas* [9.5], raccolte unitariamente nella ‘usuale’ Tab. 9) introdotte quale forma di reazione al pregiudizio arrecato a situazioni di fatto o di diritto, e alla compromissione di rapporti sostanziali in altri àmbiti dell’ordinamento romano arcaico».

arbitrariamente nella posizione assegnatagli da Schöll²⁰, il precetto non potrebbe stare neppure accanto a Tab. 8.21 e 8.23, in tema di frode del patrono nei confronti del cliente e di falsa testimonianza: nonostante, secondo l'autore, «sia condivisibile l'opinione di chi – per quanto riguarda queste ultime fattispecie – vi ha ravvisato l'elemento unificatore 'sostanziale' nella violazione della *fides*»²¹, risulta più coerente ascrivere il tema del «giudice che abbia acconsentito a essere corrotto»²² alla Tavola sulla materia processuale, in cui comparirebbe come 2.2b²³. Se si considera la rottura della medesima *fides* attinente alla «categoria della violazione dei rapporti interpersonali», l'inserimento in quest'ultima della persecuzione del *iudex arbiterve* corrotto determinerebbe un certo attrito, che, di contro, non si verificherebbe attribuendo la fattispecie «al più ampio campo della tutela 'del supremo interesse dei cittadini all'inviolabilità della giustizia', ossia all'ordinato esercizio della stessa, attraverso lo strumento del processo»²⁴. Se ne trarrebbe conferma dal fatto che la norma avrebbe perseguito «il giudice fattosi corrompere, e non già l'atto del subornare lo stesso da parte dell'attore, del convenuto o del reo»²⁵, in modo da scorgere l'ambito di applicazione della *lex* non

²⁰ Anticipando la trattazione della *lex* attribuita a 9.3 si otterrebbe, effettivamente, una scansione della nona tavola nel suo complesso più coerente sul versante tematico, in quanto il precetto versato in 9.2 (*'de capite civis rogari nisi maximo comitiatu vetat'*, estratto da Cic. *de leg.* 3.44) sarebbe seguito dalla norma relativa ai *quaestores parricidii* (ora versata in Tab. 9.4: *'quaestores – qui capitalibus rebus praeessent – appellabantur quaestores parricidii, quorum etiam meminit lex XII tabularum'*, ricavato da Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.2.23). Sul punto, M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 503, nt. 173, osserva a ragione che la ricostruzione risponderebbe anche «ad una organizzazione caratterizzata dalla struttura e *maiore ad minorem*, procedendo, in altre parole, dall'organo giudicante (*populus*) per tutti i crimini capitali, all'indicazione dei magistrati presidenti (ossia i *quaestores parricidii*)». Cfr., in ordine alle competenze dei questori in epoca protorepubblicana, M. FALCON, *Funzioni e poteri dei 'quaestores' nel V e IV secolo a.C.*, in *Roma e l'Italia tirrenica. Magistrature e ordinamenti istituzionali nei secoli V e IV a.C.*, a cura di E. Bianchi e C. Pelloso, Alessandria, 2020, 71 ss.

²¹ M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 504.

²² M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 503.

²³ M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 529 (schema palinogenetico riassuntivo).

²⁴ M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 505.

²⁵ M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 505.

tanto nei rapporti intercorrenti tra attore e convenuto, o tra reo e giuria, bensì, piuttosto, nell’attività illecita, «in sé e per sé considerata, del *iudex* (o dell’*arbiter*) in quanto idonea ad influire ‘direttamente’ sul corretto svolgimento della vicenda processuale, comportamento che, in linea di principio, prescinde dalla posizione soggettiva delle parti»²⁶. Per fondare appieno questo reticolo argomentativo, Miglietta perviene a escludere recisamente che la condotta versata in Tab. 9.3 sia riconducibile alla lesione della *fides* originata dalla violazione del giuramento, individuando l’attestazione del precetto inerente al giudice corrotto solo in Gell. *noct. Att.* 20.1.7 e non anche nel § 8 del medesimo brano²⁷, che rischierebbe di trarre in inganno, nella parte in cui si richiama il *iusiurandum* del giudice. Infatti, «la violazione – sia nei termini della giustizia divina sia in quelli della giustizia umana – del giuramento (ossia, evidentemente, di giudicare secondo i criteri della verità e dell’imparzialità) è conseguenza dell’atto che si vuole reprimere, ossia l’essersi fatto subornare (lo indicano sia il § 7: *pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur*, sia lo stesso § 8: *pecunia vendentis*) oggetto della sanzione capitale»²⁸. Lo studioso osserva come, «del resto, per rimanere aderenti al commento di Gaio, è il furto in quanto tale (nelle forme manifesta e notturna) e non già l’*intoleranda audacia* o la *insidiosa violentia* ad essere oggetto della persecuzione del *fur*»²⁹, in quanto, «diversamente, si confonderebbe la *ratio* con la fattispecie perseguita»³⁰. A livello di *pars construens*, Miglietta sviluppa anteriori elementi di riflessione³¹ per ipotizzare la contiguità tra Tab. 2.2 (... *morbus soticus ... aut status dies cum hoste ... quid horum fuit*

²⁶ M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 505.

²⁷ Secondo M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 505, nt. 183, in Gell. *noct. Att.* 20.1.8 «compare l’evidente argomentazione retorica volta a scardinare le obiezioni di Favorino – al punto che questi terminerà per convenire, almeno sostanzialmente, con la replica di Africano».

²⁸ M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 505, nt. 183.

²⁹ M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 505, nt. 183.

³⁰ M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 505, nt. 183.

³¹ Cfr. M. BOHÁČEK, *Arbitration and State-Organized Tribunal in the Ancient Procedure of the Greeks and Romans*, in *Iura*, 3, 1952, 211, e G. MACCORMARCK, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, in *ANRW*, 2.14, Berlin-New York, 1982, 4, nt. 4.

[*vitium*] *iudici arbitrove reove, eo die diffissus esto*)³² e Tab. 9.3, che, secondo una sorta di *climax* ascendente, diverrebbe la 2.2b, in quanto si passerebbe dalle cause di giustificazione comuni alla parte processuale e al *iudex* – relative alla mancata pronuncia della sentenza e alla doverosità del rinvio d’udienza – al comportamento inescusabile di natura criminale rappresentato dalla ‘passive Bestechung’ del giudice.

2.2. Le logiche proclivi al possibile inserimento della prescrizione nella Tab. 8

A fronte di tali proposte palinogenetiche, che la nona tavola costituisse la sede naturale del precetto avente ad oggetto il giudice corrotto dà luogo a una ricostruzione alquanto fragile, ma, nonostante la ragionevolezza degli elementi recati a sostegno di un corretto inserimento nella Tab. 2, resiste l’orientamento propenso a collocare il versetto subito dopo quello relativo al *falsum testimonium dicere*, così da classificarlo come Tab. 8.23b: a quest’ultimo si richiamava Carlo Venturini, in sostanziale sintonia – all’esito di percorsi peculiarmente delineati – con Guarino e Burdese³³. Partiamo allora da un dato certo anche per quanti pervengono all’alternativa soluzione, secondo cui «il giudice che aderisce all’offerta di corruzione opera contro l’amministrazione della giustizia»³⁴: quello per il quale Tab. 8.21-23 (anche scontando il fatto che la *lex* 22, in cui viene prevista come sanzione l’*intestabilitas*, attenga al diritto penale e non al diritto criminale) rappresenta un comparto normativo il cui denominatore comune vada

³² Cfr. ora, in argomento, R. SCEVOLA, *Origini*, cit., 397 ss., per l’analisi dettagliata della fonte e relativa letteratura.

³³ Cfr. A. GUARINO, *Il dubbio contenuto pubblicistico*, cit., 334; A. BURDESE, *In margine alla responsabilità*, cit., 59 (a scioglimento di una possibile propensione per la collocazione tradizionale, di cui a p. 58); J. ZLINSZKY, *Gedanken zur ‘legis actio sacramento in rem’*, in *ZSS*, 106, 1989, 148, nt. 187 (in cui compare Tab. 8.22 in luogo di 8.23); ID., *La répression criminelle dans la Rome archaïque: aspects judiciaires*, in *RIDA*, 37, 1990, 470 (con menzione di Tab. 9.5 invece di 9.3); M. ZABLOCKA, *Le XII Tavole – fonte dei principi del diritto contemporaneo*, in *Iura*, 53, 2002, 16 (secondo cui «ancora più severamente, perché con la pena capitale, si punivano le false testimonianze, Tab. 8.23 ... nonché la corruzione del giudice, Tab. 9.3»).

³⁴ M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 504, nt. 177.

scorto nella violazione della *fides*. Infatti, «il patrono che commette frode nei confronti del cliente; il teste che depone falsamente o colui che, avendone il dovere, si rifiuta di deporre, vengono meno a ciò che si attende dalla *fides* (sia che l'atto concretizzi un crimine, oppure un delitto)»³⁵: ora, il fatto che la condotta del giudice venale leda il corretto funzionamento della giustizia, non diversamente da chi abbia reso falsa testimonianza, non confligge con la rottura della *fides* determinata dalla violazione del giuramento, comune anche alle fattispecie presentate nei due versetti precedenti. Che, dunque, la corretta lettura di Tab. 9.3 presupponga lo smembramento del passo gelliano e vada desunta da *noct. Att.* 20.1.7, ma non anche dal § 8 (reputato marginale, se non addirittura fuorviante), consentirebbe di cogliere soltanto parzialmente la portata della fattispecie, separando la condotta illecita dall'adeguamento della pena.

In via preliminare emergono due considerazioni, la prima delle quali addotta da Santalucia, secondo cui «le XII Tavole contemplano una cospicua serie di nuove figure criminose che, in quanto suscettibili di ledere gli interessi della comunità cittadina o di recare offesa alla coscienza etico-politica dei consociati, sono assoggettate pur esse a pubblica persecuzione»³⁶. A questo ampio 'raggruppamento' appartengono «alcuni crimini lesivi del supremo interesse dei cittadini all'inviolabilità della giustizia, come [unitamente ad altri] la collusione del giudice o dell'arbitro con una delle parti in causa, sanzionata con la pena di morte»³⁷: ciò non preclude che, all'interno di essi, talune violazioni

³⁵ M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 504, nt. 177.

³⁶ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, 56 s.

³⁷ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 57, che vi aggiunge «la dolosa consacrazione della cosa controversa al fine di recar pregiudizio alla controparte processuale, punita con pena pecuniaria nel doppio valore della cosa consacrata (gli stessi antichi tuttavia dubitavano se in favore dello stato o della parte lesa); la falsa testimonianza, repressa con la deiezione del colpevole dalla rupe Tarpea (ma forse già punita in forza dei *mores* prima delle XII Tavole, almeno ove avesse cagionato la condanna di colui il quale era prestata); infine il rifiuto di testimonianza, sanzionato – se pubblicamente accertato attraverso un risalente, caratteristico rituale (*obvolutio*) – con la perdita per il futuro della capacità di testimoniare e con la correlativa incapacità di chiamare altri a testimonia in proprio favore». Secondo M.

ricaverebbero l'intensità della sanzione dall'inosservanza di un valore superiore, integralmente giuridico e profondamente pervasivo dei rapporti sociali, quale quello costituito dalla *fides*. A questo punto soccorre la seconda premessa, vale a dire il monito di Mario Talamanca³⁸, che rammentava proprio riguardo alle XII Tavole come le «logiche di sistema» – fortemente influenzate da ricostruzioni dogmatiche moderne, alla stregua di quanto ha segnalato a più riprese lo stesso Diliberto³⁹ – andassero contemplate con l'«autorità della norma»: in specie, quando incardinata sulla *fides*, la cui consistenza in età decemvirale non dà adito a dubbi, alla luce del multiforme catalogo di effetti prodotti dalla sua lesione.

A fronte delle perplessità suscitate dallo smembramento artificioso di Gell. *noct. Att.* 20.1.7-8 in due sezioni incompatibili fra loro, l'integrazione delle stesse concorrerebbe a delineare appieno la

MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 505, nt. 183, il mancato rinvio da parte di Santalucia (ID., *Diritto e processo penale*, cit., 57, nt. 38) a Gell. *noct. Att.* 20.1.8, quale fonte da cui si desumerebbe il precetto versato in Tab. 9.3, deporrebbe «implicitamente» per l'esclusione della *fides* dall'ambito conformativo della fattispecie, con conseguente ascrizione della medesima – nel pensiero dello studioso – allo scenario puramente 'processuale' rappresentato da Tab. 2 (arg. ex Gell. *noct. Att.* 20.1.7).

³⁸ M. TALAMANCA, *Delitti*, cit., 45.

³⁹ Circa l'esigenza di superamento del 'canone' palinogenetico dirkseniano, cfr. O. DILIBERTO, *La palinogenesi decemvirale*, in 'XII Tabulae', I, testo e commento a cura di M.F. Cursi, Napoli, 2018, 31 ss., secondo cui la successione delle norme duodecimitabulari sarebbe dipesa «da un criterio di attrazione successiva – l'una norma con l'altra – fondato sulla materialità degli interessi di volta in volta regolati e tutelati». Di conseguenza, non sarebbero dovute essere separate «le norme decemvirali che disciplinavano (e sanzionavano) la falsa testimonianza e il rifiuto della stessa per gli atti liberali, che ... potrebbero essere state accorpate insieme alle altre leggi che punivano la violazione della *fides* (si pensi alla procedura esecutiva nel caso del debitore insolvente, ma anche alla norma che prevedeva la sacertà per il patrono che avesse compiuto *fraus* ai danni del cliente)» (p. 40). Cfr. ora, in merito alla 'concezione naturalistica' corrispondente agli interessi dei *cives* nel V secolo a.C., D. MONTEVERDI, *La questione decemvirale. Itinerari e risultati di una complessa vicenda storiografica*, Milano, 2019, 418 s. e nt. 916, cui *adde* L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Questioni decemvirali e tradizioni sulle XII Tavole (a proposito di D. Monteverdi, La questione decemvirale, cit., 1 ss.)*, in *Index*, 48, 2020, 235 ss.

fattispecie del 'giudice corrotto': senza incorrere nel rischio cui alludeva Vincenzo Giuffrè⁴⁰, che invererebbe l'estremo opposto, si può ben

⁴⁰ Ad avviso di V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli, 1998, 8, «peccava per eccesso» una concezione a tenore della quale, da un lato, «il contenuto essenzialmente religioso della maggior parte delle statuizioni punitive conservateci non deve indurci a porne in dubbio il valore normativo, trattandosi di precetti emanati da un sovrano che, come si è detto, cumulava nella sua persona le funzioni di sommo sacerdote e di capo politico»; dall'altro, però, «anche le prescrizioni che appaiono a noi moderni come intese alla tutela della sicurezza pubblica (della famiglia, della proprietà, dei rapporti sociali fondamentali) ben altro aspetto dovevano avere agli occhi degli antichi, poiché per essi la finalità 'laica' era secondaria rispetto a quella di ripristinare l'equilibrio fra la comunità e il mondo divino, o tutt'al più si confondeva con quest'ultima». Esemplicativamente, il compianto studioso ricordava come potesse convenirsi «che il *quivis de populo* in pieno VII e magari ancora nel VI-V secolo a.C. si sia rappresentato lo 'sgarro' del cliente verso il patrono, invece che come un comportamento lesivo del rapporto sociale, quale 'peccato' che offendeva il dio. Ma era, questa, la concezione pure degli avveduti membri del 'governo' cittadino? Si stenta a credere che, nel loro intimo, i *patres senatores* ... la pensassero allo stesso modo del cittadino sprovveduto, per quanto imbevuti anch'essi di spirito di religiosità». Per concludere: «v'erano esigenze pratiche da salvaguardare. E di ciò i *patres* appaiono consapevoli». D'altra parte, già D. NÖRR, *Die 'Fides' im römischen Völkerrecht*, München, 1989, 37, aveva osservato come «wichtigste Zwecke der Religion sind die Garantie normgemässen Verhaltens und die Verhinderung von Angst und Panik», cui aveva replicato M. TALAMANCA, *Recensione a D. NÖRR, Die 'Fides'*, cit., in *BIDR*, 94-95, 1991-92, 670, osservando come sia «l'intero rapporto con la divinità che ha, almeno alle origini (ma anche fin verso la media repubblica), una connotazione giuridica, dove gli dei e gli uomini sono posti sullo stesso piano in quanto subordinati ad un ordine che trascende anche i primi che dal medesimo dipendono». Per lo studioso, «l'ira o lo sfavore della divinità dipende dalla violazione delle regole che si considerano obbligate, in un ordine cosmico, sia gli uomini che gli Dei: per le conseguenze pratiche che ne derivano, le sanzioni che l'autore chiama 'religiose' sono, nella mentalità primitiva, delle vere e proprie sanzioni giuridiche ... a parte il profilo se – nell'ambito almeno dei rapporti interni – alla punizione divina non si accompagni una sanzione terrena, quale mezzo per evitare che sulla comunità tutta ricadano gli effetti della turbata *pax deorum*». Circa il dibattito storiografico in tema di 'laicità' della legislazione decemvirale, cfr. ora D. MONTEVERDI, *La questione decemvirale*, cit., 391 ss., secondo cui «è opinione quasi unanime che le XII Tavole abbiano contribuito a liberare il diritto dal carattere sacrale e renderlo *ius civile*, mentre ... resta controverso quanto il carattere laico delle leggi decemvirali abbia contenuto quella carica antipontificale che avrebbe potuto incidere profondamente sul rapporto *ius/lex*» (p. 391).

inquadrare la medesima all'interno dei crimini ritenuti lesivi ad un tempo della *societas civium* e della religione. I versetti contenuti nella Tab. 8.21-23, seguiti da 9.3, sono accorpati sulla base di un fattore comune, vale a dire di un elemento attrattivo «rappresentato, appunto, dalla *fides* che, in qualità di vincolo giuridico e religioso al contempo, presiedeva e garantiva il corretto svolgimento di certi rapporti o determinate attività»⁴¹, afferenti anche al funzionamento della giustizia. Inoltre, la difficoltà di interpretare la condotta del *index arbiterve* corrotto – distinguendola così da quella del falso testimone – come violazione di rapporti interpersonali non sembra insormontabile, qualora l'illecito sia identificato con la «collusione del giudice o dell'arbitro con una delle parti in causa»⁴²; né si potrebbe trascurare la posizione dei soggetti implicati, in quanto, a prescindere dalla moderna qualificazione del fatto come concussione o corruzione, la sua realizzazione sarebbe naturalisticamente impossibile senza un previo *pactum sceleris*. Nel caso di specie, analogamente alla falsa testimonianza, la *fides* si salda col *iusiurandum* prestato dal giudice o dall'arbitro nel momento dell'assunzione dell'*officium*, sì da rafforzare ulteriormente il supremo interesse sociale all'invulnerabilità della giustizia⁴³: in altri termini, non è la

⁴¹ O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 400.

⁴² Cfr. V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., 16; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 57; ID., *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna, 2013, 41.

⁴³ All'importanza del giuramento e alle sue implicazioni dedica un'ampia digressione L. MANNA, *La facoltà*, cit., 564 ss., sulla quale giova adesso attardarsi, in considerazione dell'incisiva analisi testuale e della forte rilevanza sostanziale che avvalorano i risultati cui la studiosa è pervenuta. Osservato come Giustiniano avesse nuovamente imposto il *sacramentum* avente ad oggetto *veritas et leges* (C. 3.1.14, a. 530), viene sottolineata la dimensione sia religiosa sia socio-giuridica a cui rimandano i passi di Cicerone e Quintiliano, laddove improntano il *ius iurandum* – «che di tale *sacramentum* era poi l'essenza» (p. 570 s. e nt. 140) – a *aequum et fides*. Per l'Arpinate, infatti, il giuramento è *'adfirmatio religiosa, quod autem adfirmare quasi deo teste promiseris, id tenendum est'* (Cic. *de off.* 3.29.104), ed esso *'ad iustitiam et ad fidem pertinet'*, tanto che *'quis ius igitur iurandum violat, is fidem violat'*, valutazione peraltro riecheggiata da Gell. *noct. Att.* 6.18.1: *Iusiurandum apud Romanos inviolate sanctaeque habitum servandumque est*; il fatto che l'archetipo del giuramento medesimo sia identificabile in quello *per Iovem lapidem* (Cic. *ad fam.* 7.12.2; Gell. *noct. Att.* 1.21.4-5; Fest. voce *'Lapidem silicem'* [Lindsay p. 102]) ne attesta il legame con la *fides*, «che implica una stretta relazione con la *iustitia*, se dobbiamo ancora una volta dare

violazione del giuramento in se stesso a comportare la pena capitale (infatti, se così fosse, ogni ipotesi di spergiuro dovrebbe implicare siffatta sanzione), ma il fatto che detta violazione vada collegata alla particolare gravità connotante l’atto perseguito⁴⁴. Tanto più quest’ultimo denuncia la propria portata lesiva, quanto più – per il medio dell’infrazione del giuramento – si accresce l’esecrabilità dello sfregio alla *fides* e, conseguentemente, la severità della pena: proprio Gell. *noct. Att.* 20.1.8

credito a Cicerone, *de off.* 1.7.23, per il quale *fundamentum autem est iustitiae fides, id est conventorumque constantia et veritas*» (L. MANNA, *La facoltà*, cit., 577). Nonostante la graduale ‘laicizzazione’ del giuramento, prosegue l’autrice, il giudice avrebbe continuato ad assumere «un vincolo fortissimo, di fronte al quale ‘cedevano’ tutti gli altri vincoli ed interessi (Cic. *de off.* 3.10.43) ... perché l’impegno inviolabile è quello di ‘*salvam fidem facere*’ (Cic. *de off.* 3.10.44)» e, infatti, «spergiurare non significa giurare il falso, ma non mantenere ciò che in coscienza hai giurato (Cic. *de off.* 3.29.108)». Il confronto tra *l. Irnit.* 69 (VIII.A.18-22) e 79 (VIII.C.54-57) conduce a ipotizzare «con buon margine di probabilità che, nell’età del principato, il giuramento del *iudex* fosse analogo a quello richiesto al decurione-giudice e, pertanto, lo impegnasse davanti a Giove ‘*se, quod aequum et bonum esse censeat, indicaturum*’» (L. MANNA, *La facoltà*, cit., 577 s. e ntt. 152-153). Non a torto, poi, J. PARICIO, *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, Madrid, 1987, 77 ss., ritiene impossibile attualizzare in tutte le sue declinazioni siffatta formula, che non si limita a sancire obblighi formali, ma impone di agire con obbiettività e imparzialità, in applicazione del diritto vigente, come si converrebbe al *bonus vir* (cfr. adesivamente A. BURDESE, *In margine alla responsabilità*, cit., 61 s., secondo il quale sarebbe stato riduttivo intendere che il giuramento contemplasse soltanto la garanzia di emettere sentenza costituente *indicatum* [«quale che ne fosse il contenuto sostanziale a prescindere persino dalla malafede del giudicante»] e non anche quella di attenersi, nel giudicare, ai criteri della *fides* o dell’*aequum bonumque*).

⁴⁴ Cfr. F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico. Elementi per uno studio comparatistico*, Milano, 2000, 38, secondo cui, pur riconoscendo – ed è il caso del giudice venale – come «in taluni casi l’ordinamento giuridico possa ritenere tanto gravi determinate ipotesi di spergiuro da comminare per esse la pena di morte», si deve notare che «in ogni caso una simile sanzione non viene prevista in generale per la violazione del giuramento in quanto tale, bensì solo per determinati casi di spergiuro, particolarmente idonei a turbare funzioni essenziali per la vita del diritto, in cui viene specificamente irrogata la pena capitale». Ad avviso dello studioso, in via generale, «nell’ordinamento romano, al contrario, risulta tenacemente radicato ... il principio secondo cui la punizione dello spergiuro spetta agli dei, toccando agli uomini soltanto una sorta di ostracizzazione dell’empio».

attesta le coimplicazioni di struttura e di funzione che innervano la fattispecie, laddove viene posto in luce come sia meritevole della pena capitale la *perfidia* di quel giudice «che (s)vende per denaro il suo giuramento contro ogni regola divina ed umana» (*iudicis illius perfidiam contra omnia divina atque humana iusiurandum suum pecunia vendentis*). La *Fides* – con l’iniziale maiuscola – è infatti un’entità divina⁴⁵, che opera all’interno della comunità (e, in questo caso, l’iniziale è minuscola) a presidio dei valori fondativi della medesima, andando a proteggere regole umane. Bisogna che il cittadino ne avverta l’operatività come duplice manifestazione di un unico principio, essenzialmente giuridico: e un’eventuale attenuazione della pena in epoca successiva non avrebbe costituito «qualcosa di abnorme»⁴⁶, giusta l’osservazione di Favorino, per il quale la sanzione irrogata al giudice corrotto sarebbe scomparsa per desuetudine e vetustà, appartenendo al novero⁴⁷ delle prescrizioni eccessivamente afflittive⁴⁷.

⁴⁵ Sull’assunzione diretta del giuramento nei confronti della divinità, impersonata da Giove o da un dio minore (*Dius Fidius*), «ma antichissimo e legato a lui», cfr., da ultima, L. MANNA, *La facoltà*, cit., 575 s. e nt. 148.

⁴⁶ C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 457.

⁴⁷ Gell. *noct. Att.* 20.1.10: *Sed non levis existimator neque aspernabilis est populus Romanus, cui delicta quidem istaec vindicanda, poenae tamen huiuscemodi nimis durae esse visae sunt; passus enim est leges istas de tam immodico supplicio situ atque senio emori*. Come rammenta M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 506 s., «questa sanzione sarebbe caduta, in séguito, in desuetudine, non essendo ricordata in alcun altro luogo, e come si deve desumere dalle parole dello stesso Favorino, peraltro non negate, in linea di principio, da Africano». Cfr. altresì in argomento I. CREMADES, J. PARICIO, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico*, in *AHDE*, 54, 1984, 186 s., nt. 122, ora in J. PARICIO, *De la justicia y el derecho. Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid, 2002, 334 s., nt. 122, secondo cui in epoca classica l’antica sanzione decemvirale sarebbe stata sostituita dal procedimento criminale pubblico; L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII tavole nell’età arcaica*, Milano, 2005, 53, nt. 95; C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 457, per il quale l’osservazione di Favorino «è da ritenere valida con riferimento non solo al processo privato, ma anche a quello criminale, nel cui ambito la pena capitale (sostitutiva della *sacratio* e che, di regola, si traduceva in un *exilium* al quale faceva seguito l’*aqua et igni interdictio*) in rapporto ad ipotesi di corruzione giudiziaria non costituiva un qualcosa di abnorme neppure in epoca successiva, anche se, tenendoci sul sicuro, può essere affermata con certezza solo relativamente a magistrati che si fossero macchiati di corruzione operando in veste di titolari di una *questio*».

Tutto ciò considerato, è improbabile il ricorso a un procedimento dal quale la comunità (*rectius*, la massima assemblea popolare) fosse esclusa, sebbene le modalità di esecuzione della *poena capitis* restino ignote⁴⁸: quanti hanno pensato alla *praecipitatio* e *saxo* si sono basati sulla presunta analogia con Tab. 8.23, scorgendo in entrambi i casi l'alterazione funzionale della procedura giudiziaria, unitamente all'offesa recata agli dei da parte di chi li avesse fraudolentemente invocati⁴⁹. Laddove, invece, si ritenga che la

⁴⁸ Così V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., 16; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 57; M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 506. Optava, invece, per la *deiectio ex saxo Tarpeio* A. BURDESE, *In margine alla responsabilità*, cit., 59, argomentando dalla sanzione primitiva prevista per la violazione del giuramento, in ciò seguito da M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., 683 s., il quale – proprio muovendo dalle osservazioni dello studioso torinese – ritiene non fondata «la *déduction qu'en tirait Mommsen* sul le caractère privé de la peine et de l'action contre le juge corrompu». Sul punto, a proposito di Tab. 8.23, M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 515, ricorda come «l'asperità della sanzione – comprensibile in fase arcaica, e venuta meno in epoca più recente – era probabilmente giustificata dal fatto che il *testimonium* si ancorava al giuramento e che, pertanto, la sua falsità avrebbe comportato, in primo luogo, e prima che una violazione del dovere di attestare i fatti secondo il reale accadimento, una grave offesa al mondo del divino, con il classico, relativo pericolo di perturbamento della *pax deorum*». Cfr., in ordine alla progressiva attenuazione della pena, U. VINCENTI, *Falsum testimonium dicere' (XII Tab. 8, 23) e il processo di Marco Volscio Fittore (Liv. 3, 29, 6)*, in *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, a cura di A. Burdese, Padova, 1988, 32 ss., secondo cui, comunque, la sanzione della *deiectio ex saxo Tarpeio* sarebbe preesistita alla legislazione decemvirale e l'epilogo della vicenda – originata nel 461 a.C. dall'accusa capitale mossa a Cesone Quinzio e conclusasi nel 458 a.C. con l'esilio dell'ex tribuno Marco Volscio Fittore, reo di falsa testimonianza in pregiudizio dell'imputato – risulterebbe ascrivibile a un benevolo, quanto procronico errore storico-giuridico commesso da Livio (così U. VINCENTI, *Falsum testimonium dicere'*, cit., 41 s., la cui opinione viene ora discussa, rivisitando gli orientamenti alternativi successivamente elaborati, da M. FALCON, *Funzioni*, cit., 84 ss. e ntt. 111-115, il quale, pur reputando (p. 86) «credibile che il processo di Volscio fosse capitale e che la pena prevista fosse proprio la *praecipitatio*», propende tuttavia per la tesi dell'esilio volontario dopo la condanna, «sia per il tenore testuale della fonte – '*Volscius damnatus Lanuvium in exilium abiit'* – sia perché essa appoggia su più fonti».

⁴⁹ Gell. *noct. Att.* 20.1.53: *An putas, Favorine, si non illa etiam ex duodecim tabulis de testimoniis falsis poena abolevisset et si nunc quoque, ut antea, qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeio deiceretur, mentituros fuisse pro testimonio tam multos, quam videmus? Acerbitas plerumque ulciscendi malefici bene atque caute vivendi disciplinast*, da cui si trarrebbe il seguente

condotta del giudicante – per il medio della violazione del giuramento – ne avesse determinato la sacertà, allora necessariamente la forma dell'(eventuale) eliminazione del responsabile sarebbe stata libera e irrituale⁵⁰. Dovendosi comunque ripristinare tanto la *fides* quanto la certezza dei rapporti sociali, trova credito l'idea secondo cui la persecuzione del reo sarebbe stata promossa dal privato titolare dell'interesse leso ma anche, nel caso della corruzione giudiziale come in

precetto: <si falsum testimonium dixerit, de saxo deicito> (*Roman Statutes*, cit., II, 692 = Tab. 8.12).

⁵⁰ Cfr. eminentemente L. GAROFALO, *Sulla condizione di 'homo sacer' in età arcaica*, in *SDHI*, 56, 1990, 223 s., nonché in ID., *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*³, Padova, 1997, 1 ss., e ora in ID., *Studi sulla sacertà*, Padova, 2005, 11 ss.; per un aggiornamento sulla materia si veda, sempre all'interno della produzione ascrivibile al medesimo studioso, *Opinioni recenti in tema di sacertà*, in *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2013, 1 ss. Nel caso di specie, F. ZUCCOTTI, *Il giuramento*, cit., 45, faceva notare come il principio *'periurii poena divina exitum, humana dedecus'*, «corollario della regola generale *'deorum iniurias dis curae'* (Tac. ann. 1.73.4, formulata proprio in relazione al giuramento: *ius iurandum perinde aestimandum quam si Iovem fefellisset*), risulta ... concezione portante nell'ordinamento romano, fondamentale nella distinzione tra la sfera divina e quella umana e quindi nella separazione di quanto compete agli dei e quanto è lecito agli uomini: ed è notevole come tale concezione sopravviva immutata non solo nel diritto classico, ma venga altresì recepita nello stesso diritto giustiniano» (v. altresì Cic. *de leg.* 2.10.25). Lo studioso milanese tende, per la verità, a considerare la situazione dello spergiuro «alquanto migliore di quella dell'*homo sacer*, che non doveva soltanto temere la vendetta divina, ma altresì guardarsi dal rischio, ben più immediato e concreto, che qualcuno potesse impunemente ucciderlo senza rischiare alcuna conseguenza penale» (ID., *Vivagni IV. 'Bellum iustum' o del buon uso del diritto romano*, in *RDR*, 4, 2004, 16 ss.); né, va soggiunto, L. GAROFALO, *'Homo sacer' e 'arcana imperii'*, in *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, 2009, 13 ss., pur attribuendo alla regola *'deorum iniurias dis curae'* una portata molto ampia e tuttavia non generale (p. 59 s.), annoverava lo spergiuro – seppure emarginato dal gruppo e abbandonato alla vendetta divina – nel catalogo delle condotte integranti la sacertà (cfr. anche ID., *Disapplicazione del diritto e 'status' sanzionatori in Roma arcaica. In dialogo con Aldo Prosdocimi*, Napoli, 2020, 73), mentre una prossimità alla figura dell'*homo sacer* veniva ipotizzata da A. CALORE, *Per Iovem lapidem'. Alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2000, 73 ss. e ntt. 1111-1113, per il fatto che lo spergiuro, al pari di quest'ultimo, era isolato e allontanato dalla comunità (ma, sotto questo profilo, si porrebbe il controverso problema del rapporto tra *sacratio* ed *execratio*, concetti dei quali difficilmente si potrebbe postulare l'identificazione).

quello di falsa testimonianza, mediante iniziativa officiosa del magistrato sotto il cui controllo (diretto od indiretto) il processo si sarebbe svolto. E ancora, a fronte della rilevanza collettiva del bene giuridico da proteggere, è ragionevole pensare a un «controllo sociale della pretesa individuale» attuato attraverso un accertamento non semplicemente rimesso, in età decemvirale, a una 'giuria' (forse intesa dal Mommsen come proiezione procronica delle *quaestiones*), bensì istruito in modo da concludersi con la deliberazione plenaria della massima assemblea cittadina⁵¹.

In conclusione, l'accostamento della norma sul giudice corrotto alla sequenza traibile da Tab. 8.21-23 permette, da un lato, di coglierne il carattere di norma sostanziale incriminatrice e la conseguente estraneità al tessuto normativo nel quale è intagliata la Tab. 9; dall'altro, di apprezzare compiutamente l'alterità strutturale e sanzionatoria dell'*accipere pecuniam ob rem iudicandam* rispetto alle condotte antidoverose tenute dal *index* alla luce dalla Tab. 2.2, secondo una peculiare linea di sviluppo della quale il versetto decemvirale costituirebbe la testimonianza più risalente. All'interno di tale direttrice, la corruzione giudiziale avrebbe dato luogo sin dal V sec. a.C. ad un'autonoma forma di responsabilità rispetto alle altre tipologie di illecito, in quanto costantemente ed esclusivamente riconducibile alla repressione criminale.

In questa sede, *ratione materiae*, non rileva segnatamente l'ampliamento della fattispecie ai giudici operanti in processi criminali⁵², in specie giurati

⁵¹ Non ha ricevuto favorevole accoglimento, in dottrina, la tesi del 'privater Mordprozess' elaborata da W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, 37 ss. ed incidentalmente condivisa da D. SIMON, *Begriff und Tatbestand der 'Iniuria' im altrömischen Recht*, in ZSS, 82, 1965, 153, attraverso la quale si ricercava una soluzione mediana tra l'opinione mommseniana e gli orientamenti posteriori. Va aggiunto, peraltro, che il deferimento al privato dell'esecuzione della pena capitale avrebbe di gran lunga attenuato la solennità del rito, depotenziando la sanzione della forza simbolica che la connotava e vanificando, in ultima istanza, il suo impatto deterrente.

⁵² Va condiviso lo spunto di J.M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, 1966, 33 s., secondo cui «criminal justice is always more spectacular and more politically important than civil justice; and in our sources on judicial corruption the bribing of judges in criminal were

delle *quaestiones*, cui Carlo Venturini ha riservato corposi lavori: basti ricordare il caso occorso nel 141 a.C., quando venne costituita una *quaestio ex plebiscito* «in rapporto alla corruzione del pretore L. Ostilio Tubolo⁵³, il quale, palesemente reo dell'accettazione di *pecuniam ob rem iudicandam* durante la presidenza di una *quaestio inter sicarios* (nella quale, in conformità alla disciplina coeva, spettava a lui non solo la funzione inquirente ma anche quella giudicante), si sottrasse con l'esilio ad una condanna sicuramente capitale, considerando che il caso si configurava come grave abuso dei poteri magistratuali ed era, dunque, suscettibile di rientrare nell'ambito della *perduellio*»⁵⁴. È ipotizzabile che l'approvazione di una *lex Mucia*⁵⁵, con la quale si autorizzava il senato a creare una *quaestio* per giudicare il magistrato colpevole, fosse indizio «qu'il n'exsistait pas

drawn from the same classes as the *iudices* who heard private litigation; a senator or knight who sat as judge in a criminal trial today might decide a private action tomorrow; and the corruption which seems to have been more or less abtutal in the former field cannot possibly have been without effect on the latter. Is it to imagine that a party who gave, or a *iudex* who accepted a bribe to condemn or acquit in a *iudicium publicum*, proceeded on a different moral standard in a *iudicium privatum*?». Sebbene le fonti attestino soltanto casi da riferirsi a giudizi pubblici, è lo stesso catalogo delle *leges publicae*, da cui non sembra avulsa l'estensione della repressione criminale a *iudices* estranei alle *quaestiones*, a costituire un indizio significativo nella direzione indicata dallo studioso.

⁵³ *An tu me de L. Tubulo putas dicere? qui cum praetor quaestionem inter sicarios exercuisset, ita aperte cepit pecunias ob rem iudicandam, ut anno proximo P. Scaevola tribunus plebis ferret ad plebem vellentine de ea re quaeri. quo plebiscito decreta a senatu est consuli quaestio Cn. Caepioni. profectus in exilium Tubulus statim nec respondere ausus; erat enim res aperta* (Cic. *de fin.* 2.54; cenni in *de nat. deor.* 3.30.74: *repeta superiora, Tubuli de pecunia capta ob rem iudicandam*, nonché in *de fin.* 4.77 e *ad Att.* 12.5.3 [5b]), su cui cfr. C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum' nell'età repubblicana*, Milano, 1979, 383; G. MACCORMACK, *Liability*, cit., 6; F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 221, nt. 11; A. BURDESE, *In margine alla responsabilità*, cit., 64; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., 129 s. e nt. 82; M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., 684 s.; M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 507.

⁵⁴ C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 457 s. e nt. 17.

⁵⁵ Cfr. G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Milano, 1912, 296; M. ELSTER, *Die Gesetze der mittleren römischen Republik*, Darmstadt, 2003, 435 ss. (con bibliografia).

de qualification légale antérieure»⁵⁶, proprio perché l'autore non rivestiva la qualifica di *iudex*, e, dunque, la legislazione decemvirale – benché tenuta presente sul piano della condotta illecita⁵⁷ – in ogni caso non avrebbe potuto trovare applicazione⁵⁸.

Mentre, tuttavia, la venalità del giudice viene perseguita sempre più intensamente nei giudizi pubblici (incrementando, cioè, il proprio *‘Anwendungsbereich’*), la sanzione decemvirale dello spergiuro del giudice privato cade in desuetudine, unitamente ad altre pene (*rectius*, in materia di furto) particolarmente aspre, in quanto il suo carattere sacrale la rende «ormai inattuabile a seguito del processo di laicizzazione della società e del relativo ordinamento giuridico, compiuto in età postdecemvirale»⁵⁹. Circa il *periurium*, Cicerone attesta sanzioni censorie

⁵⁶ M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., 684, sulla scia di G. MACCORMACK, *Liability*, cit., 6, secondo cui il procedimento seguito suggerirebbe che «the acceptance of bribes by judges was not regarded as covered by an existing *lex*».

⁵⁷ Rileva M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 507, come «l'autorità dei *verba* decemvirali avrebbe, pertanto, esteso la forza vincolante dell'antica norma ancora a distanza di tre secoli – nonostante, come ricorda acutamente Bretone, “le parole e le abitudini remote” nonché “il trascorrere delle generazioni” potessero provocare la ‘cancellazione dalla memoria’ delle disposizioni emanate dai *Decemviri legibus scribundis*; più difficile ritenere, come ipotizza J.M. KELLY, *Roman Litigation*, cit., 34, che Tubolo sia stato perseguito in diretta applicazione di Tab. 9.3.

⁵⁸ Circa la presidenza della *quaestio* assunta da un pretore nel caso specifico, cfr. D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla ‘quaestio’ unilaterale alla ‘quaestio’ bilaterale*, Padova, 1989, 8 ss., 14 ss. e 204 ss.

⁵⁹ A. BURDESE, *In margine alla responsabilità*, cit., 63. In proposito, è eloquente Cic. *de off.* 3.29.104: *Sed in iure iurando non qui metus sed quae vis sit debet intellegi. Est enim ius iurandum adfirmatio religiosa: quod autem adfirmate 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.* Come si era sottolineato in sede di commento (v. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 106), il riferimento all'ira degli Dei, *quae nulla est*, non contraddice quanto evidenziato circa il rapporto tra comunità e divinità, perché le considerazioni di Cicerone denotano un processo di laicizzazione ormai avanzato in età tardo-repubblicana, certamente senza riscontro in epoca decemvirale. Resta il fatto, come rilevato da L. MANNA, *La facoltà*, cit., 590 s., che la violazione della *fides* e del suo fondamento, la *iustitia* (entità alle quali il carattere religioso non è comunque estraneo), devono essere fonte di preoccupazione per il giudice, il quale «percorre una via

per biasimare condotte disonorevoli, ma, già da un momento di poco successivo alla codificazione, «non risulta [ad esso] collegata una responsabilità di natura più propriamente penale pubblica se non in presenza di circostanze configuranti ipotesi a sé di crimine»⁶⁰.

antitetica rispetto a quella, invece richiesta e garantita col giuramento, del *ius* come *ars boni et aequi*: poiché, persino all'esito del menzionato processo di laicizzazione, la visione romana della giustizia conserva una duplice prospettiva, religiosa e umana, vale la massima traibile da Cic. *de leg.* 2.9.22, ossia *periurii poena divina exitum, humana dedecus*, in base alla quale alla rovina sul primo dei due piani si accompagnerebbe il disprezzo e l'infamia nell'ambito del secondo (in ordine all'irrogazione della nota censoria, documentata da Cic. *de off.* 1.13.40; 3.31.111; 3.32.115, cfr. L. MANNA, *La facoltà*, cit., 593 e nt. 182). D'altra parte, anche in età tardo-repubblicana rileva quanto rammentato da 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 sacrae, indicant foedera, quibus etiam cum hoste devincitur fides, indicant notiones animadversiones censorum, qui nulla de re diligentius quam de iure iurando indicabant* (cfr., in argomento, G. VALDITARA, *Fides' e sistema penale*, in ID., *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino, 2015, 91 ss.), sicché, non essendovi nulla di più forte del vincolo del giuramento, viene avvertita tuttora «la necessità di non abdicare, per il proprio tornaconto personale, alla regola aurea della *fides*» (L. MANNA, *La facoltà*, cit., 599).

⁶⁰ A. BURDESE, *In margine alla responsabilità*, cit., 63 s.; adesivamente, M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., 686, secondo cui «la sanction de la violation de ce serment, en matière civile, a évolué. Peine sacrale de la précipitation e *Tarpeio Saxo* à l'origine, puis blâme infligé par la *nota censoria* à l'époque tardo-républicaine», sulla base di Cic. *pro Cluent.* 43.121: *Itaque non solum illud ostendam, quod iam videtis, populi Romani suffragiis saepenumero censorias subscriptiones esse sublatas, verum etiam iudicis eorum qui iurati statuerent maiore cum religione et diligentia debuerunt*. Sul punto, C. VENTURINI, *Per un riesame dell'esperienza giuridica romana in materia di illecito arricchimento dei titolari di pubbliche funzioni*, in *Panorami*, 4, 1992, 354 ss., ora (con modifiche) in ID., *'Damnatio iudicum'. Cinque studi di diritto criminale romano*, Pisa, 2008, 49 ss., dopo avere ricordato che la corruzione passiva e il peculato (p. 52) «non erano, dunque, all'epoca suscettibili di sanzione altro che attraverso l'intervento dei censori, i quali, in virtù della *cura morum*, potevano colpire il corrotto con una nota o giungere alla radiazione dal senato», fa notare come, «nei casi più gravi, potevano, poi, essere fatti rientrare nell'ambito alquanto vago della *perduellio*, coincidente con la sfera repressiva deferita agli *iudicia populi* promossi dai *tribuni plebis*, i quali erano legittimati a reprimere ogni tipo di abuso commesso dai magistrati nell'esercizio dell'*imperium*».

2.3. *‘Crimen repetundarum’* come titolo di reato per *‘iudices privati’*: una qualificazione tormentata

Sulla scorta delle riflessioni condotte da Venturini in tema di *crimen repetundarum*, va ora approfondito se le disposizioni relative a quest’ultimo potessero riguardare anche *iudices privati* i quali, in ipotesi, lo avessero integrato, così da determinare un aggravio del fardello sanzionatorio a loro carico per ‘effetto di trascinamento’ delle nuove norme in materia di attività estorsive, dettate principalmente per magistrati e componenti di giurie operanti nei processi pubblici: la risposta può essere formulata solo all’esito di un’analisi sensibile alla scansione diacronica delle fonti, in modo da cogliere con maggiore esattezza il momento in cui è legittimo ‘sganciare’ Gell. *noct. Att.* 20.1.7 dal successivo § 8.

Il punto di partenza va scorto nella *lex Cornelia de repetundis* dell’81 a.C., che, ampliando la precedente legislazione graccana incline a riprodurre lo schema tipico della concussione, contempla nuove ipotesi d’incriminazione, come attestato da

Cic. *Verr.* 2.3.156: *Quis istuc Apronio attribuebat, cum aratorem aliquem everterat, aut Timarchidi, cum ob iudicandum aut decernendum aut imperandum aliquid aut remittendum pecuniam acceperat, aut Sextio lictori, cum aliquem innocentem securi percusserat?*

L’ambito di rilevanza dell’illecito, infatti, avrebbe ricompreso anche le attività consistenti nell’accettare corresponsioni di denaro dirette a condizionare l’esercizio della funzione giudiziaria, l’emanazione di decreti, l’imposizione o la remissione di determinate misure⁶¹. Come lo studioso faceva sagacemente notare, si trattava, in primo luogo, di un’innovazione limitata alla corruzione giudiziale passiva «e derivante, con ogni verosimiglianza, dall’inesistenza, dopo il fallimento del tentativo di L. Druso di dar vita nel 91 a.C. ad un’apposita *quaestio*, di strumenti diversi per sanzionarla, almeno nei casi in cui essa si

⁶¹ C. VENTURINI, *Per un riesame*, cit., 59.

manifestava al di fuori dell'ipotesi costituita dall'*aliquem iudicio circumvenire*, cioè dalla cospirazione giudiziaria ai danni di un innocente, prevista nello statuto della *quaestio* destinata a reprimere l'omicidio»⁶²; in secondo luogo, «la norma, sia pure costruita con riferimento ad un'ipotesi specifica, attenuava in misura notevole l'identificazione concettuale del *crimen repetundarum* con le attività di natura estorsiva ed apriva decisamente la strada alla teorica possibilità di sanzionare mediante la medesima *quaestio perpetua* ogni tipo di lucro conseguito in analoghe forme dai soggetti incriminabili»⁶³. Sebbene la *ratio* della normativa *de repetundis* avesse di mira comportamenti illeciti ascrivibili a quanti avessero deliberato condanne in *iudicia publica*, non pare sussistano elementi per escludere che la previsione in materia di *pecuniam accipere* fosse applicabile anche al *index privatus* rivestito della dignità senatoria, «considerando che manca ogni motivo per assoggettare ad interpretazioni restrittive il generico *ob iudicandum* in essa contemplato»⁶⁴.

⁶² C. VENTURINI, *Per un riesame*, cit., 59 s.

⁶³ C. VENTURINI, *Per un riesame*, cit., 60. Che nella legge sillana fosse previsto un novero di condotte eterogenee accomunate dal disvalore del *pecuniam accipere* è testimoniato altresì da Cic. *pro Cluent.* 41.113-114: 113. *At condemnarat, at causam totam non audierat, at in contionibus a L. Quinctio vebementer erat et saepe vexatus. Illa igitur omnia Quinctiana iniqua, falsa, turbulenta, popularia, seditiosa iudicia fuerunt. Esto: potuit esse innocens Falcula. Iam ergo aliqui Oppianicum gratis condemnavit; iam non eos Iunius subsortitus est qui pecunia accepta condemnarent; iam videtur aliqui ab initio non sedisse et tamen Oppianicum gratis condemnasse. Verum, si innocens Falcula, quaero quis sit nocens? si hic gratis condemnavit, quis accepit? Nego rem esse ullam in quemquam illorum obiectam quae Fidiculanio non obiecta sit, aliquid fuisse in Fidiculani causa quod idem non esset in ceterorum.* 114. *Aut hoc iudicium reprehendas tu, cuius accusatio rebus iudicatis niti videbatur, necesse est, aut, si hoc verum esse concedis, Oppianicum gratis condemnatum esse fateare. Quamquam satis magno argumento esse debet, quod ex tam multis iudicibus absoluto Falcula nemo reus factus est. Quid enim mihi damnatos ambitus colligitis, alia lege, certis criminibus, plurimis testibus? cum primum illi ipsi debuerint potius accusari de pecuniis repetundis quam ambitus; nam si in ambitus iudiciis hoc eis obfuit, cum alia lege causam dicerent, certe, si propria lege huius peccati adducti essent, multo plus obfuisset* (per cui la *lex repetundarum* sarebbe definita come *propria huius peccati*).

⁶⁴ C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 462; riteneva trattarsi di un'innovazione, non contemplata dalla *rogatio Livia iudiciaria*, A. BURDESE, *In margine alla responsabilità*, cit., 64, secondo cui quest'ultima «avrebbe teso a punire chiunque, magistrato o giudice, avesse ricevuto danaro in vista di un giudizio (pur non capitale) con riferimento ai

La mancanza di tracce al riguardo, sul piano dei casi concreti, sarebbe giustificata proprio dal requisito d'imputabilità, rappresentato dallo *status* di senatore, «a prescindere dalla facile riflessione secondo cui la complessità del coevo processo *de repetundis* non poteva che scoraggiare il suo promuovimento (di necessità connesso all'esercizio dell'accusa pubblica) in rapporto all'ipotesi cennata»⁶⁵.

Il punto di arrivo sarebbe rappresentato da testi giurisprudenziali di età severiana, la cui genericità risentirebbe degli ampliamenti ai quali, nel corso del tempo, sarebbe stata assoggettata la *lex Iulia repetundarum*, fatta approvare da Cesare nel 59 a.C. durante il suo primo consolato: si tratta di frammenti tratti da lavori di Marciano e di Macro, da vagliare iniziando dal primo.

Marc. 14 *inst. D.* 48.11.1 pr.: *Lex Iulia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu potestate curatione legatione vel quo alio officio munere ministeriove publico cepit, vel cum ex cohorte cuius eorum est.*

Si è osservato come il passo – escerpito, peraltro, da un'opera istituzionale – non ricalchi l'originario dettato legislativo, in quanto lascia in ombra le condotte punibili (*pecuniam capere*) e si limita a indicare i soggetti incriminabili in epoca coeva a quella del giurista, denunciando l'estensione graduale della *lex* cesariana a soggetti attivi che, in un primo momento, non vi sarebbero stati ricompresi⁶⁶. Sebbene la figura del *index*

comportamenti, anche di estrazione equestre, delle giurie giudicanti in processi criminali per *quaestiones*». Circa approfondimenti sul punto, v. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 83 s., nt. 45.

⁶⁵ C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 462.

⁶⁶ A parere di C. VENTURINI, *Studi*, cit., 482, «la caratteristica più saliente del passo deve considerarsi il suo carattere di richiamo riassuntivo non del tenore originario della legge, bensì della sua sfera di applicazione, quale era andata configurandosi al tempo del giurista in conseguenza delle progressive estensioni cui era stata assoggettata». Tale orientamento è stato incidentalmente ribadito dallo studioso all'interno di ID., *'Uxor socia'*. *Appunti in margine a D. 1.16.4.2*, in *Iura*, 32, 1981, 127 e n. 60, ora in ID., *Scritti*, I, cit., 646 e nt. 60, secondo cui il passo rispecchierebbe «una rielaborazione posteriore, dovuta più che ai compilatori giustinianeî allo stesso Marciano», e ulteriormente rivisitato in ID., *Concessione e corruzione: un intreccio complicato*, in *Corruzione, repressione e*

arbitrere non sia esplicitamente menzionata, la sua inclusione tra i potenziali autori del reato si desume dal richiamo ai titolari di *potestas*, *officium* o *munus*: in particolare, va ascritto alla giurisprudenza severiana l'ampio utilizzo delle espressioni *'officium iudicis'* e *'munus iudicandi'*, delle quali esistono tracce sicure anche presso i giuristi anteriori⁶⁷.

Il frammento marcianeo va posto in stretta correlazione con il successivo:

Macer 1 *iud. pub.* D. 48.11.3: *Lege Iulia repetundarum tenetur qui, cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob iudicandam vel non iudicandam decernendumve acceperit.*

Dal testo emerge che la *lex Iulia* non limitava il novero degli *'incriminabili'* a *iudices* impegnati in procedimenti penali, determinando

rivolta morale nella tarda antichità (Catania, 11-13 dicembre 1995), a cura di R. Soraci, Catania, 1999, 308, poi in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts a W. Wołodkiewicz*, II, Varsovie, 2000, 1008, e ora in ID., *Scritti*, I, cit., 528, laddove si riconduce il senso del frammento «ad una sorta di completomania previsionale» avente di mira «il *pecunias capere* in sé considerato, vale a dire il puro e semplice incremento patrimoniale conseguito dai soggetti previamente richiamati e reso oggetto, di per sé, di un giudizio di disvalore in rapporto al quale la sottostante condotta era intenzionalmente lasciata in ombra».

⁶⁷ Il testo marcianeo non sarebbe da riferire a *iudices privati* secondo D. LIEBS, *'Damnum, damnare' und 'damnas'. Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter*, in *ZSS*, 85, 1968, 228, nt. 230 e O. BEHREND, *Der 'assessor' zur Zeit der klassischen Rechtswissenschaft*, in *ZSS*, 86, 1969, 217, nt. 128, i quali interpretano il passo alla luce del successivo Macer 1 *iud. pub.* D. 48.11.3 concludendo, rispettivamente, che la disposizione «handelt es sich endlich um Provinzialprozesse zumal auch vor niederen Beamten: in beiden Fällen [riferimento a Ulp. 3 *Iul. Pap.* D. 50.16.131.1] kam ein *index unus* nicht in Betracht» e che «so scheinen sie als *iudices pedanei* eingesetzt worden zu sein und als sonstige Mandatäre der Amtsbefugnisse». Eppure il testo, da ritenersi genuino anche nell'ipotesi di successive stratificazioni, non sembra avvalorare una lettura tanto riduttiva: il fatto di circoscriverne la portata soggettiva al processo provinciale o a *iudices pedanei*, così da richiamare unicamente la *cognitio extra ordinem* ed escludere il rito formulare, appare strettamente correlato (soprattutto nel caso di Behrends) alle specifiche problematiche trattate e prescinde dalla più ampia logica sottesa all'eventuale responsabilità del *index privatus*.

una carenza di tutela relativamente alla giurisdizione civile nel caso in cui si fossero verificati gli estremi dell'illecito: si allude infatti ai detentori di *aliqua potestas*, i quali avrebbero riscosso denaro *ob iudicandam vel non iudicandam*, senza alcuna ulteriore specificazione tale da accreditare il restringimento della norma ai soli giudizi pubblici. Il passo in discorso è in buona misura immune dalle osservazioni mosse al brano precedente, sia perché maggiormente rassicurante sotto il profilo dell'originaria provenienza in quanto estratto da un *liber iudiciorum* e non da un'opera elementare, sia in ragione degli aspetti lessicali, i quali paiono riecheggiare la terminologia impiegata per la redazione autentica del provvedimento legislativo, con particolare riferimento all'iniziale *tenetur* e all'espressione con la quale si descrive la condotta vietata.

Un'ulteriore testimonianza reca altri due indizi favorevoli alla tesi che propende per l'applicazione del provvedimento a *iudices privati*, contestualmente alla sua introduzione o in un periodo immediatamente successivo.

Macer 1 *iud. publ.* D. 48.11.7 pr.: *Lex Iulia de repetundis praecipit, ne quis ob iudicem arbitrumve dandum mutandum iubendumve ut iudicet: neve ob non dandum non mutandum non iubendumve ut iudicet: neve ob hominem in vincula publica coiciendum vinciendum vincirive iubendum exve vinculis dimittendum: neve quis ob hominem condemnandum absolvendumve: neve ob litem contestatam iudiciumve capitalis pecuniaeve faciendum vel non faciendum aliquid acceperit.*

La menzione del *index arbiterve* è questa volta palese, benché tale figura sia, nel caso specifico, l'oggetto mediato dell'attività illecita condotta dal soggetto attivo del reato: la norma intende, infatti, colpire coloro i quali ricevevano danaro (sebbene *aliquid accipere* sembri alludere anche ad altra utilità) al fine di influire sull'esercizio della funzione giudiziaria, richiamata nel modo più ampio e senza alcuna limitazione (*ob iudicem arbitrumve dandum mutandum iubendum ut iudicet*). In specie, rileva la disposizione che sanziona il compimento di atti volti a determinare la scelta della persona investita del *munus iudicandi*, modificarne la costituzione o imporle di provvedere, con tutta evidenza a favore del soggetto cui va imputata l'iniziativa criminosa. Il passaggio finale,

tuttavia, potrebbe riguardare direttamente il *index* prezzolato per celebrare o meno il processo, come attesterebbe il riferimento alla *litis aestimatio* e al giudizio pecuniario accostato a quello capitale, sì da distinguerne la tipologia⁶⁸.

Che, infine, Macro stia descrivendo il contenuto precettivo di un provvedimento risalente ad un tempo lontano lo si deduce dall'esordio del § 3:

Macer 1 *iud. publ.* D. 48.11.7.3: *Hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur et plerumque vel exilio puniuntur vel etiam durius, prout admiserint. quid enim, si ob hominem necandum pecuniam acceperint? vel licet non acceperint, calore*

⁶⁸ Per C. VENTURINI, *Studi*, cit., 484, il testo costituirebbe «il risultato concreto di uno sforzo del giurista di abbracciare in una definizione sintetica le due forme fondamentali di realizzazione del reato, identificabili l'una nelle attività di natura estorsiva e l'altra nell'acquisizione di profitti patrimoniali conseguenti a forme di corruzione passiva e, in generale, ad ogni arricchimento sanzionato dalla legge ed estraneo alle fattispecie tralazizie». Riferiva il testo al *index privatus* L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica, Milano, 1965, 355, laddove, dopo avere correttamente ricordato come «venuta meno la pena di morte, ch'era comminata al tempo delle XII Tavole, la corruzione del giudice resta tuttavia perseguibile penalmente in base alla *lex Iulia repetundarum*», precisava come «azione *in bonum et aequum* per il risarcimento del danno alla parte, da un lato, e responsabilità penale del giudice dall'altro lato, sono dunque i due termini entro cui si colloca e si caratterizza la disciplina giuridica dell'ipotesi di corruzione del giudice quale la vediamo descritta nelle fonti classiche». La considerazione conclusiva, tuttavia, non sembra altrettanto condivisibile quanto l'opinione iniziale perché, qualificando dogmaticamente il *litem suam facere* in funzione risarcitoria come rimedio alla corruzione giudiziale e affiancando tale fattispecie alla repressione delle *repetundae*, lo studioso finiva per neutralizzare il ruolo specifico di entrambi gli istituti, il cui discrimine era costituito proprio dall'*accipere pecuniam ob rem iudicandam*: le fonti, infatti, fanno intravedere l'esistenza di due diverse discipline, giustificate dall'alterità della condotta illecita e dell'elemento soggettivo. Qualora le violazioni procedurali integranti il *litem suam facere* avessero fatto seguito alla riscossione di denaro, la fattispecie rilevante sarebbe stata soltanto quella delle *repetundae*, cui sarebbe seguito il procedimento restitutorio descritto dallo stesso Raggi; una diversa ricostruzione alimenterebbe quelle perplessità e contraddizioni che la tesi dell'autonomia della corruzione giudiziale consente di evitare.

tamen inducti interfecerint vel innocentem, vel quem punire non debuerant? capite plecti debent, vel certe in insulam deportari, ut plerique puniti sunt.

L'avverbio di apertura è speculare al riferimento presente nel *principium* (*lex Iulia praecipit ... hodie*) e presuppone una netta demarcazione tra la procedura vigente dopo l'entrata in vigore della legge ed il momento in cui lo stesso Macro redige i suoi *libri iudiciorum*, poiché il funzionamento delle *quaestiones* è stato ormai soppiantato dal ricorso alla *cognitio* in sede criminale, accompagnata dalla correlativa modificazione dell'apparato sanzionatorio⁶⁹. Tutto quanto egli ha descritto in precedenza, compreso il riferimento al *iudex arbiterve*, sembrerebbe relegato ad un passato privo di riflessi giuridici sul presente; tuttavia, a ben vedere, non si postula alcuna desuetudine della casistica esplicitata nel *principium* del fr. 7, ma il giurista intende soffermarsi sul fatto che le medesime modalità di commissione dell'illecito comportano l'irrogazione di sanzioni differenti da quelle predisposte all'epoca di Cesare, sino alla comminazione della pena capitale, laddove ciò si rivelasse proporzionato all'entità del fatto. Peraltro, l'impostazione del paragrafo denota un andamento retorico singolarmente analogo al passo gelliano attribuito a Tab. 9.3, che inoltre, pur nella notevole diversità del contesto giuridico di riferimento, si conclude con l'affermazione della 'non inadeguatezza' della sanzione capitale rispetto alla estrema gravità dell'illecito perpetrato.

⁶⁹ Circa la genuinità del passo, cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 91, nt. 52. Concorrono, altresì, a illustrare gli sviluppi tardo-classici ed epiclassici di fattispecie, dando conto della perseguibilità integralmente criminale della condotta vietata, Paul. Sent. 5.23.11(10): *Iudex qui in caput fortunasque hominis pecuniam acceperit, in insulam bonis ademptis deportatur*; Paul. Sent. 5.25.4: *Iudex, qui contra sacras principum constitutiones contrave ius publicum, quod apud se recitatum est, pronuntiat, in insulam deportatur*; Paul. Sent. 5.28.B.2(1): *Indices pedanei si pecunia corrupti dicantur, plerumque a praeside aut curia submoventur aut in exilium mittuntur aut ad tempus relegantur.*

2.4. Sull’eventuale collegamento tra persecuzione pubblica del giudice venale e ‘*litem suam facere*’

Intendendo trarre le fila delle argomentazioni sinora sviluppate in dialogo con Carlo Venturini, è possibile delineare due ordini di conclusioni.

In primo luogo, ci si è domandati «se un’imputazione *de repetundis* basata sull’intervento dell’*ob iudicandum pecuniam accipere* poteva venire contestata anche ai giudici del processo privato»⁷⁰: la risposta deve essere affidabilmente positiva con riguardo all’età imperiale, come comprovato da passi giurisprudenziali che attesterebbero la dilatazione della *lex Iulia repetundarum* in ordine ai soggetti attivi del reato e all’ambito applicativo della norma. Quanto all’età precedente, sarebbe ragionevole propendere per un orientamento analogo, sul fondamento dell’inesistenza di validi motivi tesi a escludere che la legislazione sillana abbracciasse anche la corruzione del *iudex privatus*. Tuttavia, accedendo alla tesi secondo cui la perseguibilità *de repetundis* di quest’ultima – avente ad oggetto un *accipere pecuniam* – sarebbe dovuta all’ampliamento della *lex Iulia* durante il principato, verrebbe preclusa l’individuazione di una linea di continuità fra la legislazione tardorepubblicana e quella imperiale, il che non consentirebbe di recepire esattamente il contenuto delle fonti. Per cogliere il senso di quest’affermazione, giova recuperare le riflessioni sul provvedimento cesariano formulate da Venturini, ad avviso del quale «il lungo testo originario [del medesimo] non ampliò la cerchia dei soggetti incriminabili: rielaborò, invece, *severius et sanctius*⁷¹ le disposizioni legislative anteriori concernenti il divieto di ogni forma di concussione mediante una sorta di ‘codification’ dell’esperienza via via maturata»⁷². Il provvedimento avrebbe sanzionato esplicitamente «un insieme di ipotesi di illecito profitto rientranti nell’ambito della corruzione passiva, del

⁷⁰ C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 462.

⁷¹ Cic. *pro Rab. Post.* 4.8: *Si est hoc novum in lege Iulia, sicuti multa sunt severius scripta quam in antiquis legibus et sanctius, inducatur sane etiam consuetudo huius generis iudiciorum nova.*

⁷² C. VENTURINI, *Per un riesame*, cit., 67.

peculato e dell'interesse privato in atti d'ufficio»⁷³, sì da circostanziare fattispecie già sussunte all'interno della figura, e non solo «in via interpretativa»⁷⁴, se è vero che il richiamo all'*ob indicandum pecuniam accipere* era già presente nell'antecedente *lex Cornelia de repetundis*. In effetti, il legislatore cesariano avrebbe preso atto di un'evoluzione già testimoniata da quest'ultima e ulteriormente rafforzatasi in ambito forense al fine di delineare «un concetto di *crimen repetundarum* assai più ampio rispetto a quello tradizionale»⁷⁵, in cui veniva ricompresa la previsione relativa alla venalità del giudicante. Dunque, «si può ritenere che la *lex Iulia* abbia costituito lo sbocco di un'alterazione funzionale che gli *iudicia repetundarum* avevano subito già sotto l'imperio della *lex Cornelia* e, forse, già sotto quello delle *leges Serviliae*»⁷⁶ ed è altrettanto lecito «scorgere nella legge di Cesare la premessa delle alterazioni successive che il *crimen repetundarum* ricevette nell'età imperiale, nel cui corso la *lex Iulia*, inserita nell'*ordo iudiciorum*, rimase costantemente in vigore»⁷⁷.

Come non vi è discontinuità tra norme tardorepubblicane e imperiali in tema di persecuzione criminale della venalità del *index privatus*, così vi è contiguità dogmatica e qualificatoria – «pur con progressive trasformazioni e contrazione dell'asperità delle conseguenze

⁷³ C. VENTURINI, *Per un riesame*, cit., 67.

⁷⁴ C. VENTURINI, *Per un riesame*, cit., 67.

⁷⁵ C. VENTURINI, *Per un riesame*, cit., 69, il quale altresì considera problematico delineare unitariamente la figura criminosa sicché, «facendo leva sull'unico elemento comune alle varie modalità esecutive, è dunque inevitabile definirla in termini di illecito arricchimento nell'esercizio di funzioni pubbliche, restando collegato il disvalore alle modalità dell'acquisto, alla sua misura ovvero all'intervenuta violazione di doveri generici di correttezza o di obblighi specifici».

⁷⁶ C. VENTURINI, *Per un riesame*, cit., 70.

⁷⁷ C. VENTURINI, *Per un riesame*, cit., 70. Piuttosto, una divergenza di fondo potrebbe essere colta in ordine alla *ratio* che avrebbe ispirato, rispettivamente, la legislazione graccana e quella giuliana: l'esigenza di tutelare le vittime sarebbe stata sopravanzata da quella avente ad oggetto la moralizzazione della vita pubblica. Ad avviso dello studioso, «il bene protetto può, così essere identificato nel primo caso nella sicurezza delle popolazioni amministrative e nel secondo nell'ortodosso adempimento delle funzioni politiche, amministrative e giudiziarie da parte dei loro titolari», così da ascrivere «alla prima legge un fondamentale intento garantistico e alla seconda un fine prevalente di tutela dell'ordinamento statale».

sanzionatorie»⁷⁸ – tra Tab. 9.3 (oppure 8.23b, che dir si voglia) e la legislazione posteriore, finalizzata a reprimere la corruzione giudiziale tanto nei *iudicia publica* quanto in quelli privati: dalla menzionata vicenda di L. Ostilio Tubolo si desume, infatti, la persistenza del ‘calco’ decemvirale alla stregua di un torrente carsico, inariditosi senza mai del tutto dissolversi, nonostante il decorso di tre secoli e la prevalente – sebbene temporanea – affermazione di strumenti sanzionatori estranei all’ambito criminale.

In secondo luogo, ci si è chiesti se esista un rapporto di filiazione diretta o di successione immediata tra la severa disposizione duodecimtabulare e la figura del *litem suam facere*, produttiva di un’obbligazione *quasi ex delicto* e perseguita in via edittale: la dottrina più risalente⁷⁹, la quale accreditava tale legame, è stata recentemente rivisitata da Humbert che ha prospettato una pista alternativa, contrassegnata dalla violazione del giuramento. Secondo lo studioso francese, in età classica esso ha un contenuto ampio, che non vincola il *iudex privatus* solo per il caso di assenza ingiustificata o della violazione di regole procedurali, ma «aussi en cas de partialité»⁸⁰. Sarebbe pertanto verosimile «d’etablir une filiation»⁸¹ tra l’obbligazione, tutelata dall’editto, di

⁷⁸ M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 507, nt. 203. In questa sede, sul piano sanzionatorio è sufficiente richiamare G. MACCORMARCK, *Liability*, cit., 25 s., secondo cui i due principali provvedimenti (*lex Cornelia [de sicariis]* e *lex Iulia de repetundis*) riproducono precetti inseriti nelle leggi precedenti: «Under the *lex Cornelia* a magistrate or a *iudex quaestionis* who conspired or accepted a bribe to secure the conviction of the defendant in a capital case incurred the penalty of death. Liability was restricted to senators. In practice death was replaced by exile. Under the *lex Iulia* a judge who accepted a bribe incurred a financial penalty (payable to the person injured, or the State?) and *infamia*. In some cases, perhaps where the bribe was extorted by threats, the penalty seems to have been capital. It is not certain whether liability was confined to senators». Lo studioso conclude, poi, come «the important point is that a judge in a civil action was included in the range of liability».

⁷⁹ Cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II. *Privatrecht und Civilprozess. Strafrecht, Strafprozess*, Leipzig, 1901, 1349; E. LEVY, *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1915, 48; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, Milano, 1938, 210; G. MACCORMACK, *The Liability*, cit., 5 ss.

⁸⁰ M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., 685.

⁸¹ M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., 686.

pronunciare la sentenza nel giorno prestabilito al fine di non incorrere nel *litem suam facere* e l’obbligo di emanare una sentenza imparziale, vale a dire completamente esente da corruzione: in breve, di collocare nel giuramento del giudice – «attesté des XII T. jusqu’à Aule-Gelle»⁸² – i fondamenti della sua responsabilità. In conclusione, per Humbert, tanto la pena sacrale quanto la *nota censoria*, come, infine, l’azione privata editale «en réparation du préjudice subi par la partie lésée par la partialité du juge»⁸³, sanzionano la violazione del giuramento, costituendo strumenti per assicurarne il più efficace rispetto. Per effetto del legame di derivazione sopra delineato la pena di morte sarebbe stata dunque rimpiazzata, a lungo andare, da un’*actio in factum*⁸⁴: il che, oltre ad essere privo di agganci testuali, è insostenibile sotto il profilo dogmatico e storico. Appare assai arduo, infatti, giustificare come una condotta d’indole criminale, quale la corruzione giudiziale descritta in Tab. 9.3, possa essere derubricata verso la fine dell’età repubblicana a semplice illecito privato di matrice pretoria⁸⁵: «si tratterebbe, pertanto, dell’unico caso di trasfusione di un *crimen* in un cd. ‘quasi delitto’, considerazione che, già di per sé, rende plausibile il rigetto del rapporto di dipendenza»⁸⁶. Inoltre, «il fenomeno si situerebbe in controtendenza – nella storia giuridica di Roma antica e postclassica – a trasferire, almeno tendenzialmente, le figure di *delicta* nell’ambito dei *crimina*, e non viceversa»⁸⁷. Si evince, pertanto, che la corruzione del *iudex privatus*

⁸² M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., 686.

⁸³ M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., 686.

⁸⁴ Si tratta del medesimo esito al quale era pervenuto, sul piano meramente congetturale, C. TOMULESCU, *Infractions de droit pénal public dans les XII Tables*, in *RIDA*, 26, 1979, 449, secondo il quale «la peine de mort a été remplacée, à la fin de la République, par une *actio in factum*. Les juges étant corrompus, la peine de mort était devenue trop sévère et ne s’accordait plus aux moeurs» (negli stessi termini, in precedenza, cfr. ID., *Problèmes de droit romain*, in *Iura*, 24, 1973, 82).

⁸⁵ Cfr., segnatamente, A. BURDESE, *Note sulla responsabilità del ‘iudex privatus’*, in *Studi in onore di L. Mazza*, I, Teoria e storia. Diritto amministrativo generale, Padova, 2007, 38; F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna, 2010, 42, nt. 55).

⁸⁶ M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 507, nt. 203.

⁸⁷ M. MIGLIETTA, *Le norme*, cit., 507, nt. 203.

mantiene una propria autonomia concettuale, configurandosi l’*accipere pecuniam* quale specifica fonte di responsabilità perseguibile nelle forme previste dalla repressione criminale, seppure con le attenuazioni di cui si è dato conto: essa, pur affiancandosi a differenti condotte antidoverose di minore intensità⁸⁸, non entra mai in rotta di collisione con i rimedi predisposti per queste ultime, né tende ad assorbirli (o ad esserne assorbita).

3. *Sentenza emessa ‘cum dolo malo in fraudem legis’ (Ulp. 21[23] ad ed. D. 5.1.15.1) e presunta corruzione del giudice.*

Rileggendo le argomentazioni elaborate da Carlo Venturini circa le condotte da cui si sarebbe originata responsabilità in capo al *index privatus*, affiora l’interesse dello studioso per il testo originariamente appartenuto al ventunesimo (o, forse, ventitreesimo) commentario ulpiano *ad edictum* e poi riversato dai compilatori in D. 5.1.15.1: si tratterebbe di un’ipotesi aggiuntiva – con buona probabilità, valorizzata dalla giurisprudenza severiana – rispetto a quelle già conosciute, considerato che sino a quel momento il *litem suam facere* era stato integrato soltanto da violazioni procedurali consistite, da un lato, nel mancato aggiornamento di udienza e nell’omessa pronuncia della sentenza (*Pap.*

⁸⁸ Riguardo eventuali condotte illecite ascrivibili al *index arbiterve* e indipendenti dalla corruzione passiva, le disposizioni decemvirali – pur non dettando precetti espliciti – lasciano intendere come l’adempimento delle relative funzioni costituisse un obbligo, al quale non era possibile sottrarsi in difetto di impedimenti legittimi. È dunque ragionevole ritenere che in capo al giudice sorgesse una responsabilità quando fossero violati precisi doveri procedurali (se avesse disertato l’udienza senza addurre una causa legittima di impedimento; se avesse disposto una *diffissio* per un motivo estraneo alle fattispecie contemplate in Tab. 2.2; se, recatosi *in comitio aut in foro*, avesse celebrato il processo benché il *reus*, adducendo una giustificazione legale, non si fosse presentato [o avesse comunicato che sarebbe rimasto legittimamente assente]). A questo punto, precisato che l’assenza di fonti in argomento suggerisce estrema prudenza nell’indicare la soluzione corretta, le tre ipotesi enucleate riguardano la *mutatio iudicis* (in una con la *translatio iudicis*), la *mannus iniectio* e la *multae dictio*, con preferenza per quest’ultima (cfr. R. SCEVOLA, *Origini*, cit., 401 s.).

Ant. 1.22⁸⁹; *l. Irm.* 91⁹⁰), dall’altro, nel superamento di limiti formulari tassativi (Gai 4.52⁹¹)

Ulp. 21(23)⁹² *ad ed.* D. 5.1.15.1: *Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.*

⁸⁹ *Pap. Ant.* 1.22: ... () *pup(ill.) si .e... o[...]* *obsa-/bit exc(eptio), aut restitutoriu(m)/ind(iciu)m dabitur. Q(uod)si sciens eu(m)/ pup(illum) esse lit(igaverit) s(ine) t(utore)/a(uctore) repelbet(ur) iure/pr(ae)torio. § Item Pomp(onius) scribit, si fal/so t(utore) a(uctore) m(ale) fuerit diffi(s)sus/ dies, ed(ictum) q(ui)d(em) cessare, et indi-/cem, q(ui)a neq(ue) diffidit ne(que)/ s(ententi)am dixit, litem suam fe-[cisse] videri.*

⁹⁰ *L. Irm.* k. 91 (Tab. X, col. A, ll. 51-54 / col. B, ll. 1-3): *et si neque dies diffi(s)sus neque indicatum fuerit, uti lis iudici arbitrove damni sit, et si intra it tempus, quod legis Iuliae, quae de iudiciis privatis proxime lata est, kapite XII senatusve consultis [[ad it kaput]] ad it kaput legis pertinentibus compr(e)hensum est, indicatum non sit, uti res in iudicio non sit... (Tab. X, col. B, l. 15-18) ... si neque diffi[s]sum e lege neque indicatum sit per quos dies quoque loco ex b(ac) l(ege) iudicari licebit oportebit, iudici arbitrove lis damni sit, utique, si intra it tempus qu[o]d supra compr(e)hensum est indicatum non sit, res in iudicio non sit...*

⁹¹ Gai 4.52: *Debet autem iudex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa condemnet, alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne plures condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est. At si etiam...*

⁹² Si è a lungo discusso se il passo fosse in origine appartenuto al libro 21 del commentario ulpiano *ad edictum*, in materia di *adpromissores*, e, in specie, di *lex Cornelia* (O. LENEL, *Das ‘Edictum Perpetuum’. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, 216 e nt. 6, nonché ID., *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889, c. 541 e nt. 3, secondo cui il frammento si sarebbe potuto collocare nel titolo XV, sotto la rubrica *de fideiusore et sponsore*), oppure al ventitreesimo, *de iudiciis omnibus*, contenente una parte rubricata dallo studioso *si iudex litem suam fecerit* (suggerisce F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 224 e nt. 21, di collocare il brano all’interno del libro 23, nella parte in cui l’editto si occuperebbe espressamente di *litem suam facere* [§ 59: *de vacatione. Si iudex litem suam fecerit*], che, per O. LENEL, *Das ‘Edictum Perpetuum’*, cit., 167, nt. 1, sarebbe da inserire nel titolo edittole *de iudiciis* [XIV], materia trattata dal giurista severiano giustappunto nel ventitreesimo libro del suo commentario). Sul piano delle conseguenze implicate dallo scioglimento del dilemma, nel primo caso, la responsabilità del giudice per l’emissione della sentenza fraudolenta si sarebbe circoscritta a un ambito applicativo ben preciso, mentre, corroborando la seconda ipotesi, la fattispecie avrebbe assunto un valore generale, configurando peraltro un modello tipologicamente alternativo a quello postulante inadempimenti obiettivi di obblighi procedurali. Non solo: dall’attribuzione

al ventunesimo commentario ulpiano si è dedotta l'analogia di D. 5.1.15.1 con Gai 4.52, giustificata sulla base del fatto che il superamento della *taxatio* formulare sarebbe strutturalmente accostabile al travalicamento dei massimali previsti da *leges* repubblicane in materia di *adpromissio*, sostanziandosi entrambe le fattispecie nel mancato rispetto di doveri imposti da disposizioni eterogenee nella provenienza (magistratuale o legislativa), ma egualmente vincolanti. Di contro, l'iscrizione al commentario 23, *de iudiciis omnibus*, avrebbe indotto a scorgere nel *litem suam facere* una sorta di rimedio diffuso avverso l'ingiustizia della sentenza formulare, configuratosi 'per osmosi' dopo che il processo *per cognitionem* aveva introdotto l'appello. A favore della prima prospettazione si è speso, articolando argomentazioni di indubbio spessore, A. BURDESE, *Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di G. Provera*, Napoli, 1994, 177 ss., sebbene a mio avviso «la centralità attribuita al dolo giochi contro l'analogia in parola, tanto perché in Gai 4.52 l'accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo non viene richiesto ai fini della commissione dell'illecito, integrato dall'obbiettivo superamento del limite formulare, quanto per il fatto che nel caso di violazione del valore massimo stabilito dalla *lex Cornelia* il dolo colora la *fraus legis* e non una condotta sfociata nell'emissione di una pronuncia *contra legem*» (R. SCEVOLA, *Origini*, cit., 467). Per sostenere tale analogia, infatti, lo studioso doveva scorgere nel dolo un elemento autonomo di fattispecie (similmente a De Martino, dal quale tuttavia prendeva le distanze) e annichilire le differenze tra sentenza *contra legem* e in *fraudem legis*, di conseguenza correlando implicitamente l'esperibilità del rimedio a casi di ingiustizia sostanziale del verdetto: in questa prospettiva, ben si sarebbero spiegati la glossematicità della parentetica '*si evidens arguatur eius gratia vel inimicitia vel etiam sordes*' (A. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., 180) e il contenuto veritativo dell'*aestimatio litis* indicata nel passo (p. 182). Consapevole del rischio, il Maestro si sarebbe anche fatto carico delle relative conseguenze, ove trovava «difficile tracciare una linea di demarcazione tra sentenza nulla per violazione di regole procedurali e sentenza semplicemente ingiusta, per erronea applicazione di regole di diritto sostanziale o per travisamento di elementi di fatto, come tale pur sempre valida» (p. 181). Relativizzando l'importanza attribuita alla questione palinogenetica, si potrebbe giungere a ritenere che il carattere illecito del *sententiam dicere dolo malo in fraudem legis* abbia ricevuto originaria sanzione in controversie relative alle *adpromissiones*, onde poi dare luogo progressivamente, tramite interpretazioni ampliative ascrivibili ai giuristi severiani, a una distinta tipologia di responsabilità. Essa avrebbe affiancato quelle preesistenti, con la specifica funzione di presidiare il rispetto delle costituzioni imperiali da parte dei giudici privati, meno controllabili rispetto ai giudicanti in processi cognitivi: neppure si può escludere a priori che la nuova ipotesi di *litem suam facere* abbia rinvenuto il proprio terreno d'elezione nel campo delle garanzie personali, pur senza limitare la propria applicazione alle medesime.

Sospetti in ordine alla genuinità del testo non sono mancati, indipendentemente dalla sostituzione beseleriana di *in fraudem legis* con *in fraudem litigatoris*⁹³, al punto che una parte della dottrina – neppure troppo risalente – lo avrebbe giudicato contraddittorio e glossematico, negandogli validità *in toto*⁹⁴; alla luce di valutazioni meno parentorie, Otto Lenel avrebbe ritenuto classica la prima parte (*‘Iudex ... dixerit’*), ma inautentica la seconda, tanto sotto il profilo della parentetica, quanto riguardo la quantificazione della condanna irrogata a carico del *iudex qui litem suam fecit*⁹⁵, mentre, in progresso di tempo, Francesca Lamberti avrebbe reputato insitico solo il passaggio preordinato a connotare il dolo attraverso la menzione delle modalità realizzative del medesimo⁹⁶. Optava per la sostanziale classicità del testo Arangio-Ruiz⁹⁷, cui successivamente si sarebbero aggiunti Burdese⁹⁸ e De Martino⁹⁹, i quali tuttavia divergevano circa il valore da attribuire alla *lex*, oggetto della *fraus*: da riferire – in ragione dell’*inscriptio* e della correlativa *sedes materiae*

⁹³ Cfr. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, 77.

⁹⁴ Così A. D’ORS, ‘*Litem suam facere*’, in *SDHI*, 48, 1982, 374, 378. Secondo C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 468, gli argomenti addotti dallo studioso spagnolo, «costituiti dall’accenno all’emanazione di una sentenza e dall’incompatibilità della condanna alla *vera aestimatio litis* con un’azione che D. 50.13.6, tratto dai gaiani *libri aureorum*, indica come *in factum*, appaiono condivisibili con difficoltà, considerando che il primo discende, semplicemente, dall’assenza di un analogo accenno nelle altre testimonianze (e perciò, ad avviso di Scevola [*La responsabilità*, cit., 268], dal malinteso secondo cui la responsabilità del giudice presupporrebbe, in ogni caso, la mancata emanazione della sentenza) e che il secondo, a dispetto dell’infelicità dell’espressione *vera aestimatio*, è superabile sulla base del rilievo, risalente al Lenel (*Das ‘Edictum Perpetuum’*, cit., 169), secondo cui la condanna poteva, se non altro in casi eccezionali di gravi responsabilità, estendersi ‘auf den vollen Streitwert’».

⁹⁵ Cfr. O. LENEL, *Das ‘Edictum Perpetuum’*, cit., 168.

⁹⁶ Cfr. F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 225.

⁹⁷ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1960 (ristampa 1986), 378.

⁹⁸ Cfr. A. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., 176 s.

⁹⁹ Cfr. F. DE MARTINO, ‘*Litem suam facere*’, in *BIDR*, 41, 1988, 8.

– a una delle leggi limitatrici delle garanzie personali ad avviso del primo¹⁰⁰, ma latrice di un valore generale a parere del secondo¹⁰¹.

Sebbene Venturini propendesse per l'interpretazione dello studioso partenopeo circa la portata omnicomprensiva della legge, non condivideva «l'opportunità di fare discendere dalla circostanza l'integrazione ‘*dolo malo aut in fraudem legis*’, con ciò configurando due ipotesi alternative, basate l'una sul generico ricorrere del dolo e l'altra sul suo specifico orientarsi nel senso della *fraus legis*»¹⁰². Parimenti, non avrebbe potuto ricevere accoglimento la proposta del D'Ors, che espungeva il riferimento al *dolus malus*, la quale «viene così a discendere dalla petizione di principio secondo cui il testo rifletterebbe la concezione postclassica, orientata nel senso di configurare nel *litem suam facere* un rimedio contro l'ingiustizia della sentenza»¹⁰³. In conclusione, se si fosse esaminato il testo «senza pregiudizi»¹⁰⁴, sarebbe sembrato «evidente che esso, forse seguito da un elenco di altri casi di *litem suam facere*, contemplava l'ipotesi particolare di una sentenza che violava lo spirito di specifiche disposizioni normative pur nel loro formale rispetto; risultato, questo, evidentemente ispirato da un atteggiamento doloso, che era necessario far emergere per la punibilità del fatto e che si

¹⁰⁰ Si veda A. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., 177, preceduto O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., 217; pensava, invece, alla *lex Iulia iudiciorum privatorum* T. GIMENEZ CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990, 49.

¹⁰¹ Cfr. F. DE MARTINO, *'Litem suam facere'*, cit., 8.

¹⁰² C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 467 s., in riferimento a F. DE MARTINO, *'Litem suam facere'*, cit., 9.

¹⁰³ C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 468 e nt. 88, ad avviso del quale questa tesi verrebbe «corroborata appellandosi all'Etica Nicomachea, nel punto in cui (1136 b) alla distinzione tra atti volontari e involontari si affianca il rilievo secondo cui il giudice che pronuncia sentenza ingiusta per ignoranza non è ἄδικος ma ὡς ἄδικος e chiamando in causa il giudizio di Paride nel quale, a dire del tardo poeta Draconzio, il principe sarebbe incorso nell'illecito per aver assegnato la palma a Venere ingiustamente in quanto “se había dejado subornar (*pretio*) por el atractivo” della dea» (riferimento ad A. D'ORS, *'Litem suam facere'*, cit., 379). Nota lo studioso italiano che *pretio* sembrerebbe richiamare, piuttosto, un'ipotesi di corruzione e ciò giustificerebbe il fatto che A. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., 186, «interpreta, più genericamente, la locuzione nel senso di “giudicare con parzialità”».

¹⁰⁴ C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 468.

collegava (come indica la parentetica, in fondo superflua) a favore o inimicizia verso una parte oppure a *sordes*»¹⁰⁵. Pur senza riesaminare *ab imis fundamentis* l'intera fattispecie¹⁰⁶, le opinioni e i suggerimenti di Venturini sollecitano precisazioni proprio in ordine all'ultimo lemma citato, il che non sarebbe produttivo senza un *excursus* sull'intera parentetica e, quindi, in assenza di alcuni preventivi cenni all'esegesi complessiva del passo, in cui si insinua l'ombra della corruzione, come lo stesso illustre Maestro non avrebbe indugiato a segnalare in esito al proprio discorrere.

Il contenuto della *fraus legis* è tratteggiato da due testi giurisprudenziali di età severiana, a torto sospettati sul piano della classicità¹⁰⁷: Paul. *lib. sing. ad l. Cinc. D. 1.3.29*¹⁰⁸ e Ulp. 4 *ad ed. D. 1.3.30*¹⁰⁹. Conformemente al primo brano, «agisce contro la legge colui che fa ciò che la legge proibisce; invece, agisce in frode [alla legge] colui che, fatte salve le parole, ne raggira il senso», mentre, in base al secondo, «viene fatta frode alla legge quando viene fatto ciò che essa non volle che fosse fatto, ma non vietò che si facesse; e, come 'dista la parola dal pensiero', così dista la frode [della legge] da ciò che è fatto contro la legge». Definendo gli atti *in fraudem legis* come non contrastanti con i *verba* ma con la *ratio* ad essi sottesa, Paolo li distingue chiaramente dai comportamenti *contra legem*, che danno luogo a un aperto conflitto tra condotta medesima e

¹⁰⁵ Così C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 468, che, in prosieguo, riporta l'opinione di A. GUARINO, 'Actiones in aequum conceptae', in *Labeo*, 8, 1962, 14 e nt. 56, per cui il lemma *sordes* sarebbe un'aggiunta alla precedente espressione, inteso come «bassezza d'animo» da F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 225 e L. FASCIONE, 'Fraus legi'. *Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983, 153, per il quale «il criterio usato sembra voler prescindere dalla volontà dell'agente di commettere frode alla legge».

¹⁰⁶ Cfr., *in complexu*, R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 249 ss.; ID., *Origini*, cit., 447 ss.

¹⁰⁷ Per l'orientamento propenso a motivare la genuinità del testo, cfr. G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911, 32; L. FASCIONE, 'Fraus legi', cit. 153 e F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit., 249.

¹⁰⁸ Paul. *lib. sing. ad l. Cinc. D. 1.3.29*: *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.*

¹⁰⁹ Ulp. 4 *ad ed. D. 1.3.30*: *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat ῥῆτὸν ἀπὸ διαβολας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.*

tenore letterale del precetto. Ulpiano, poi, evidenzia come lo iato tra i *verba* e il pensiero dell'agente sia causato dalla legge, la quale non ha espressamente vietato alcuni comportamenti che comunque non vuole si realizzino, trattandosi del naturale spazio riservato all'*interpretatio* dalla norma stessa – posta nella pratica impossibilità di indicare tutte le condotte vietate – e non del risultato di un'imperfetta tecnica legislativa. Va infine precisato come sotto la designazione di *lex* non cada qualsiasi precetto normativo riconducibile al *ius*¹¹⁰, ma in specie le costituzioni imperiali, con estensione anche ai senatoconsulti e a talune leggi repubblicane di cui il principe intendeva perpetuare l'applicazione¹¹¹.

Il dolo specifico, richiesto nel brano ulpiano ai fini della commissione dell'illecito e le cui concretizzazioni sono declinate nella parentetica dalla dubbia genuinità, non solo consente di distinguere questa forma di *litem suam facere* da quelle nelle quali l'oggettività del risultato antidoveroso – fosse esso ravvisabile nella mancata *diffissio*, nell'omessa pronuncia della sentenza o nella violazione dei limiti

¹¹⁰ Insiste sulla distanza corrente fra i due concetti, che acquisirebbero senso pregnante «solo quando impiegati in accezione più specifica e in contrapposizione l'uno all'altro», M. GIUSTO, *Litem suam facere. A proposito di una recente monografia*, in *SDHI*, 72, 2006, 403, secondo cui «l'espressione *fraus legis* poteva quindi riferirsi in modo generico, almeno nel passo di Ulpiano, al mancato rispetto di qualsiasi precetto giuridico (con indistinzione tra *lex* e *ius*)». In termini non troppo dissimili ragionava A. GUASCO, *La responsabilità del 'iudex privatus'*, in *Index*, 36, 2008, 423, secondo cui andrebbero formulate tre ipotesi circa l'individuazione della *lex*: la *Iulia iudiciorum privatorum* (avente carattere strettamente processuale e quindi difficilmente conciliabile con la *fraus*), un'ulteriore legge pubblica andata perduta oppure, appunto, «non un singolo atto normativo, ma più in generale l'intero complesso delle norme esistenti che il giudice avrebbe dovuto interpretare correttamente al fine di emettere la sentenza» (avendo Ulpiano recepito «l'influenza dello stile ambiguo ed ermetico del suo venerato maestro Papiniano»). Sul punto, pur rilevando come il giurista di Tiro si rappresentasse nitidamente la distinzione tra atti *contra legem* e atti *in fraudem legis*, F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 23, nt. 18, non esclude che *lex* ricomprendesse qualunque precetto giuridico.

¹¹¹ «Proprio la dinastia severiana mira, d'altronde, a perfezionare il disegno, inaugurato da Adriano, in base al quale le *leges* sarebbero dovute assurgere a principale fonte del diritto e, quindi, ne venisse presidiata in maniera crescente non solo la trasgressione diretta, ma anche l'infrazione surrettizia sia rispetto ai fruitori, sia riguardo a chi fosse preposto a garantirne la coerenza» (così R. SCEVOLA, *Origini*, cit., 449).

quantitativi fissati nella formula – avrebbe reso del tutto ininfluenza l'accertamento relativo all'elemento psicologico, ma permette di svelare un ulteriore requisito di fattispecie. Nella casistica preesistente l'irrilevanza del dolo o della colpa discenderebbe dall'assoluto difetto di discrezionalità in capo al *iudex reus*, giustificato dalla natura vincolata dei poteri processuali conferitigli, mentre, nel caso di Ulp. 21(23) D. 5.1.15.1, la valenza del dolo – resa manifesta da *gratia, inimicitia vel etiam sordes* – deriva dal riconoscimento di uno ‘spazio giudiziale di manovra’ relativo alle corrette modalità di gestione della causa, a loro volta incidenti sul rispetto dei limiti che circoscrivono la discrezionalità del giudice¹¹². In altri termini, l'illecito sarebbe stato accertato soltanto se la parte pregiudicata avesse fornito una doppia prova inerente, in primo luogo, all'uso capziosamente errato dei poteri istruttori/direttivi attribuiti al giudice (si pensi, esemplificativamente, alla manipolazione delle prove), con superamento dei limiti interni alla sua discrezionalità operativa; in secondo luogo, alla sussistenza di un intenso stato soggettivo, desumibile da indizi attestanti una voluta parzialità di giudizio. Questa complessa articolazione sequenziale dipenderebbe proprio dalla difficoltà di rilevare l'aggiramento del dettato legislativo, che presuppone una sentenza conforme alla lettera della legge, ma concretamente volta a disattenderne le prescrizioni: accertamenti pertanto non necessari nel caso di una sentenza *contra legem*, destinata

¹¹² Ha rilevato G. GUIDA, *'Ius dicere' e 'iudicare'. 'Iurisdictio' del magistrato e poteri del giudice*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, III, a cura di L. Garofalo, Padova, 2015, 58 s., come gli ampi margini di discrezionalità connotanti l'attività del giudice fossero circoscritti certamente dalla natura dell'azione esperita e che il suo *officium* fosse vincolato, nel suo esercizio, alla luce degli aspetti delineati da G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo 'per formulas'*, in *RIDA*, III, 1956, 349 ss., ora in *ID.*, *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1985, 177 ss., e da M. TALAMANCA, *I clienti di Cervidio Scevola*, in *BIDR*, 103-104, 2000-2001, 522 ss. Dunque, secondo G. GUIDA, *'Ius dicere'*, cit., 60, «il potere di *iudicare* si estrinseca essenzialmente in un 'giudizio di fatto'» e la sua concreta cognizione «dipende dalla natura del giudizio, ma non può estendersi al di là delle direttive fornite dal pretore e dai giuristi nella fissazione del *thema decidendum* (*si paret/si non paret*)».

progressivamente – per effetto dell’influenza esercitata dalla *cognitio extra ordinem* sul processo formulare – alla sanzione della nullità¹¹³.

¹¹³ Cfr., in argomento, A. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., 178 ss., secondo cui in Paul. 14 *quaest.* D. 42.1.41.2 emergerebbe «un precedente del principio di nullità delle sentenze pronunciate *contra constitutiones* (o *contra leges aut sacras constitutiones* secondo Mod. 1 *resp.* 42.1.27 [*Praeses provinciae usuras usurarum condemnavit contra leges et sacra constitutiones ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam iniustam praesidis appellavit: quaero, cum non secundum legem Titius provocasset, an exigi possit pecuniam secundum condemnationem. Modestinus respondit, si sententiae certa quantitas continetur, nihil proponi, cur iudicati agi non possit*] ed estesa alla contrarietà a *senatusconsulta* e *leges* sempre secondo Mod. *lib. sing. de enucl. cas.* D. 49.1.19 [*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 senatusconsultum 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*]). Sembra pertanto potersi dire che in età dei Severi detto principio, attestato con prevalente se non esclusivo riferimento alle sentenze emanate in sede di *cognitio extra ordinem* e dipoi esteso a qualsiasi sentenza contraria a diritto consolidato e ritenuto inderogabile (cfr. Paul. Sent. 5.25.4 e C. 7.64.2), abbia cominciato a farsi strada proprio in sede di processo formulare, salvo che, in tale ordine di idee, mentre per il caso di mancata osservanza dei limiti fissati da rescritto imperiale Paolo perveniva ad affermare la riduzione automatica della pretesa in sede di *actio iudicati*, invece per il caso di mancato rispetto dell’ammontare massimo stabilito dalla antica *lex Cornelia* Ulpiano si sarebbe limitato a riconoscere la nullità della sentenza e quindi gli estremi del *litem suam facere* sul presupposto del dolo del giudice». In ordine alle controversie emerse in dottrina sul delicato problema, cfr. ora R. SCEVOLA, *Origini*, cit., 453 ss., nt. 100: basti in questa sede osservare, con G. PUGLIESE, *L’onere*, cit., 401 s., come, nonostante il giudice stesso fosse vincolato direttamente alla formula e, attraverso di essa, alle norme (di qualsiasi specie) da essa «richiamate o presupposte», il meccanismo – le elusioni del quale erano sempre meno tollerate dalla cancelleria imperiale – risultasse inidoneo ad assecondare «la volontà dei Severi di affermare e mantenere il monopolio dell’attività normativa, impedendo non solo che disposizioni imperiali venissero disattese, ma che inoltre l’evoluzione del diritto potesse compiersi attraverso l’attività giurisdizionale, come si era largamente compiuta in passato». Le sentenze pronunciate *extra ordinem* da funzionari del principe (o da soggetti delegati) in violazione diretta delle *leges* venivano dichiarate nulle in sede di appello, sì da assicurare loro la massima garanzia di certezza applicativa, ma il medesimo regime non avrebbe potuto essere esteso agevolmente alle decisioni formulari di *iudices privati*: non solo e non tanto perché «la *cognitio*, come procedura nuova ed affidata a funzionari imperiali, era più adatta a ricevere una simile disciplina e presentava, d’altra parte, maggiore interesse, in quanto stava già sostituendo, direttamente o indirettamente, la procedura formulare ormai in netta fase

3.1. *Sui segni di evidenziazione del dolo: in specie, il lemma 'sordes'*

Si è obiettato che la ricostruzione sarebbe ipotetica, in quanto «essenzialmente fondata sull'essere le precedenti applicazioni dell'istituto relative a violazioni di regole procedurali, pur di diversa natura»¹¹⁴: per dare effettività alle argomentazioni esposte sul rapporto corrente tra discrezionalità del *index* e pronuncia *in fraudem legis*, giova allora soffermarsi – tralasciando, ma solo per brevíloquenza, la variante interpretativa applicabile a Gell. *noct. Att.* 14.2.1-25¹¹⁵ – su Gai 3.124, a

involutiva», ma soprattutto perché la potenziale disapplicazione di norme autoritative da parte di giudici formulari rappresentava, per ragioni intrinsecamente strutturali e malgrado la controllabilità dei medesimi fosse inferiore a quella dei funzionari con mansioni giudicanti, una fonte di pericolo assai minore per il citato monopolio imperiale dell'attività normativa. Infatti, ad avviso di R. SCEVOLA, *Origini*, cit., 456, «il *index privatus* si trovava a decidere con assoluta prevalenza in ordine a questioni di fatto, essendo già stati precisati i termini giuridici della controversia in sede di *litis contestatio*: il suo apprezzamento valutativo veniva pertanto a esplicarsi sul terreno delle attività di istruzione e direzione del processo, l'esercizio scorretto delle quali (alla stregua di un 'eccesso di potere') avrebbe potuto condurre all'emanazione di sentenze conformi alla lettera delle prescrizioni imperiali, ma sostanzialmente difformi dalla *ratio* cui erano ispirate».

¹¹⁴ A. BURDESE, *Note*, cit., 46, il quale soggiunge che «analoga esigenza si sarebbe potuta sentire, almeno in età dei Severi, anche in riferimento a norme autoritative di diritto sostanziale, salvo comunque richiedersi, data la natura del *index privatus*, il dolo per la sua responsabilità ... nel frodare oggettivamente disposizioni autoritative (il che nella specie congloberebbe la loro diretta disapplicazione)». Qualora accolte, le osservazioni dello studioso – in essenza certamente pertinenti – si rifletterebero sulla natura stessa dell'istituto importando, da un lato, una notevole mitigazione della differenza corrente tra frode alla legge e violazione diretta di quest'ultima, nonché, dall'altro, l'adibizione del rimedio a casi di ingiustizia sostanziale, con conseguente trasformazione funzionale del mezzo di tutela.

¹¹⁵ Cfr., per la trattazione estesa della fonte, R. SCEVOLA, *Origini*, cit., 457 ss. e ntt. 104-108. Sulla rilevanza degli spunti da esso traibili sotto il profilo delle regole probatorie, v. J.M. PIQUER MARÍ, *La carga de la prueba en la Jurisprudencia Romana Clásica (Exégesis de D. 22.3)*, Madrid, 2006, 76 ss.; B. CORTESE, *L'onere della prova nella elaborazione della giurisprudenza romana classica*, in *Il giudice privato*, I, cit., 397 ss.; P. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, 63 ss.; B. VERONESE, *I rapporti tra le parti e il giudice*, in *Il giudice privato*, III, cit., 688 ss.

tenore del quale una *lex Cornelia de sponsu* avrebbe sancito il divieto (gravante sullo *sponsor* o sul *fidepromissor*) di garantire lo stesso debitore nei confronti del solito creditore, nel corso del medesimo anno, per una cifra superiore a ventimila sesterzi¹¹⁶. Il testo non chiarisce, a causa di

¹¹⁶ 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 amplam pecuniam, velut si sestertium C milia <Krüger/Studemund: se obligaverint, tamen dumtaxat XX teneretur>. pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum, cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est, <quae> sine ulla condicione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur. appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur; itaque si vinum vel frumentum et si fundum vel hominem stipulamur, haec lex observanda est (cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 307 ss. e ntt. 96-100; A. STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2006, 64 ss.; R. FERCIA, *‘Litem suam facere’ da Adriano ai Severi*, in *Il giudice privato*, III, cit., 920 ss., secondo cui [p. 923] «successivamente, l’*interpretatio* deve avere esteso siffatto *beneficium* anche ai *fideiussores* in via pressoché necessitata, posto che il ricorso alla *fideiussio* – con la quale, come noto, il garante non risponde affatto per debito proprio, ma per debito altrui – avrebbe costituito un evidente mezzo di elusione del precetto civilistico. Questa estensione, con ogni probabilità, deve aver concorso all’individuazione di criteri ermeneutici idonei ad estendere l’ambito di riferibilità del *creditum*, che con il *fideiubere*, a ben vedere, non presenta alcuna reale affinità genetica»). L’ipotesi è stata avanzata da O. LENEL, *Das ‘Edictum Perpetuum’*, cit., 216 s., e poi seguita dalla maggioranza della dottrina, con speciale riferimento ad A. BURDESE, *Sulla responsabilità*, cit., 176 s., ma lo studioso tedesco dava conto anche della possibilità che Ulpiano si riferisse alla *lex Cicereia*, il cui contenuto è riportato in Gai 3.123: *Praeterea lege Cicereia cantum est, ut is, qui sponsores aut fidepromissores accipiat, praedicat palam et declaret, et de qua re satis accipiat, et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit; et nisi praedixerit, permittitur sponsoribus et fidepromissoribus intra diem XXX praeiudicium postulare, quo quaeratur, an ex ea lege praedictum sit; et si indicatum fuerit praedictum non esse, liberantur. qua lege fideiussorum mentio nulla fit; sed in usu est, etiam si fideiussores accipiamus, praedicere*. Su tale eventualità ha riflettuto P. BIRKS, *A New Argument for a Narrow View of ‘litem suam facere’*, in *RHD*, 52, 1984, 386 s., supponendo che il debitore non avesse dichiarato pubblicamente quale fosse il debito garantito e quanti *sponsores* o *fidepromissores* avessero accettato di garantirlo; se, dunque, l’avviso non vi fosse stato (*nisi praedixerit*) e i garanti fossero stati comunque chiamati in giudizio, questi ultimi avrebbero potuto chiedere un *praeiudicium* entro trenta giorni onde fare accertare l’assenza della dichiarazione ed essere liberati. Seguendo il ragionamento dello studioso britannico, «a *index* who pronounced that the statutory notice had been given, when it had not been given, could be said to defeat the operation*

una lacuna, che cosa sarebbe avvenuto se i garanti avessero ecceduto tale cifra, per esempio manlevando il debitore per centomila sesterzi, problema cui si è sopperito ipotizzando che rimanessero comunque obbligati per ventimila, vale a dire per la cifra massima indicata dalla legge, operandosi così una riduzione automatica in sede contenziosa¹¹⁷.

of the *lex*»; se poi si fosse provato che egli aveva agito *dolo malo*, sarebbe stato responsabile nelle forme del *litem suam facere*. Mi pare, tuttavia, che la soluzione del caso – soprattutto in riferimento alle conseguenze derivanti dalla prova del dolo – non corrisponda al pensiero di Ulpiano, il quale richiedeva, invece, qualcosa di più e di diverso: imputando al giudice che ha correttamente condotto il processo di avere errato (con dolo) nell'emanare la sentenza, Birks prefigura tuttavia un esito che si avvicina all'ingiustizia sostanziale, senza integrare i caratteri di questa specifica tipologia di *litem suam facere*. Dopo avere impostato in termini esatti la sua analisi, lo studioso si arresta in prossimità del punto cruciale, rappresentato dall'accertamento delle modalità della frode attraverso l'indagine sul corretto uso dei poteri processuali afferenti all'*officium iudicis*.

¹¹⁷ Senza dubbio appropriate sono le considerazioni di R. FERCIA, '*Litem suam facere*', cit., 926 s., secondo cui «l'esposizione gaiana sembrerebbe lasciar trasparire che la legge implicasse non tanto la nullità parziale dell'*adpromissio* superiore ai 20.000 sesterzi, quanto piuttosto una disarmonia tra *Schuld* e *Haftung*», nel senso che la prima per l'*adpromissor* sarebbe sussistita comunque per l'intero, mentre, «*ex lege Cornelia*, la relativa *Haftung* risulterebbe *ipso iure* limitata alla somma di ventimila sesterzi». Poiché la *ratio* del dato normativo, infatti, «parrebbe presidiare unicamente il rischio di un'esposizione 'anomala' dei garanti nel mercato del credito, lasciando comunque a questi ultimi del tutto impregiudicata la valutazione dell'opportunità imprenditoriale di adempiere per l'intero», la promessa «di *sponsors* e *fidepromissores* di per sé determina il *creditum*, quantunque tale *creditum* sia poi coercibile con l'*actio* sino a ventimila sesterzi, e puro per l'eccezione», analogamente alle regole che governano l'adempimento di obbligazioni naturali. Questa ricostruzione consente altresì di individuare chi sia legittimato ad agire contro il giudice *qui litem suam fecit*: qualora si ritenga (p. 929) «che la sentenza emessa in frode alla *lex Cornelia* sia nulla, l'azione *in factum* consentirebbe all'attore, che avrebbe consumato inutilmente l'*actio*, di porre a carico del giudice la *litis aestimatio*; ove, invece, la si ritenga valido titolo per l'*actio iudicati*, essa consentirebbe al convenuto di porre a carico del giudice in mala fede il pregiudizio patrimoniale patito» (e l'autore dichiara di optare, diversamente da Burdese, per la seconda possibilità: «se la sentenza fosse risultata nulla – come lo è nell'ipotesi di Gai 4.52 – nel caso prospettato da Ulpiano in D. 5.1.15.1, non si vedrebbe perché il giudice dovrebbe rispondere per la '*vera*' *aestimatio litis*, e non più semplicemente per l'*aestimatio* 'tout court'»).

Per ipotesi, una sentenza in cui fosse stata riconosciuta una garanzia superiore a tale somma sarebbe stata *contra legem* e quindi nulla per l'eccedenza: la difficoltà si sarebbe posta se, tuttavia, il limite legale fosse stato oltrepassato attraverso più pronunce, ciascuna delle quali – ad esempio, di entità pari a ottomila sesterzi – emessa rispettando quest'ultimo, ma superandolo cumulativamente¹¹⁸. Nessuna delle tre sentenze sarebbe stata emanata *contra legem*, sì da poterne addurre l'invalidità, ma l'ultima avrebbe meritato particolare attenzione perché, pur rispettando la lettera della prescrizione legislativa, ne avrebbe contraddetto la *ratio*: la parte lesa (vale a dire il garante) non avrebbe potuto fare altro che agire contro colui il quale *sententiam dixit dolo malo in fraudem legis*, sollecitando in tal modo accertamenti sul comportamento processuale del giudice *a quo*, onde verificare se l'uso capzioso dei poteri esercitati avesse importato la violazione dei limiti interni alla sua discrezionalità. Contestualmente, si sarebbe dovuta appurare l'eventuale sussistenza del dolo, esaminando altresì se il *index privatus* fosse stato mosso da *gratia, inimicitia vel etiam sordes* per il debitore; in definitiva, soltanto sussistendo tutti gli elementi in oggetto sarebbe stata integrata la fattispecie del *litem suam facere* nelle forme descritte da Ulp. D. 5.1.15.1. A tenore del passo, il giudice si pronuncerebbe in frode alla legge con

¹¹⁸ Ad avviso di R. FERCIA, '*Litem suam facere*', cit., 930 s., una vera e propria *frans legis* da parte del giudice andrebbe ascritta «ad un'ipotesi in cui il convenuto avesse *apud iudicem* dimostrato di essere già stato condannato in precedenza per una somma pari a ventimila sesterzi con riferimento a garanzie prestate nel medesimo anno e per il medesimo debitore: in tale evenienza, è plausibile ritenere che la (determinazione della) condanna, ancorché formalmente contenuta entro il limite legale, potesse prestarsi ad una sostanziale elusione della norma». Ad avviso dello studioso, «da *frans legi(s)* consisterebbe, allora, in una capziosa distinzione – resa ancor più grave dall'identità soggettiva che sottende complessivamente i vari processi – tra un *iudicatum facere oportere* già integratosi in capo al garante, ed il rapporto dedotto nel *iudicium* su cui incide il dolo giudiziario qualificato di cui discutiamo, adoperata al fine di eludere il limite legale dei ventimila sesterzi». Nonostante queste considerazioni, Fercia scorge nel frammento ulpiano (p. 933 s.) «una prova – forse l'unica ad essere tanto chiara in tal senso – della riconduzione del *litem suam facere* (anche) ad ipotesi di ingiustizia sostanziale della sentenza», in quanto non sarebbe condivisibile propugnare «l'assoluta autonomia dell'*iniuria iudicis* rispetto alla tutela pretoria prevista per il *litem suam facere*» stesso.

dolo «quando risulti evidente¹¹⁹ la sua preferenza per una delle parti, o la sua inimicizia (verso una di esse) o anche la sua corruzione»¹²⁰: se così fosse, dunque, la venalità del *index privatus* interferirebbe con il *litem suam facere* e si dovrebbe ritenere falsificata, quantomeno a decorrere dall'età tardo-classica, la tesi dell'assoluta incomunicabilità tra le due figure. Si è ritenuto che il problema potesse essere risolto in radice ipotizzando la

¹¹⁹ Circa l'aggettivo *evidens*, la sua possibile inserzione nel testo così come rimodellato dai giustinianeî non depone necessariamente contro la sua classicità: benché muta su D. 5.1.15.1, la ricerca compiuta sul lemma da T. MAYER-MALY, *Evidenz im Denken römischer Juristen*, in Daube *'noster'*. *Essays in legal history for D. Daube*, Edinburgh, 1974, 225 ss., ha accertato come esso fosse utilizzato anche dalla giurisprudenza classica sicché, secondo P. BIRKS, *A New Argument*, cit., 386, «(the world) is not to be taken as a sign of naive post-classical thinking». Né dovrebbe essere letta come interpolazione l'inversione dell'ordine delle parole che, pur senza essere «a characteristic feature of Ulpian's style» (p. 386), ricorre più volte nelle costruzioni sintattiche del giurista severiano; la questione è stata altresì analizzata da T. HONORÉ, *Ulpian*², Oxford, 1982, 67 ss., il quale conclude che (p. 70) «all these forms of inversion may be regarded as aspects of one of two techniques. Ulpian tries to avoid concentration of verbs at the end of a sentence, in order to keep the various clauses of which it is composed, and their meaning separate. This involves putting the verb at the beginning or in the middle, rather than at the end, of a clause. He also wishes to emphasize the most important word, which must therefore, by way of *climax*, come at the end of a clause or sentence».

¹²⁰ Così la traduzione proposta in *Justiniani Augusti Digesta seu Pandectae*-*Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano*, a cura di S. Schipani, II, Milano, 2005, 9; esaminando il passaggio, anche gli studiosi inglesi e spagnoli hanno reso *sordes* rispettivamente come 'corruption' e 'suborno', modellando poi le loro riflessioni non sul lessema latino, ma proprio sulla peculiare traduzione nella lingua nazionale, opzione che ha generato non pochi malintesi. Cfr. *The Digest of Justinian*, edited by A. Watson, Philadelphia, 1968, 166; *Instituta-Digesto*, traducción por I. Garcia del Corral, I, Barcelona, 1889 (ripubbl. 1990), 419; *El Digesto de Justiniano*, traducción por A. D'Ors et al., I, Pamplona, 1968, 241, ma, in seguito, anche *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, hrsg. von O. Behrends et al., Heidelberg, 1995, 472 (che lo hanno equiparato a 'Bestechlichkeit', a sua volta da intendersi in italiano come 'corruttibilità' più che come 'corruzione', sfumatura non del tutto irrilevante). Si allinea alla tendenza generale *Corpus Iuris Civilis, II. Digesten 1-10*. Tekst en Vertaling onde redactie van J.E. Spruit, R. Feenstra, K.E.M. Bongenaar, Zutphen, 1994, 453, in cui *sordes* è tradotta come 'omkoopbaarheid', vale dire 'corruzione', mentre vi si distacca *Les 50 Livres du Digeste de l'Empereur Justinien, I. Digeste. Livres 1-16*, édition traduite et annotée par D. Gaurier, Paris, 2017, 223, in cui si rende il lemma con 'honte', ossia 'abiezione', 'bassezza', 'disonore'.

natura glossematica e/o compilatoria dell’intera parentetica (*dolo malo ... sordes*), sulla base di notazioni stilistiche e linguistiche, quali la collocazione del passaggio all’interno del frammento, la sua struttura incidentale determinata da un inserimento posticcio e tardivo, l’ineleganza del latino impiegato, mentre è mancato tanto un controllo generale sul significato del vocabolo cruciale, ossia *sordes*, quanto un riscontro specifico sulla rilevanza dell’espressione *vel gratia vel amicitia vel etiam sordes* all’interno dei commentari ulpiane *ad edictum*.

Nelle fonti letterarie, il termine che chiude la sequenza ricorre frequentemente dando luogo a una pluralità di sfumature, unificate tuttavia sia dalla connotazione moralmente negativa che il soggetto o il comportamento cui sono attribuite assumono, sia dal fatto che *sordes* non compare mai quale sinonimo di ‘corruzione’: dei tre raggruppamenti semantici cui può essere ricondotto¹²¹, si può ipotizzare una vaga attinenza alla bassa moralità oppure all’avidità, tale da spingere alla corruzione, senza tuttavia che quest’ultima entri mai direttamente in scena.

Nei libri *ad edictum* di Ulpiano il lemma *inimicitia* è pressoché sconosciuto, mentre l’espressione ‘*gratia aut sordes*’ è più frequente: va

¹²¹ Rispettivamente, alla luce di R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 251 s., nt. 65: «oggettivazione di comportamenti individuali dai quali si evince un livello morale e uno stile di vita meritevoli di biasimo», come evidenziato in particolare da Cic. *in Vat.* 5.11, *pro Sest.* 28.60, *Brut.* 62.224; «astrazione generalizzante riferita alla decadenza dei costumi della *civitas* o di gruppi che operavano al suo interno, spesso come sinonimo di *faex*», secondo Cic. *ad Att.* 1.16.11 e *Phil.* 13.37, Plin. *ep.* 7.29.3, Tac. *hist.* 1.84; «indicazione di uno specifico aspetto caratteriale meritevole di riprovazione, da identificarsi con l’*avaritia*, intesa naturalmente in senso più ampio rispetto all’eccessiva parsimonia nell’uso del danaro» (come attestato da Cic. *pro Mur.* 76 e *pro Flacc.* 7, Tac. *hist.* 1.52 e 1.60, Plin. *ep.* 2.6.7, Hor. *sat.* 1.6.68 e 1.6.107, Quint. *inst. or.* 6.3.74). Alla corruzione si potrebbe pensare prospettandola come una delle forme nelle quali si sarebbero concretizzati comportamenti fortemente stigmatizzabili sul piano morale, indipendentemente dalle modalità di commissione dell’illecito e dalla posizione soggettiva rivestita dall’agente, oppure ravvisandovi un comportamento sollecitato dall’avidità: ma si tratta di congetture già alquanto ‘forzate’ sul piano letterario e, a maggior ragione, avulse dal contesto giuridico ulpiano, contraddistinto dal ricorso ordinario ad una terminologia formalizzata, precisa e costante.

notato che proprio quest’ultimo vocabolo viene sovente accompagnato da altro lessema con significato analogo (in funzione rafforzativa) o contrario (con finalità discretiva). In specie, rilevano tre passi, il primo dei quali tratto dall’undicesimo commentario (D. 4.4.7.8, su minore di XXV anni), in cui compare ‘*aut sordes aut evidens gratia*’¹²²; il secondo, escerpito dal venticinquesimo libro e collocato in D. 26.7.7.2 (*per sordes aut gratiam. quid ergo si neque sordide neque gratiose ...*, in tema di acquisto di fondi da parte dei tutori)¹²³; il terzo, appartenente al dodicesimo commentario e più tardi posizionato in D. 4.6.26.4 (*si per gratiam aut sordes magistratus ius non dixerit*, in materia di denegata giustizia)¹²⁴. Nonostante quest’ultimo frammento possa far pensare a un rapporto con la corruzione in forza della chiusa (*nam id egit litigator, ne secum agatur, dum iudicem corrumpit*), un’analisi stringente fugherebbe i dubbi e confermerebbe la rilevanza del binomio ‘*gratia-sordes*’ alla stregua dell’opposizione tra favore e inimicizia.

In mancanza di elementi certi che accreditino mutamenti di significato intervenuti durante l’età postclassica¹²⁵, sarebbero stati i compilatori a valorizzare – se non a introdurre – l’*inimicitia*, così da alterare il quadro classico tramite lo snaturamento di *sordes*: infatti,

¹²² Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 254 ss., nt. 66.

¹²³ Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 259 ss., nt. 66.

¹²⁴ Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 262 ss., nt. 66.

¹²⁵ Va rilevato come nel Codice Teodosiano i tre lessemi non solo non compaiono mai nel contesto della stessa espressione ma, addirittura, soltanto il termine *gratia* ricorra con una certa frequenza, senza mai essere accostato né a *sordes* né tantomeno ad *inimicitia*, il che appare significativo laddove si consideri che la cancelleria imperiale, «consapevole del cattivo funzionamento della giustizia e della scarsa obbiettività che contraddistingueva l’operato dei funzionari, individuò precisi comportamenti illeciti cui corrispondevano severissime sanzioni, incardinando la descrizione delle condotte vietate proprio sul lemma *gratia*, cui seguivano termini in funzione oppositiva via via diversi» (R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 264, nt. 66). Esemplicativamente, *gratia vel dissimulazione* compare in CTh. 7.18.4.4, mentre *dissimulazione vel gratia* è rilevabile in CTh. 16.5.40.8; *vel errore vel gratia* si legge in CTh. 9.40.16 pr.-11.30.57 e, infine, *vel fastidio vel gratia* risulta da CTh. 2.1.6 (in quest’ultimo caso, nell’*interpretatio* l’espressione è sostituita da *vel per superbiam vel propter amicitiam*, la quale non si discosta molto quanto a significato dall’ulpianea *sordes vel gratia*).

L'opposizione ‘favore-avversione’ veniva ora esplicitata non più come ‘*gratia-sordes*’, ma in termini di ‘*gratia-inimicitia*’, sicché il lemma con il quale il giurista aveva in precedenza indicato l’atteggiamento sfavorevole verso un litigante venne decontestualizzato e privato della sua ragione d’essere, come ricavabile dalla debolezza dello strumento connettivo utilizzato dai compilatori. Il ricorso a *vel etiam* denoterebbe il disagio determinato nei giustiniani dalla consapevolezza di quanto fosse artificioso il tentativo di salvare la terminologia classica in assenza di una chiara concezione della funzione specifica che essa avrebbe dovuto rivestire nel caso concreto: a *sordes*, pertanto, si sarebbe dovuto attribuire un’accezione nuova e, sotto il profilo che qui interessa, diversa da quella di matrice ulpiana. In tale prospettiva, il termine sarebbe stato allora impiegato nel VI secolo d.C. con riferimento alla corruzione giudiziale¹²⁶, che costituiva un fenomeno cui i giustiniani apparivano particolarmente sensibili, ma che risulta del tutto estraneo – lessicalmente e concettualmente – al reale orientamento del giurista severiano: come osservato da Carlo Venturini, «un’incisiva integrazione ‘cosmetica’ dell’antitesi originaria *gratia/sordes* in *gratia/inimicitia/sordes* avrebbe imposto di dare a *sordes* un significato diverso da quello originario, portandolo (il che ... appare armonico con il senso del termine in D.

¹²⁶ Una prima attestazione incontrovertibile della menzionata alterazione è offerta dal passaggio di una costituzione in tema di *instrumenta*, ricavato da C. 4.21.20.3 (a. 530): *omnes autem comparationes non aliter fieri concedimus, nisi iuramento antea praestito ab his qui comparationes faciunt fuerit adfirmatum, quod neque lucri causa neque inimicitii neque gratia tenti huiusmodi faciunt comparationem*. Sequenziando tutti i sintagmi analizzati, il passo presenta l’opposizione *inimicitia-gratia* e sostituisce *sordes* con la circonlocuzione *lucri causa*, sì da delineare una formulazione pressoché analoga a quella di D. 5.1.15.1. Identico esito attiene a Bas. 7.5.15.1 (Heimb. I.277): Παράνομον κρίσιν ποιεῖ ὁ ἀπατηλῶς εἰς περιγραφὴν τοῦ νόμου ψηφίζόμενος, ἐπὶ προφανεῖ ἔχθρᾳ ἢ κάρτι ἢ κέρδει· καὶ δίδωσιν τὴν ἀληθῆ τῆς δίκης διατίμησιν che aggiunge al binomio *gratia-inimicitia* anche l’incremento patrimoniale indebitamente realizzato dal giudice (*a male indicat, qui dolo malo in fraudem legis sententiam dicit, propter evidentem inimicitiam vel gratiam vel lucrum: et veram litis aestimationem praestat*).

48.11.6.2: ... *utque urbani magistratus ab omni sorde se abstineat*) a designare la corruzione»¹²⁷.

4. Epilogo

All'interno delle sue analisi in materia di illecito arricchimento dei titolari di funzioni a rilevanza pubblica, Carlo Venturini si è soffermato anche su condotte e sanzioni attinenti alla venalità del *index privatus*, concorrendo a chiarire – attraverso riflessioni avvalorate dalla sua indubbia *auctoritas* nell'ambito penalistico – come la fattispecie descritta da Tab. 9.3 (o, meglio, da 8.23b, secondo quanto ipotizzato nel presente contributo) mantenesse una totale autonomia dogmatica e funzionale dal *litem suam facere*. Originatasi nell'ambito del processo formulare, quest'ultima figura prevedeva che il *index privatus* resosi autore di violazioni procedurali sarebbe stato astretto a un'obbligazione *quasi ex delicto*, mutuando in parte – sul piano dei comportamenti illeciti – circostanze desumibili da Tab. 2.2. In primo luogo, essa alludeva a trasgressioni 'oggettive' non richiedenti in alcun modo, ai fini della loro punibilità, una valutazione preliminare circa il grado di partecipazione soggettiva del reo; in secondo luogo, non vi è traccia di casi che evochino l'ingiustizia sostanziale della sentenza, adombrando Tab. 2.2 un assolvimento del *munus iudicandi* viziato da un uso improprio dei (limitati) poteri organizzativi riconosciuti al giudice medesimo. I suggerimenti di Venturini avvalorano la tesi favorevole alla rigida separazione dei percorsi, atteso che un riposizionamento palinogenetico di Tab. 9.3 come 2.2b implicherebbe rinuncia al rilievo secondo cui nel V sec. a.C. – per quanto il processo di 'laicizzazione' del diritto fosse già iniziato – la rottura della *fides* determinata dalla violazione del *iusiurandum* avesse inciso significativamente sulla configurazione della fattispecie,

¹²⁷ C. VENTURINI, *La responsabilità*, cit., 469; adesivamente, M. GIUSTO, *Litem suam facere*, cit., 401, il quale condivide in specie il rilievo secondo cui «in nessun caso le fonti atecniche ... interpretano il termine *sordes* come 'corruzione'» (così R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 252, nt. 65) e A. BURDESE, *Note*, cit., 46, mentre si limita a dare conto della dottrina interpolazionistica F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 21, nt. 15.

giustificando l’asprezza della pena. In progresso di tempo, la responsabilità penale pubblica – della quale sopravvive comunque reminiscenza nel processo pregraccano contro L. Ostilio Tubolo – si sarebbe affievolita, aprendo la via a sanzioni censorie, salvo ricomparire nella tarda repubblica attraverso la legislazione *de repetundis*, alla cui applicazione non possono essere ritenuti estranei *iudices privati* rei di concussione e di corruzione. L’analisi delle fonti ha permesso, infatti, di appurare che non sussistevano fondati motivi a conforto di tale esclusione anche prima degli ‘ampliamenti’ desunti da testi giurisprudenziali severiani, i quali – contemplando esplicitamente l’ipotesi – danno conto di uno sviluppo anteriore e già consolidatosi nel tempo.

Che il *litem suam facere* non fosse mai entrato in rotta di collisione con la venalità del *iudex privatus* sarebbe contraddetto dal passaggio parentetico riscontrabile in Ulp. 21(23) *ad ed.* D. 5.1.15.1, ove si legge ‘*si evidens arguatur eius gratia vel inimicitia vel etiam sordes*’: un orientamento diffuso tende, infatti, a scorgere il richiamo alla corruzione nella chiusa della sequenza. In base a una valutazione circa la genuinità del passo meno aprioristica di quella proposta dagli interpolazionisti, decisi a rigettarlo *in toto* nonostante il passaggio ‘*cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*’ sembri ricalcare – anche stilisticamente – la clausola editale, si è optato per la classicità dell’antitesi *gratia-sordes*, da intendere come contrapposizione tra favore e aversione nei confronti di una delle parti processuali. Ciò emergerebbe da indagini lemmatiche all’interno dei testi letterari e dall’analisi specifica dei commentari ulpiane, nei quali sono pressoché assenti occorrenze del vocabolo *inimicitia*, a fronte della presenza non saltuaria del binomio summenzionato; in età giustiniana la disgiuntiva sarebbe stata alterata esattamente dall’allusione all’*inimicitia*, che avrebbe privato della sua funzione antonimica proprio *sordes* (ora, infatti, la polarità sarebbe stata espressa da *gratia-inimicitia*). Staccandolo dai due termini immediatamente precedenti, come probabilmente attestato da *vel etiam*, i compilatori avrebbero assegnato a *sordes* una nuova portata, nel senso della corruzione, sebbene, per l’intera età classica, tale accezione non fosse attestata dalle fonti, maggiormente inclini a ricavarne un generico giudizio morale di segno negativo: è indizio di

questa riformulazione che, tanto nel *Codex repetitae praelectionis* quanto nei *Libri basilicorum*, la sequenza *gratia-inimicitia-sordes* presenti la menzione esplicita dell’arricchimento patrimoniale – indebitamente acquisito dal giudice – proprio in luogo di *sordes*. Anche sotto tale profilo la rilettura di Carlo Venturini, feconda di suggerimenti meditati e misurati, ha contribuito a chiarire problemi o a confortare ipotesi in una materia, quella penale romana, di cui lo studioso è assurto a ineludibile punto di riferimento.

ABSTRACT

Il saggio si occupa della disciplina inerente alla corruzione di *iudices privati* dall’epoca decemvirale sino al termine dell’età classica, negando che la fattispecie illecita sia da porre in relazione al *litem suam facere* (anche nella tipologia più tarda, descritta da Ulp. 21[23] *ad ed.* D. 5.1.15.1) e discutendo della possibile applicazione del *crimen repetundarum* a quanti fossero investiti dell’*officium iudicis* nella procedura formulare e agli albori della *cognitio extra ordinem*. La disamina degli argomenti summenzionati viene articolata dialogando in modo fecondo con Carlo Venturini, i cui studi rappresentano un ineludibile punto di riferimento in ordine ai profili criminalistici delle condotte tenute dai giudicanti.

This essay deals with the bribery of *iudices privati* from the decemviral era until the end of the classical age, denying a connection with the *litem suam facere* (even in the later type, described by Ulp. 21[23] *ad ed.* D. 5.1.15.1) and discussing the conceivable application of *crimen repetundarum* to those who were charged with the *officium iudicis* in the procedure *per formulas* and at the dawn of *cognitio extra ordinem*. From the review of these topics arises a rich dialogue with Carlo Venturini, whose studies are an essential cornerstone when faced with criminalistic profiles of judicial misconduct.

ROBERTO SCEVOLA

Email: roberto.scevola@unipd.it

