

RAVENNA CAPITALE

UNO SGUARDO AD OCCIDENTE
ROMANI E GOTI - ISIDORO DI SIVIGLIA

La presente pubblicazione è stata curata da
Gisella Bassanelli Sommariva e da Simona Tarozzi.

I contributi pubblicati all'interno del volume sono stati sottoposti a
doppio referaggio anonimo.

ISBN: 978-88-387-6583-9

© Copyright 2012 by Maggioli S.p.A.

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.

Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001: 2000

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8

Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595

www.maggioli.it/servizioclienti

e-mail: clienti.editore@maggioli.it

Diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione
e di adattamento, totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2012

dalla Litografia Titanlito S.p.A.

Dogana (Repubblica di San Marino)

Il principio di imparzialità del giudice: dal Codice Teodosiano all'opera di Isidoro di Siviglia

Paola Bianchi
(Università di Roma "Tor Vergata")

Premessa

Uno dei principi cardine del diritto processuale moderno, quello della terzietà e imparzialità del giudice (cfr., ad es., il nuovo articolo 111 della Costituzione italiana¹), trova una sua matrice storica in una costituzione della fine del IV sec. d. C., appartenente alla cancelleria di Graziano e trädita in C.Th. 2.2.1. Scopo di questo lavoro è valutare la portata della norma, ricercarne il fondamento, verificare la sua diffusione nell'ambito della tarda antichità e ricercarne la presenza nell'insegnamento di Isidoro di Siviglia.

1. C.Th. 2.2.1. Introduzione

Esaminiamo la costituzione partendo dalla struttura e dalla collocazione palinogenetica del testo, per poi soffermarci sul contenuto e sul fondamento del precetto.

L'epistula dell'imperatore Graziano è l'unica del secondo titolo, *ne in sua causa quis iudicet*, del secondo libro del codice Teodosiano:

C.Th. 2.2.1 [= Brev. II, 2, 1] (376 Dec. 1) Impp. Valens, Gratianus et Valentinianus AAA. ad Gracchum praefectum urbi. Promiscua generalitate decernimus neminem sibi esse iudicem debere. Cum enim omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem iura submoverint,

¹ Art. 111 Cost.: La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.... ; così modificato dall'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione).

iniquum ammodum est licentiam tribuere sententiae. Lecta Kal. Decemb. Valens V et Valentiniano AA. cons.

Interpretatio: Omnes praeceptio nostra constringat, ut nullus in sua causa iudex sit, quia, sicut testimonium unusquisque pro se dicere non potest, ita nec pro se poterit iudicare.

Si tratta di una costituzione *lecta*² il primo dicembre 376, attribuita a Graziano³ e destinata a Gracco *praefectus urbis*⁴. La costituzione è un testo massimato, costituito solo dalla disposizione prescrittiva, non fa menzione dei motivi, dell'*occasio legis*, non enuncia una sanzione⁵.

Che la costituzione sia unica nel titolo può dipendere dalla tormentata

² Cfr. SEECK O., *Regesten der Kaiser und Päpste*, Stuttgart, 1919, p. 248. Alcuni manoscritti riportano *data*: cfr. KRUEGER P., *Codex Theodosianus*, vol I, Berolini, 1923, Cfr. KRUEGER P., *Codex Iustinianus*, ed. maior, Berolini, 1877: *lecta*, C. 3.5.1 e *proposita*, C. 4.20.1.

³ V. SEECK O., *op. cit.*, p. 248; cfr. GOTHOFREDI *Commentarius ad C.Th. 2.2.1*. Su Gratianus v. SEECK O., *Gratianus*, in *PW R. E.*, vol. VII, 1912, col. 1831; COSTA G., *Gratianus*, in DE RUGGIERO E., *Dizionario epigrafico d'antichità romane*, vol. III, Roma, 1922, pp. 566 ss.; secondo Gotofredo, proprio in virtù del destinatario, la costituzione sembrerebbe emanata in Occidente: GOTHOFREDI *Commentarius ad C.Th. 2.2.1*; SEECK O., *op. cit.*, p. 248; MOMMSEN TH., *Prolegomena*, p. CCLIV; in questo senso anche VINCENTI U., "*Duo genera sunt testium*". *Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova, 1989, p. 154. Sul problema del destinatario delle costituzioni, come indice non sicuro della provenienza e dell'ambito di applicazione del dettato normativo, cfr., invece, ad es., CUNEO P.O., *La legislazione di Costantino I, Costanzo II e Costante (337-361)*, in *Materiali per una palinogenesi delle costituzioni tardo-imperiali*, vol. II, Milano, 1997, pp. LXXIII ss.

⁴ Cfr. GOTHOFREDI *Commentarius ad C.Th. 2.2.1*: nel testo tradito nel suo commentario, Gotofredo riporta la qualifica di prefetto del pretorio di Gracco, citando però nelle note, *Nota d*, la più corretta qualifica di *praefectus urbi* inserita nell'*inscriptio* di C. 12.1.10 (a. 377). Cfr. JONES - MARTINDALE J.R., MORRIS J., *The prosopography of the Later Roman Empire*, Cambridge, 1971, p. 399: *Furius Maecius Gracchus*, nella funzione di *praefectus urbi*, è citato anche in C.Th. 9.35.3 (a. 377); v. anche Q. AURELII SYMMACHI *quae supersunt*, *MGHAAA*, vol. IV, 1, p. CXXX nt. 631. Sulla prefettura al tempo di Graziano cfr. CHASTAGNOL A., *La préfecture urbaine à Rome sous le Bas -Empire*, Paris 1960, pp. 436 ss.

⁵ Sul problema della trasmissione delle costituzioni imperiali cfr. la nota indagine di Volterra, VOLTERRA E., *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in VOLTERRA E., *Scritti giuridici*, vol. VI, *Le fonti*, Napoli, 1994, pp. 3 ss. Sull'impiego, e le sue implicazioni, delle espressioni "massimare" e "massimazione" cfr. ARCHI G.G., *Sulla cosiddetta "massimizzazione" delle costituzioni imperiali*, in *SDHI.*, n. 52, 1986, pp. 161 ss., = *Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano*, Cagliari, 1990², pp. 99 ss. C.Th. 2.2.1, inoltre, è una di quelle costituzioni in cui il *magister* e *quaestor sacri palatii* Ausonio avrebbe esercitato larga influenza sullo stile linguistico di Graziano: cfr. HONORÉ T., *The making of the Theodosian Code*, in *ZSS*, n. 116, 1986, pp. 133 ss., 204; HARRIES J., *The Roman Imperial Quaestor from Constantinus to Theodosius*, in *JRS.*, n. 78, 1988, pp. 148 ss., 150; DEMANDT A., *Die Spätantike. Römische Geschichte von Diocletian bis Justinian. 284 - 565 n. Chr.*, München, 1989, p. 116.

e lacunosa tradizione manoscritta di questa parte del codice, pervenutaci per lo più solo attraverso il *Breviarium*; il risultato della ricostruzione di quanto conosciamo è stato efficacemente definito da Seeck una “pietosa rattoppatura” (“erbärmliches Flickwerck”)⁶. Tuttavia il fatto che anche il Codice di Giustiniano, come vedremo, riporti nel titolo parallelo *Ne quis in sua causa iudicet vel sibi ius dicat* la stessa unica costituzione, con delle varianti, induce a pensare ad una unicità originaria, dettata dall'importanza del dettato della legge e della sua generalità⁷, conservata nel codice giustiniano. Inoltre l'ipotesi che il titolo contenesse una sola costituzione è suffragata dalla citazione, nella *Lex Burgundionum*, di una sola legge del Teodosiano⁸.

2. Il fondamento del divieto

La costituzione di Graziano enuncia un divieto processuale molto rilevante: dichiara che nessuno può essere giudice in una causa in cui abbia interesse diretto, ed afferma in tal modo un principio di neutralità e terziarietà del giudice rispetto all'oggetto del contenzioso.

Si tratta di una *epistula* indirizzata ad un funzionario imperiale⁹, le cui funzioni autorizzano ad ipotizzare un'efficacia generale.

Il precetto normativo in essa contenuto trova fondamento in una regola precedentemente formulata. L'imperatore Graziano infatti ribadisce e richiama un antico principio espresso dagli *iura* secondo i quali non si

⁶ Cfr. SEECK O., *Geschichte des Untergangs der antiken Welt*, Stuttgart 1920, 176. Il richiamo a questa efficace espressione, come è noto, apre il lavoro sulla codificazione di Teodosio II di Gian Gualberto Archi, ARCHI G.G., *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli 1976, 3, con cui il Maestro, evidenziando il giudizio negativo pressoché unanime degli storici e dei giuristi sul Codice di Teodosio, proponeva una valutazione più attenta che rilevasse il carattere autonomo dell'opera. Ricorda l'opportuna distanza personale nonché generale dalla definizione di Seeck, LAMBERTINI R., *Cons. 8: il vetus iurisconsultus e il giudice in causa propria (Aspetti della responsabilità del giudice nel tardoantico)*, in S. PULIATTI, U. AGNATI (a cura di), *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d. C.*, Atti del Convegno Parma, 18 e 19 giugno 2009, pp. 83 ss., p. 101.

⁷ Cfr. FARGNOLI I., http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/palingenesi/palingenesi_costituzioni.pdf, 94, secondo la quale il titolo della costituzione sarebbe stato creato dai compilatori teodosiani per conferire generalità ad un provvedimento contingente.

⁸ LAMBERTINI R., *Cons. 8: il vetus iurisconsultus e il giudice in causa propria* cit., 86 nt 7, che sostiene la probabile originarietà dell'unica costituzione nel titolo del Codice Teodosiano soprattutto sulla base della “Legge romano-borgognona.. che parla di una *Theodosiani lex* al singolare” e che, essendo verosimilmente precedente al Breviario, si riferiva al Teodosiano integro.

⁹ Cfr. VOCI P., *Note sull'efficacia delle costituzioni imperiali, I, Dal principato alla fine del IV secolo*, in *Studi di diritto romano*, vol. II, Padova, 1985, pp. 277 ss., pp. 285 ss.

può essere testimoni in causa propria: così come gli *iura* avevano rimosso la facoltà di testimoniare *in re propria*, è iniquo essere giudice in causa propria. In entrambi i casi la *ratio* si fonda sull'equità. Il fondamento del precetto è reso ancora più esplicito nella *Interpretatio*: la *praeceptio*¹⁰ imperiale impone a tutti il principio della neutralità del *iudex* perché, come non è possibile prestare testimonianza nel proprio interesse, così nessuno può *pro se iudicare*. Va osservato che fra il testo della costituzione e l'*interpretatio* c'è una differenza lessicale: *in re propria* nel testo della costituzione, *in sua causa* nell'*interpretatio*¹¹. La *ratio* del principio è invece separata dalla norma dai compilatori giustiniane, che dividono il testo in due parti¹².

Primo elemento di interesse di questa costituzione appare il rinvio, per il fondamento del precetto, alla normativa precedente, sotto due profili: lessicale e sostanziale.

Sotto il primo profilo notiamo che la normativa richiamata è indicata con il lemma *iura* che, nell'ambito del lessico tardoantico, costituisce un'espressione di difficoltosa interpretazione, non potendo essere letta secondo la tralatizia distinzione delle fonti tardoantiche in *iura e leges* e dovendo, invece, essere identificata caso per caso secondo il proprio contesto storico. Nell'esperienza tardoantica questa espressione rappresenta per lo più la normazione vigente, da individuare nella sua specificità di volta in volta, e non identifica l'opera della giurisprudenza, come invece sostenuto dalla dottrina legata all'impostazione savigniana delle fonti del diritto¹³. Un chiaro ed inequivocabile richiamo ai principi giurisprudenziali è posseduto da questo termine nei casi in cui un'altra voce lo accompagna come, ad esempio, in *Cons. 7a 4 (consultorum iura)*: *Cons. 7a 4: Hoc est consultorum iura declarant, quae necessarium tractatui nostro*

¹⁰ Il termine, che possiede diversi significati, qui indica chiaramente la costituzione imperiale. In questo significato si trova, ad es., in C. 11.59.3 di Teodosio e Valentiniano (443), nei *Gesta senatus* è legato al termine *leges (legum praeceptionibus)*, come in C.Th. 6.23.3 di Teodosio e Valentiniano (432) (*legis istius praeceptione*), in cui appare specificamente come il precetto, la disposizione della legge imperiale; nella stessa costituzione è impiegato come precetto in senso generale e quindi anche precetto dell'imperatore (*amplissimae praeceptionis auctoritas*); in C.Th. 1.15.9 di Valente Graziano e Valentiniano (378) (*post hanc praeceptionem*), si riferisce alla disposizione imperiale. Va notato che l'impiego del termine sottolinea il richiamo alla disposizione, della direttiva, dell'ordine, in altre parole del contenuto precettivo della legge. In C.Th. 6.26.16 di Onorio e Teodosio, del 410 (*Peculiari praeceptionis nostrae favore praestamus*) allude chiaramente alla legge imperiale, sempre sotto il profilo della sua disposizione. Questi casi hanno solo una mera valenza esemplificativa.

¹¹ Come rilevato da Gotofredo: GOTHOFREDI *Ad C.Th. 2.2.1. Commentarius*.

¹² V. infra 21.

¹³ Cfr. BIANCHI P., *Iura-leges. Un'apparente questione terminologica della tarda antichità*, Milano, 2007.

*non duximus adhiberi*¹⁴.

Questa costituzione tuttavia ci mostra un caso, rarissimo, in cui tale espressione identifica proprio un principio giurisprudenziale, che, tramandando valori precedenti l'epoca del giurista, secondo la consueta attività letteraria degli interpreti, costituisce in definitiva un tramite del *ius* precedente.

Dal punto di vista sostanziale osserviamo come la regola di diritto che l'imperatore pone a confronto e fondamento del precetto imperiale sia rintracciabile in precedenti giurisprudenziali classici: essa è infatti ravvisabile innanzitutto in un noto frammento di Pomponio, del primo libro *ad Sabinum*, recepito nel Digesto sotto la rubrica *De testibus*, D. 22, 5, 10, come si può ricavare facilmente dal confronto tra i due testi:

D. 22, 5, 10. Nullus idoneus testis in re sua intellegitur.

C.Th. 2.2.1. Cum enim omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem iura submoverint, iniquum ammodum est licentiam tribuere sententiae

Precisiamo subito che il passo di Pomponio, come si evince dalla collocazione del frammento del giurista (primo libro del commentario *ad Sabinum*) nella *Palingenesia* di Lenel, riguarda in modo precipuo la materia testamentaria e, al suo interno, la capacità di essere testimoni in determinate circostanze¹⁵. Si tratta inoltre di un principio non riconducibile all'età del giurista ma ad esso ancora precedente, in quanto già espresso in epoca repubblicana da Cicerone in via generale, ed è altresì ravvisabile in Gai, 2, 105-106.

Cic., Pro Sexto Roscio Amerino 36, 102: Itaque more maiorum comparatum est, ut in minimis rebus homines amplissimi testimonium de sua re non dicerent. 103: Africanus, qui suo cognomine declarat tertiam partem orbis terrarum se subegisse, tamen, si sua res ageretur, testimonium non diceret; nam illud in talem virum non audeo dicere: Si diceret, non crederetur. Videtur, quam versa et mutata in peiorem partem sint omnia.

All'inizio del passo Cicerone riferisce di un divieto di prestare testimonianza in causa propria sancito *more maiorum* che, stando al tenore del suo discorso, è di carattere generale, valevole per qualsiasi tipo di

¹⁴ Cfr. BIANCHI P., *op. cit.*, spec. pp. 168 ss.

¹⁵ Cfr. LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, vol. II, Lipsiae, 1889, col. 86, n. 379.

giudizio. Nella seconda frase cita i *gesta* di Africano che, pur avendo conquistato un terzo della terra, non avrebbe mai testimoniato in una causa di suo interesse, e sottolinea poi come in età sillana ogni cosa sarebbe invece profondamente mutata. Estrapolando il principio che Cicerone riferisce nella sua vittoriosa difesa di Sesto Roscio dall'accusa di parricidio, contro potenti parenti sillani, se ne trae l'idea che la testimonianza in causa propria costituisca un disvalore imprescindibile e molto risalente. Il richiamo al *mos maiorum*, frequente nell'opera ciceroniana, evoca principi tradizionali, ancestrali, da difendere anche sul piano etico.

Per quanto riguarda Gaio vanno letti i seguenti passi:

Gai 2, 105: In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, quia propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe olim, ut proxime diximus, is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat; itaque reprobaturum est in ea re domesticum testimonium. 106. Unde et si is, qui in potestate patris est, familiae emptor adhibitus sit, pater eius testis esse non potest; ac ne is quidem, qui in eadem potestate est, velut frater eius. sed <et> si filius familias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is, qui in potestate patris est¹⁶.

Gaio descrive analiticamente i casi che Pomponio considera in modo unitario nel suo frammento a carattere generale. Gaio indica dei soggetti che hanno un interesse patrimoniale rispetto al *negotium*, la *mancipatio familiae*; si tratta di persone soggette alla *potestas* del *familiae emptor* o del testatore che, proprio per il conflitto di interessi che necessariamente si verificherà in ordine al *negotium*, non possono rendere testimonianza. Lo stesso vale, come dice il paragrafo 106, qualora l'ufficio di *familiae emptor* sia rivestito da un soggetto sottoposto alla potestà di un *pater familias* e per qualsiasi altro soggetto sottoposto alla medesima potestà come suo fratello; ed anche quando un *filius*, dopo il congedo militare, faccia testamento sul suo peculio castrense: anche in questo caso il padre non può essere chiamato a fungere da testimone perché, avendo la potestà sul testatore, verrebbe a ricadere in un tipico caso di conflitto di interessi¹⁷. In tutti questi casi, nel contesto del negozio, viene meno la terzie-

¹⁶ Corrispondenti a *Tit. Ulp.* 20. 3.-5.

¹⁷ In questi paragrafi secondo Terranova "tutti i soggetti, ivi elencati, sono infatti *testes in re sua* perché hanno un interesse al compimento dell'affare (*negotium*) dallo svolgimento del quale è certo che agli stessi deriverà un vantaggio o una perdita patrimoniale.": TERRANOVA F., *Osservazioni su Gai 2, 108, AUPA.*, n. 52, 2007-2008, pp. 281 ss., p. 302. Cfr.

tà del testimone necessaria ad assicurare un comportamento imparziale, non mirante alla soddisfazione dei propri interessi. Casi che denotano una forte analogia con quello del giudice che giudica in causa propria, cioè in una causa in cui egli abbia un interesse personale¹⁸. Tra l'altro questi soggetti avrebbero verosimilmente potuto anche testimoniare, in sede processuale, in *propria causa* e cioè nel proprio interesse. Sul significato di tale espressione è utile leggere la definizione di Ulpiano riportata in D. 49.4.1.11 *Ulp. lib. 1 de appellat. ... Propriam causam ab aliena quemadmodum discernimus? Et palam est eam esse propriam causam, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet*¹⁹.

Va poi precisato che il successivo Gaio, 2.108, riconosce l'attitudine di un soggetto che si trovi sotto la *potestas* dell'erede o del legatario, o di chi ha la *potestas* sull'erede o sul legatario, ad essere testimone in un *testamentum per aes et libram* allo stesso modo in cui l'erede o il legatario sono *iure adhibiti*; dopo però Gaio afferma che con molta cautela ci si può servire di questo diritto. In pratica qui Gaio, pur ammettendo quel principio, comincia a discuterne l'opportunità di applicazione.

Gai 2,108 e 2.105 e 106 sono collegati perché i soggetti di cui si discute l'idoneità ad essere testimoni hanno un vincolo agnatizio con i soggetti di riferimento (Gai 2. 105 e 106 *familiae emptor* e testatore; Gai 2.108 erede e legatario).

Analogia con la cautela di Gaio è ravvisabile in un passo di Ulpiano in cui il giurista severiano nega a chi è istituito erede in un testamento di essere nello stesso anche testimone:

D. 28.1.20pr. *Ulp. lib. 1 ad Sabinum. Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. Quod in legatario et in eo qui tutor scriptus est contra habetur: hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediatur, ut putat si impubes, si in potestate sit testatoris*²⁰.

anche BOTTA F., *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari, 1996, p. 325 nt. 192, con riferimento a D. 22.5.9 *Paul. lib. 1 ad Sab. Testis idoneus pater filio aut filius patri non est*, che sostiene che la "traslazione delle regole sulla testimonianza negoziale dalla sede originaria a quella processuale si avvenuta in età postclassica e giustiniana".

¹⁸ TERRANOVA F., *op. cit.*, pp. 299 ss., distingue terzietà da imparzialità.

¹⁹ Sul punto cfr. TERRANOVA F., *op. cit.*, p. 301, nt. 45, con rinvio a GLÜCK F., *Commentario alle Pandette, Libro XII*, tradotto e annotato da S. Perozzi, F. Mancaloni, L. Gianturco, L. Ferrara, Milano 1906, p. 569.

²⁰ Il passo è sospettato di interpolazione da buona parte della dottrina, proprio in riferimento alla capacità dell'erede di essere testimone: cfr., ad es. BIONDI B., *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1943, p. 62 nt. 3; ASTOLFI R., *I libri tres iuris civilis di Sabinus*, Padova, 1983, p. 59 nt. 3, che attribuiscono all'età giustiniana il divieto della testi-

Si tratta, come abbiamo visto, di precedenti giurisprudenziali riguardanti la materia negoziale e testamentaria. Se in Gaio il principio è affermato per specifici casi negoziali che anticipano la generalizzazione di Pomponio, vediamo invece che Cicerone precorre l'estensione processualista di Pomponio.

Il principio enunciato da Pomponio, infatti, dall'ambito giurisprudenziale originario della materia testamentaria, ha acquistato nel tempo una valenza processuale, generalizzandosi. È diventato infatti un fondamentale principio processuale più volte richiamato nella legislazione e nella prassi, tanto che ha assunto valore di brocardo rievocato nell'esperienza storica del diritto comune e del diritto italiano, fondato per lo più su ragioni di diritto naturale²¹, ed è arrivato fino ai nostri giorni²².

Per l'epoca tardoantica, ad esempio, questo principio, benché circoscritto nuovamente all'ambito testamentario, è richiamato da Simmaco nella *Relatio* 41²³.

Symm. Rel. 41: Certum atque dilucidum est, nihil esse tam familiare legibus quam vestra decreta, ddd. imppp., sed executorum prava interpretatio, dum supplicantibus favet, plerumque iussa corrumpit.

monianza dell'erede espresso in una costituzione non pervenuta ma citata in I. 2.10.10 (*ideoque nec eiusmodi veterem constitutionem nostro codici inseri permisimus*); tuttavia mi pare convincente la diversa ipotesi di TERRANOVA F., *op. cit.*, p. 307, che, confrontando il passo di Ulpiano con Gai 2. 108 e con I. 2.10.10, sostiene che la "raccomandazione espressa da Gaio" (in Gai. 2. 108) trova riscontro nella successiva giurisprudenza e che, quindi, il principio, un tempo ammesso, di rendere testimoni i propri eredi (cui si riferisce lo stesso Gaio in 2. 108) perda gradualmente fondamento fino ad essere vietato esplicitamente da Giustiniano in I. 2.10.10. La lettura di I. 2.1.10 proposta da Terranova mi sembra plausibile e in linea con le altre fonti. Tra l'altro la costituzione ricordata da Giustiniano potrebbe risalire all'età classica o a quella tardoantica. Il termine *vetus* impiegato da Giustiniano non è di facile interpretazione. Considerando la distanza rilevante con l'età classica, mi sembra di poter interpretare il termine come lemma riferito a tale epoca (*vetus, veteres*, sono lemmi consueti nella compilazione giustiniana per indicare l'età dei giuristi classici) più che alla successiva, per la quale, forse, Giustiniano avrebbe impiegato un'espressione come *retro*.

²¹ Cfr., ad es., Corte di Appello Torino, 20 marzo 1903, in *La Giurisprudenza* XL 1903, coll. 560-563, su cui cfr. MASSETTO G.P., *La testimonianza del difensore nella dottrina e nella giurisprudenza civilprocessualistiche del Regno d'Italia*, in MAYALI L., PADOA SCHIOPPA A., SIMON D. (a cura di), *Officium advocati*, p. 163, nt. 27, che sviluppa il principio in diverse sentenze delle Cassazioni del Regno.

²² Cfr., ad es., WOŁODKIEWICZ W., *I brocardi latini nella pratica giudiziaria polacca. A proposito delle iscrizioni latine sul nuovo Palazzo di Giustizia di Varsavia*, in *Iura.*, n. 47, 1996, pp. 27 ss., p. 34, p. 41.

²³ Sulla quale cfr. GIGLIO S., *Giurisdizione e fisco nelle Relationes di Q. A. Simmaco*, in *AARC.*, vol. XIII., Perugia, 2001, pp. 191 ss.

statuerat receptus in caelum geramnus numinis vestri, cum Marcianus dudum protector Aggareae bona tamquam vacantia postulasset, ut, si ea hereditas scriptum successorem vel legitimum non haberet, in ius fisci tamquam domino nuda concederet; tunc insinuatio per rationalem patrimonii modo opperiretur petitor, quid ei sacra deferret humanitas. 2. annus fere secundus est, ut per defensores et rationales augustissime domus contra iustitiam sollemnis oraculi scripti fatigantur heredes. licet iam sextus annus a testamenti recitatione numeretur, novissime fortuna causae inpetibilem scopulum foedae cognitionis incurrit, nam cum apud virum perfectissimum rationalem Bassianum primo delator bonorum secundum sacra scita proderetur, novo ausu calcata praescriptio est. 3 dehinc cum testamenti iure confecti fidem recitatio publicaret, calumnia inanis oviecta est, quod signatores nescio quid legati ex eadem voluntate cepissent. adduntur etiam rescripta divalia, quibus adstipulatio cuiusdam remota est, qui suam iuisse causam testimonio diceretur, quasi vero simile esset exemplum aut tenuis honor, quo subscriptores ob amicitiam defunctus adperserat, legitimum posset abolere iudicium. nam si his legibus viveremus, inimicis signatoribus tutius uteremur, quorum offensa nihil de testatore humanitatis exigeret.²⁴

La *Relatio* 41 documenta una causa fiscale in cui Simmaco è giudice di appello rispetto ad una sentenza di primo grado emanata da Bassiano *rationalis rei privatae per urbem Romam et suburbicarias regiones* (Rel. 4, 2). Parti della causa sono gli eredi di Agarrea contro Marciano, *ex protector e petitor* dei beni della donna, a suo giudizio spettanti al fisco perché *vacantia*. Il giudice di primo grado aveva considerato nullo il testamento sulla base di *divalia rescripta* secondo i quali *l'adstipulatio cuiusdam remota est qui suam iuisse causam testimonio diceretur*. Il principio così espresso, secondo il quale nessun testimone può giovare alla propria causa, appare ben identificarsi col principio espresso da Pomponio e ripreso, come fondamento, in C.Th. 2.2.1.

Su tale identificazione la dottrina è divisa perché nella causa descritta da Simmaco la fattispecie riguarda il valore di un testamento in cui un sottoscrittore avesse tratto benefici personali, mentre C.Th. 2.2.1 si riferisce al giudice che giudica in causa propria; tuttavia il principio espresso da C.Th. 2.2.1 si fonda su quello di non essere testimoni in causa propria e quindi, a mio avviso, i due principi possono identificarsi²⁵. Anche

²⁴ Ho riportato solo quattro degli otto paragrafi di cui consta la *Relatio* 41.

²⁵ Cfr., ad es. SEECK O., *Q. Aurelii Symmachi quae supersunt*, in *MGHAA*, vol. VI,1 Berolini, 1883, p. 313; STEINWENTER A., *Die Briefe des Q. Aurelius Symmachus als Rechtsquel-*

perché il fondamento del principio della costituzione è ricavato da quello ricordato nel parere di Pomponio che, come abbiamo già precisato, (come si evince dalla collocazione del frammento del giurista nella *Palingenesia* di Lenel, primo libro del commentario *ad Sabinum*), riguarda in modo precipuo proprio la materia testamentaria e, al suo interno, la capacità di essere testimoni in determinate circostanze²⁶. Non dimentichiamo anche come Giustiniano abbia collocato nel Codice la *ratio* del precetto normativo sotto il titolo *De testibus* (C. 4.20.10).

Va precisato comunque che, come evidenziato da Giglio²⁷, Simmaco si riferisce a *rescripta divalia* e quindi, anche se l'identificazione tra il principio espresso da Simmaco e il principio sotteso a C.Th. 2.2.1 è verosimile, è probabile che l'espressione generica del prefetto urbano concernesse più disposizioni legislative, e non solo la costituzione di Graziano.

3. Il precetto di C.Th. 2.2.1 e i suoi fondamenti

Secondo C.Th. 2.2.1 nessuno deve essere giudice di se stesso (*neminem sibi esse iudicem*) e la corrispondente lezione giustiniana, C. 3.5.1, recita: *neminem sibi esse iudicem vel ius sibi dicere debet*. Osserviamo che Giustiniano distingue l'*esse iudex* (*iudicem*) dal *ius sibi dicere* sciogliendo l'espressione teodosiana o arricchendola, e che la rubrica del Codice giustiniano recita: *ne quis in sua causa quis iudicet vel sibi ius dicat*, mentre la rubrica del Codice Teodosiano riporta solo: *ne quis in sua causa quis iudicet*. Lo *ius sibi dicere* della lezione giustiniana echeggia un passo di Ulpiano di commento all'editto:

D. 2.1.10: Ulp. lib. 3 ad edictum. Qui iurisdictioni praeest neque sibi ius dicere debet neque uxori vel liberis suis neque libertis vel ceteris, quos secum habet.

In questo passo il termine *iurisdictionis* secondo De Martino, è impiegato "nel senso di rendere giustizia, senza riferimenti specifici ad un atto del processo formulare", indicando "la funzione del magistrato, ... il potere giudiziario, la sfera di potere"²⁸.

le, in ZSS., n. 70, 1957, p. 12, favorevoli all'identificazione tra i *rescripta divalia* di Rel. 41 da un lato e C.Th. 2.2.1 e D. 22.5.11 dall'altro. Dubbio invece è VERA D., *Commento storico alle relationes di Quinto Aurelio Simmaco. Introduzione, commento, testo, traduzione, appendice sul libro X, 1.2, indici*, Pisa, 1981, p. 309.

²⁶ Cfr. LENEL O., *op. cit.*, col. 86, n. 379.

²⁷ GIGLIO S., *op. cit.*, p. 199.

²⁸ DE MARTINO F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, pp. 171 ss. De

Per l'espressione *neminem sibi esse iudicem* Gotofredo nel suo commentario afferma che il codice giustiniano aggiunge *ius sibi dicere*²⁹.

Nella lezione giustiniana è evidenziata una distinzione lessicale tra *iudicatio* e *iurisdictio*. Occorre capire se la distinzione sia considerata anche sul piano sostanziale. Verosimilmente il classicismo di Giustiniano ci conduce a questa soluzione e cioè ad una distinzione sostanziale. Come è fin troppo noto, nel processo *per formulas* le parti del magistrato e del giudice sono distinte. Il primo ha il potere di *ius dicere*; il secondo di *iudicare*³⁰; nel processo delle *cognitiones* invece il funzionario imperiale, titolare della funzione giurisdizionale, ha il potere di emettere la sentenza. In altre parole egli *ius dicit* e *iudicat*. I titolari della funzione giurisdizionale, nell'ambito delle *cognitiones*, erano qualificati proprio come *iudices*³¹. Si potrebbe affermare che il potere di *iudicare* comprenda anche quello di *ius dicere*. Gotofredo ci viene in aiuto; nel Commentario alla costituzione afferma che con la voce *iudicem* è compreso anche ciò che Triboniano preferì esprimere sia nella rubrica sia nella stessa legge: *ius dicere. Sibi esse iudicem* equivarrebbe, secondo Gotofredo, a *iudicare in re propria*. Poi afferma che "*Judicandi scilicet & Judicis, verbum ad Magistratum quoque pertinet, qui Jurisdictionem habet*". Qui, *iudicare*, secondo Gotofredo, appartiene al magistrato dotato di *iurisdictio*. Cita come esempio di *causa in re sua* un frammento di Paolo, D. 22.5.10, *Paul. lib. 1 ad Sab. Nullus idoneus testis in re sua intellegitur* e, come esempio di *causa de re sua*, un frammento di Gaio, D. 4.8.6, *Gaius lib. 1 ad ed. pr. Quin etiam de re patris dicitur filium familias arbitrium esse posse: nam et iudicem eum esse posse plerisque placet*³².

Martino accosta il frammento giurisprudenziale alla nostra costituzione e ad altri passi del Digesto.

²⁹ GOTHOFREDI *Ad C.Th.* 2.2.1, *Nota g.*

³⁰ Sul significato e sul rapporto tra *ius dicere* e *iudicare* la bibliografia è sterminata. Ricordo, come esempi, KASER M., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, p. 28, nt. 29 e 30; KASER M.- HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, pp. 40 ss.; e WIEACKER F., *Römische Rechtsgeschichte*, Erster Abschnitt, München, 1988, p. 431, nt. 11, per cenni bibliografici. Secondo una nota impostazione tale distinzione non fu originaria; la procedura civile arcaica avrebbe compreso lo *ius dicere* e lo *iudicare*: cfr. KASER M., *Das altrömische ius*, Göttingen 1949, p. 352; WIEACKER F., *op. cit.*, p. 431; contro questa tesi cfr., ad es., DE MARTINO F., *Storia della costituzione romana*, Napoli, 1972, pp. 208 ss., spec. p. 210.

³¹ Cfr. BUTI I., *La cognitio extra ordinem da Augusto a Diocleziano*, in *ANRW.*, vol. II 14, Berlin- New York, 1982, pp. 29 ss., p. 39, che cita D. 5.1.81; 5.1.12 e la rubrica del titolo XIII del Codice giustiniano: *De iurisdictione omnium iudicum et de foro competenti*.

³² Tra le sue innumerevoli citazioni si può vedere, ad es., Cic., *Pro Roscio*, 102: *Itaque more maiorum comparatum est ut in minimis rebus homines amplissimi testimonium de sua re non dicerent*, nel quale l'oratore affermava che, secondo il *mos maiorum* neppure le persone più importanti potevano testimoniare *in re sua*, cioè in cause in cui fossero in qualche modo coinvolti, anche se si trattava di minime cose; Ammiano Marcellino, 31,

Per quanto riguarda invece lo specifico principio della nostra costituzione, il divieto di essere giudice in causa propria, le opinioni della dottrina sono discordanti: si tratterebbe di un principio innovativo oppure della conferma di una regola già espressa³³?

A mio parere il nostro testo non è un'innovazione tardoantica ma si innesta in un filone di disposizioni inerenti alla responsabilità dei magistrati giurisdicenti in generale e alla neutralità dell'organo giudicante in particolare. Sono infatti rintracciabili disposizioni attinenti allo stesso tema anche se lontane nel tempo rispetto alla costituzione di Graziano; e il fatto che l'imperatore abbia enunciato un principio così importante senza richiamare espressamente la normativa precedente (stando al tenore letterale del testo a noi pervenuto) fa ipotizzare una necessità contingente di applicazione di tale principio evidentemente non rispettato.

I precedenti sono a mio avviso ravvisabili in D. 5.1.48 e D. 2.1.10.

D. 5.1.48, tratto dai libri *responsorum* di Paolo, riporta una costituzione di Adriano³⁴:

D. 5.1.48 Paul. lib. 2 responsorum: Pars litterarum divi Hadriani: τοὺς ἄρχοντας ἐν ᾧ ἄρχουσιν ἐνιαυτῷ μήτε εἰσιέναι δικὴν ἰδίαν μήτε διωκόντων μήτε φευγόντων, μήτε περὶ ὧν ἐπίτροποι ἢ κουράτορες εἶεν κρινέτωσαν. ἐπειδὴν δέ ἐξήκη ἡ ἀρχή, καὶ αὐτοῖς πρὸς τοὺς φεύγοντας καὶ τοῖς φεύγουσι πρὸς αὐτοὺς εἰσαγωγίμους εἶναι τὰς δίκας.

La disposizione adrianea citata da Paolo stabiliva che i magistrati, nell'anno della loro carica, non potessero iniziare una causa in cui avessero interesse come attori né come convenuti, né attraverso coloro dei quali fossero tutori o curator. Quando l'incarico annuale fosse terminato era lecito invece iniziare una causa da parte loro o contro di loro. Appare verosimile che l'intervento adrianeo fosse dettato da un'esigenza pratica,

cap. 4, oppure Quintiliano: *inf de sent. ex per recit. rerum suarum iudex Quintiliano; libr. IV cap. I de exordio* = Quint., Inst. 4.1.19: *fuertunt etiam quidam suarum rerum iudices*; Quint., Inst. 4.1.

³³ Cfr. CHIAZZESE L., "Confronti testuali", in *AUPA*. 16 (1931), 1 ss., p. 191 nt. 1; v. anche FORTINA M., *L'imperatore Graziano*, Torino, Milano, Genova..., 1953, p. 128, secondo il quale Graziano "introduce nella procedura, ... una regola generale, ... per la quale regola nessuno possa essere giudice in causa propria;" ma v. in senso contrario VINCENTI U., *op. cit.*, p. 155, secondo il quale il divieto di giudicare in causa propria è anch'esso (come il divieto di rendere testimonianza in causa propria) 'risalente ad epoca precedente'.

³⁴ Cfr. KASER M., HACKL K., *op. cit.*, p. 245 nt. 21. Cfr. LICANDRO O., *In magistratu damnari. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle funzioni*, Torino, 1999, pp. 77 ss., spec. pp. 105 ss. (BUONAURO C., *Rec.*, *La responsabilità dei magistrati*, in *Labeo.*, n. 48, 2002, pp. 138 ss.)

mostrando la volontà di vietare un comportamento, in seno all'esercizio di una funzione pubblica, seriamente compromettente l'imparzialità del magistrato. La soluzione di Adriano appare però un tentativo non riuscito se ancora nel III secolo Ulpiano ribadisce la necessità di una imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdicente:

D. 2.1.10, Ulp. lib. 3 ad edictum. Qui iurisdictioni praeest, neque sibi ius dicere debet neque uxori vel liberis suis neque libertis vel ceteris, quos secum habet.

In questo frammento secondo Ulpiano colui che amministra la giurisdizione, né deve esercitarla a suo favore né a favore della moglie dei figli dei liberti o degli altri che ha con sé³⁵.

Si veda anche D. 36.1.13.4 *Ulpianus lib. 4 fideic.*:

D. 36.1.13.4 Ulp. lib. 4 fideicommissorum. 4. Tempestivum est require, per quem quis cogatur adire et restituere hereditatem: veluti si praetor aut consul fuerit heres institutus suspectamque hereditatem dicat, an cogi possit adire et restituere? Et dicendum est praetorem quidem in praetorem vel consulem in consulem nullum imperium habere: sed si iurisdictioni se subiciant, solet praetor in eos ius dicere³⁶. Sed et si ipse praetor heres institutus suspectam dicat, ipse se cogere non poterit, quia triplici officio fungi non potest et suspectam dicentis et coacti et cogentis. Sed in his omnibus casibus atque similibus principale auxilium implorandum est.

Nel paragrafo 4, in tema di adizione e restituzione dell'eredità nelle disposizioni fedecommissarie, Ulpiano si domanda se sia possibile costringere un pretore o un console, istituiti eredi in una eredità dichiarata sospetta, ad adire e restituire. La sua risposta è negativa. La motivazione si basa su questo principio: un magistrato non ha *imperium* su un collega di eguale giurisdizione e quindi il pretore non ha *imperium* su un pretore e un console su un console³⁷. Si tratta di un concetto già enunciato da Ulpiano in D. 4.8.3.3 e ribadito da Paolo in D. 4.8.4. Ulpiano poi afferma

³⁵ Cfr. KASER M., HACKL K., *op. cit.*, p. 245 e nt. 21.

³⁶ Sul significato dell'espressione *iurisdictioni subicere* recentemente LICANDRO O., *In magistratu damnari*, cit., pp. 105 ss.; secondo DE MARTINO F., *La giurisdizione*, cit., p. 259, p. 209 nt. 1, tale espressione è sospetta non appartenendo al lessico classico come l'espressione *imperio subicere*. Il passo in esame è valutato dalla dottrina anche sotto il profilo del rapporto tra *imperium* e *iurisdictionis*.

³⁷ Cfr. D. 4.8.3.3. e D. 4.8.4. Cfr., ad es., JOLOWICZ H.F., *Historical introduction to the study of roman law*, cit., p. 47, nt. 9.

che nel caso in cui essi si sottopongano alla sua *iurisdictio* allora il pretore potrà esercitarla nei loro confronti. Tuttavia se il pretore stesso è istituito erede non può essere costretto ad accettare l'eredità sospetta perché egli non può ricoprire un triplice ufficio: l'ufficio di colui che esercita la *iurisdictio*, e che in tal modo vuole tutelare l'erede e quindi di colui che dichiara sospetta l'eredità; di colui che accetta; di colui che è costretto ad accettare³⁸. In tali casi, secondo Ulpiano, sarebbe auspicabile un intervento imperiale (*auxilium principale*³⁹). Emerge il concetto di non esercitare la *iurisdictio* in causa propria, in linea con il principio già espresso da Adriano e citato da Paolo D. 5.1.48, *Paul. lib. 2 responsorum*⁴⁰.

Sempre di Ulpiano si può leggere D. 1.14.4:

D. 1.14.4 Ulp. lib. 1 de omnibus tribunalibus. Praetor neque tutorem neque specialem iudicem ipse se dare potest.

Per questo frammento appare interessante il titolo dell'opera del giurista, da cui emerge la volontà di offrire una regola generale, valida *omnibus tribunalibus*.

Va unito e confrontato a D. 1.18.5:

D. 1.18.5 Ulp. lib. 1 de omnibus tribunalibus. Praeses provinciae non magis tutorem quam specialem iudicem ipse se dare potest.

La specificazione della qualifica del giudice induce a pensare ad una necessità di chiarezza per inottemperanza al principio⁴¹.

Si può leggere anche D. 5.1.47 in cui l'attenzione del giurista è spostata su un rescritto di Adriano che vietò la nomina del giudice nell'interesse di una delle parti, nomina ovviamente vietata a meno che non fosse stata permessa in via eccezionale dal principe dopo aver valutato l'integrità dell'organo giudicante:

D. 5.1.47 Call. lib. 1 quaestionum. Observandum est, ne is iudex detur

³⁸ Anche su questi frammenti cfr. la dettagliata analisi di LICANDRO O., *op. cit.*, pp. 107 ss., che si sofferma anche sull'importanza di "cogliere il motivo del possibile esercizio di coazione nei confronti dei magistrati" citando un passo di Ulpiano riportato in D. 4.8.3.3.

³⁹ Cfr. DELL'ORO A., *Il titolo della suprema carica nella letteratura giuridica romana*, Milano, 1968, p. 90, secondo il quale l'*auxilium* di questo frammento è "l'emanazione del potere generico della carica come principale". L'espressione *auxilium principale* richiama la locuzione *ius principale* su cui cfr. DOVERE E., "*Ius principale*" e "*catholica lex*". *Dal Teodosiano agli editti di Calcedonia*, Napoli, 1999².

⁴⁰ V. supra 196 ss.

⁴¹ Cfr. anche D. 26.5.4 Ulp. lib. 39 ad legem Iuliam et Papiam. Praetor ipse se tutorem dare non potest, sicut nec pedaneus iudex nec compromissarius ex sua sententia fieri potest.

quem altera pars nominatim petat: id enim iniqui exempli esse divus Hadrianus rescripsit: nisi hoc specialiter a principe ad verecundiam petiti iudicis respiciente permittetur.

Il rapido confronto tra questi pareri giurisprudenziali e la normativa di Graziano mostra, a mio giudizio, una diversa prospettiva: una visione capillare, perfettamente consonante al metodo casistico, nei giuristi classici, che ricercano situazioni di conflitto di interessi da evitare; un tentativo di imporre una regola generale, che canonizzi un principio ripetutamente contraddetto, nella politica legislativa imperiale.

4. Contesto della costituzione

Volgiamo ora brevemente l'attenzione al contesto normativo in cui la costituzione prende vita. Essa va collocata nella legislazione di Graziano particolarmente attenta, come vedremo dalle costituzioni qui di seguito riportate, all'esigenza della neutralità e correttezza degli organi giudicanti. Si veda, ad esempio, la seguente costituzione:

C.Th. 4.16.2 [Brev. III, 14, 1] (379 Sept. 22) Impp. Grat(ianus), Valentin(ianus), et Theod(osius) AAA. ad Potitum Vicarium. Post alia: In privatorum causis huiusmodi forma servetur, ne quemquam litigatorum sententia non a suo iudice dicta constringat. Dat. X Kal. Octob. Rom. Auxonio et Olybrio cons.

Interpretatio. In causis privatorum talis ratio observetur, ut nullus alterius iudicis nisi sua sententia teneatur.

La costituzione, sotto il titolo *De re iudicata*, mette in luce la necessità di attenersi nelle cause private alla sentenza del giudice proprio di quella causa e non di altri e il principio è ribadito nell'*interpretatio*. Sembra adombrare ed anticipare la figura del giudice naturale. Nel codice di Giustiniano la costituzione è collocata sotto il titolo *Si non a competenti iudice iudicatum esse dicatur*, C. 7.48.4, che evidenzia il vincolo che la sentenza del giudice, che presiede la causa, determina.

Si vedano anche le costituzioni del titolo 17, *De sententiis ex periculo recitandis*, sulla necessità della scrittura (C.Th. 4.17.1, 2, 3).

C.Th. 4.17.1 (374 Dec. 3) Impp. Valentin(ianus), Val(ens), et Grat(ianus) AAA. ad Probum P(raefectum) P(raetori)o. Statutis generalibus iusseramus, ut universi iudices, quibus reddendi iuris in pro-

vinciis permittimus facultatem, cognitis causis ultimas definitiones de scripti recitatione proferant. Huic adicimus sanctioni, ut sententia, quae dicta fuerit, cum scripta non esset, ne nomen quidem sententiae habere mereatur, nec ad rescissionem perperam decretorum appellationis sollemnitatis requiratur. Dat. III Non. Dec. Treviris Gratiano A. III et Equitio V. C. cons.

C.Th. 4.17.2 (382 Aug. 23) Idem AAA. ad Clearchum P(raefectum) P(raetori)o. Iudex in proferenda sententia quae iurgantibus prosit, ad plenum recenseat, quidquid negotii fuerit inlatum, quod senserit scribat et relegat, ne per errorem iudicis iterum a primordio novae litis sortiantur eventus. Dat. X Kal. Sept. Constantinopoli Antonio et Syagrius cons.

C.Th. 4.17.3 [Brev. III, 15, 1] (382 Dec. 17) Impp. Grat(ianus), Valentin(ianus) et Theod(osius) AAA. Clearcho P(raefecto) P(raetori)o. Parere sublimitatem tuam nostris legibus convenit, ut in omnibus negotiis ex periculo promatur deliberationis plena sententia. Dat. XVI Kal. Ian. Constantinopoli Antonio et Syagrius cons.

Interpretatio. Observare iudices specialiter debent, ut in omnibus causis sententia, quae deliberata fuerit, constitutis pariter partibus recitentur, ut ab his, a quibus causa dicta est, ad integrum. quae data fuerit sententia, cognoscatur.

Nella prima costituzione (riportata anche in C. 7.44.3) gli imperatori ricordano di aver già statuito per tutti i giudici, ai quali era stata concessa la facoltà di *iura reddere* in provincia, di esporre, *causa cognita*, le loro decisioni attraverso la *recitatio scripti*, dunque di leggere e pronunciare solennemente la sentenza.

La seconda costituzione, così collocata nell'edizione Mommsen, era tramandata come terza nella prima edizione di Cuiacio (1566), mentre Gotofredo la considerava seconda costituzione dello stesso titolo. L'*Idem* dell'*inscriptio* si riferisce in effetti a Graziano, Valentiniano e Teodosio di C.Th. 4.17.3 e non agli imperatori del primo testo, C.Th. 4.17.1, che, tra l'altro riporta una data differente: l'anno 374⁴². Si tratta di un provvedi-

⁴² Cfr. BIAVASCHI P., http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/palingenesi/palingenesi_costituzioni.pdf; cfr. HAENEL G.F., *Codex Theodosianus. Ad LIV librorum manu scriptorum et priorum editionum fidem recognovit et annotatione critica*, Bonnae 1842, p. 415, in nota, che la pone come seconda, annotando la sua collocazione come terza nella prima edizione di Cuiacio e nelle successive.

mento sulla necessità della correttezza nella pronuncia della sentenza da parte del giudice il quale deve tener conto di tutte le questioni attinenti la causa nel pronunciare una sentenza utile alle parti. La sentenza deve essere scritta e letta affinché non dia adito alla nascita di un'ulteriore lite per errore del giudice⁴³.

Nella terza costituzione gli imperatori suggeriscono a Clearco, prefetto all'urbe⁴⁴, di obbedire alle loro leggi, affinché in tutte le cause la decisione, *plena*, cioè riguardante tutti gli aspetti della causa, come già stabilito in C.Th. 4.17.2, sia resa in forma scritta. L'*interpretatio* al testo specifica che la sentenza deve essere recitata di fronte alle parti affinché esse ne conoscano per intero il testo.

L'attenzione degli imperatori gravita sulla formalità della sentenza che, in tal modo, è garanzia di correttezza della decisione. Il giudice di fronte alle parti, nella solennità della *recitatio* della sentenza, è controllabile e pertanto degno di fiducia.

5. La generalità della *constitutio*

Tornando alla nostra costituzione osserviamo come essa sia un'*epistula* diretta al prefetto⁴⁵ all'urbe Gracco in relazione ai suoi poteri giurisdizionali, spontaneamente dall'imperatore oppure come risposta ad una istruzione richiesta dal prefetto, per un caso concreto di giurisdizione rispondente ad interessi generali.

L'efficacia generale della costituzione emerge in primo luogo dall'espressione enfatica di esordio, *promiscua generalitate*, che, nella versione giustiniana si trasforma in *generali lege*. Le parole del legislatore tardoantico rispetto a quelle impiegate da Giustiniano sono più puntuali: si riferiscono alle persone, ai giudici, a tutti i giudici. Il divieto è rivolto a qualsiasi soggetto che abbia il potere di *iudicare*. Chiaramente la generalità dei soggetti del precetto si traduce nella generalità della costituzione. Questo era ben chiaro ai commentatori della costituzione che scrivevano: *o m n e s praeceptio nostra constringat* ed è ben messo in luce da Gotofredo; nel suo commento l'espressione *promiscua generalitate* e l'espressione

⁴³ Cfr. GOTHOFREDI *Ad C.Th. 4.17.2 Commentarius: Non tam de recitanda, ex periculo sententia, quam de ea recte formanda et periculo sententiae concipiendo.*

⁴⁴ Nonostante l'indicazione, nell'*inscriptio* della costituzione, della sua carica come prefetto al pretorio. Cfr. SEECK O., *Regesten*, cit., p. 261; cfr. anche l'analisi di BIAVASCHI P. in http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/palingenesi/palingenesi_costituzioni.pdf.

⁴⁵ Sulla prefettura urbana cfr. DE MARTINO F., *Storia della costituzione romana*, V, Napoli 1975, pp. 336 ss., cfr. nt. 6.

giustianiana *generali lege* equivalgono a “*nullo excepto*”: *promiscuum est quod ad omnes ex aequo pertinet, quod omnes tenet, cuius vis ad omnes redit*⁴⁶: al divieto sono tenuti tutti i giudici per ragioni di equità.

Gotofredo a tale proposito menziona C.Th. 15.1.41 la quale, pur non riguardando propriamente il tema della nostra costituzione, ci riporta allo stesso principio. Stabilisce infatti che né i curiali né i membri di una corporazione possono arrogarsi la facoltà di giudicare in causa propria e che, dunque, la causa verrà decisa dal governatore della provincia o dal prefetto se lo esige la difficoltà del giudizio; quindi nessun giudice di qualsiasi grado, o magistrato potrà essere giudice in causa propria, neppure, quindi, il prefetto del pretorio o il prefetto dell’urbe⁴⁷. Nelle *Notae* Gotofredo commenta il termine *neminem* della prima frase della costituzione precisando che l’imperatore intendeva includere nei soggetti della disposizione anche il *praefectus praetorio* e il *praefectus urbi*⁴⁸.

L’importanza del principio espresso nella costituzione può aver indotto i compilatori teodosiani a creare una rubrica, *ne in sua causa quis iudicet*, del secondo libro del codice Teodosiano, che enuncia lo stesso principio, e in tal modo potrebbero aver esteso l’efficacia forse contingente della costituzione. Non sappiamo infatti se originariamente essa fosse rivolta ad una sola *pars imperii* o a tutto il territorio.

6. Il principio della neutralità del giudice dopo il Codice Teodosiano

Il principio dell’imparzialità del giudice, generalizzato nel Codice Teodosiano, viene poi citato, per essere escluso, dall’autore della *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* in *Cons.* 8.1.

Cons. 8.1. Adde dum sollicitudinis tuae cura tractavit, ut de effractoribus et manifesto crimine comprehensis quam iudex debuit ferre sententiam, tractatus nostri pagina declaret: aut si maritus, quem iudiciariae potestatis cingit auctoritas, de servis, qui res uxorias manifesto

⁴⁶ Cfr. VINCENTI U., *op. cit.*, p. 154: “in relazione a qualunque processo”.

⁴⁷ GOTHOFREDI *Commentarius, Ait lex promiscua generalitate: pro quo dilutius Tribonianus generali lege. Quare neque Curiales aut Collegiati a Principe sibi concessa sponte praesumere possunt: l. 41. de operib. publ. (quanquam non proprie id huc pertinet) neque ullus cuiuscunque dignitatis Iudex, vel Magistratus, quamlibet sublimis sit, in re propria Iudex esse potes, etsi Praefectus forte Praetorio, aut urbis. Cfr. sempre GOTHOFREDI Ad C.Th. 2.2.1, Nota f (scilicet ad “neminem” sibi esse Iudicem) Etiam Praefectum Praetorio, vel Praefectum urbi.*

⁴⁸ GOTHOFREDI *Ad C.Th. 2.2.1, Nota f.*

crimine abstulisse convicti sunt, peremptoriam debuerit ferre sententiam, quasi id obici possit, in propria causa quis iudicet stulte: huic lex divorum principum quae infra legitur opponenda, maritum illa tantum negotia uxoris velut extraneum auctorem prosecuturum, quae procuratio emissa perscripserit.

8.2. Ex corpore Theodosiani: Imppp. Theodosius et Arcadius et Honorius AAA. Victori proconsuli Asiae. Procurator, licet maritus sit, id solum exequi debet, quod procuratio emissa praescripserit. Dat. V kal. Iul. Theodosio A. III et Abundantio cons. (a. 393).

8.3. Agnoscis maritum velut extraneum causam uxorem prosecutum.

8.4. Agnoscis iudicem de manifestis reis non potuisse tardare sententiam.

8.5. Item ex corpore Theodosiani liber IX titulus De accusationibus et inscriptionibus: Impp. Arcadius et Honorius AA. Ne diversorum criminum rei vel desidia iudicum vel quadam levitatis ambitione per provincias detenti in carcerem crudelius differantur, moneantur omnes iudices productos e custodiis reos discussioni debitae subicere et quod leges suaserint definire. Dat. III non. Aug. cp. Arcadio III et Honorio cons.

8.6. Hoc etiam specialiter post hanc legem iudex sibi metuat inferendum, quod, si dignam tardarit ex lege ferre sententiam, dum principum praecepta despexit, ipse legibus damnabitur.

8.7. Unde ex corpore Theodosiani: Imp. Constantinus A. et Iulianus Caes. ad Taurum pp. (ad locum:) multabuntur iudices, qui rescripta contempserint aut distulerint. Dat. III non. Iul. Constantino A. VII et Iuliano cons.

8.8. Intellegat nunc improbus accusator cinctum iudicem et uxoria velut externa debuisse negotia definire: et non licuisse, ut alienum reatum metueret, cui de manifestis reis non licuit tardare sententiam.

La fattispecie è la seguente: alcuni schiavi commettono furto e vengono trovati in possesso dei beni derubati ad un donna. Sono condannati per furto flagrante da parte del marito della donna, che si trova a rivestire anche le funzioni di organo giudicante.

Il giureconsulto imposta il problema della difesa del giudice che giudica in causa propria: in primo luogo il marito si è posto in veste di estraneo, come qualunque procuratore investito dei suoi affari nell'ambito del conferimento della procura (C.Th. 2.12.4, a. 393, Teodosio Arcadio Onorio, Cons. 8.2); in secondo luogo il giudice, sulla base di disposizioni imperiali (C.Th. 9.1.18 Arcadio e Onorio, a. 396, Cons. 8.5) non può rimandare la sentenza. Se ritarda la sentenza dimostra disprezzo per le

leggi imperiali e sarebbe condannato per un diverso crimine⁴⁹.

Uno dei problemi posti dalla *Consultatio*, in merito al nostro tema, è questo: se l'autore ritenga davvero configurabile il reato (giudice che giudica in causa propria) o se intenda proporre un quesito di scuola, problema che, in generale, investe la natura stessa dell'opera e che, ad oggi, non ha trovato ancora una opinione comune. Non possiamo sapere con certezza se il giudice in questione si fosse rivolto all'autore della *Consultatio*, magari anche temendo un'accusa, oppure se il caso descritto sia un esempio esplicativo conforme ad una natura didattica dell'opera⁵⁰. La *Consultatio* parla di *improbis accusator* per colui che accuserebbe il giudice di giudicare in causa propria e di *alienum reatum* (Cons. 8.8) in cui il giudice, ritardando la sentenza contro i servi, incorrerebbe. In pratica il giureconsulto, per difendere il giudice, attribuisce maggior valore ad un precetto imperiale (C.Th. 9.1.18, a. 396), secondo il quale un'eventuale dilazione della sentenza avrebbe prolungato la carcerazione dei rei di furto, e che cita a sostegno dell'impossibilità di differirla (Cons. 8.4 e 5), anziché alla costituzione di Graziano (C.Th. 2.2.1, a. 376), secondo la quale il giudice non può giudicare in causa propria. Si tratta di due norme generali, incompatibili nel caso concreto. Ma l'autore della *Consultatio* non ritiene applicabile la norma del giudice in causa propria, perché esclusa dall'estraneità del marito in veste di procuratore della donna. Il ricorso al precetto imperiale sulla necessità di non differire la sentenza è infatti posto come primo nelle argomentazioni difensive a favore del giudice. In Cons. 8.8 il giureconsulto si rivolge all'*improbis accusator* per convincerlo che il giudice non tratta la causa come se fosse di suo interesse, bensì come estraneo e, quindi, come soggetto che non può differire la sentenza perché, se lo facesse, sarebbe passibile di un altro reato.

Osserviamo come il confronto tra le due norme (C.Th. 9.1.18 e C.Th. 2.2.1) porti alla luce il problema della responsabilità del giudice nelle fonti della tarda antichità, dalle quali emerge un'assenza di sistematicità, tipica di quell'esperienza giuridica. Per fare solo un esempio ricordiamo come la norma di Graziano sia priva di sanzione, limitata al solo aspetto precettivo, e come ci sia invece una miriade di norme che sanzionano il giudice in casi specifici. La responsabilità disciplinare del giudice sembra emergere da questa capillarità.

⁴⁹ Sul caso cfr. CANNATA C.A., La cosiddetta "*consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*", in DI RIENZA VILLATA M.G. (a cura di), *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile* (Atti Conv. Soc. it. di storia del diritto, Napoli 18-20 ottobre 2001), Napoli, 2003, pp. 224 ss.

⁵⁰ Cfr. *Idem*, pp. 201 ss., pp. 232 ss., contrario all'idea che essa rispecchi delle esercitazioni di retorica giudiziaria.

Il principio della neutralità del giudice è poi presente nella *Lex Romana Visigothorum*: infatti la costituzione di Graziano è stata tramandata da diversi manoscritti della *Lex*: dal Parisinus 4404 (sec. IX), dall'Ambrosianus (sec. XI), dal Wallersteinensis (sec. X), dal Gothanus (sec. X), dall'Oxoniensis Bodleianus Seldenianus B 16 (1125-1137), dal Phillippsianus Berolinensis 1761 (sec. VI ?), dal Monacensis 22501 (sec. VII ?), dal Parisinus 4403 (sec. VIII-IX), dal Parisinus 4405 (sec. IX)⁵¹.

Il fatto che la costituzione sia tramandata dalla *Lex* è indice di una sua vigenza in Occidente dal VI all'XI secolo, tra i romani o tra i rapporti tra romani e visigoti, oppure si tratta un semplice richiamo per uso scolastico?

Inoltre, come abbiamo già visto, è corredata da *interpretatio* che testimonia la diffusione pratica della norma nel periodo pre-alariciano.

La costituzione è poi menzionata dalla *Lex Romana Burgundionum*:

Lex Rom. Burg. 42 Theudosiani lege evidenter exprimitur, in sua causa neminem neque testimonium dicere posse, neque sententiam promulgare.

La menzione della legge come principio estrapolato dal Codice Teodosiano sembra perfettamente corrispondere al carattere delle compilazione barbarica, in cui le stesse fonti contenute nella *Lex Romana Visigothorum* sono disposte con un metodo diverso: essi sono riassunti e non riprodotti nella loro integrità.

La norma di Graziano è poi stata recepita dai compilatori giustiniane. La troviamo in due parti distinte del Codice: unica costituzione in C. 3.5.1 (*Ne quis in sua causa iudicet vel sibi ius dicat*) e, quanto alla *ratio*, in C. 4.20.1 (*De testibus*).

C. 3.5.1 Impp. Valens, Gratianus, Valentinianus AAA. ad Gracchum pu. Generali lege decernimus neminem sibi esse iudicem vel ius sibi dicere debere. In re enim propria iniquum admodum est alicui licentiam tribuere sententiae. Lecta k. Dec. Valente V et Valentiniano AA. cons. [a. 376]

C. 4.20.10 Impp. Valens Gratianus et Valentinianus AAA. Ad Gracchum pu. Omnibus in re propria dicendi testimonia facultatem iura submoverunt. Lecta k. Dec. Valente V et Valentiniano AA. cons. [a. 376].

⁵¹ Cfr. MOMMSEN TH., *Codex Theodosianus*, vol. I, pp. LXV ss.

Del titolo *Ne in sua causa quis iudicet* non troviamo corrispondenza nel Digesto che riporta invece il titolo *De testibus*.

7. Il principio dell'imparzialità del giudice nell'opera di Isidoro di Siviglia

Veniamo ora agli insegnamenti di Isidoro di Siviglia e verifichiamo se in essi è presente il principio di imparzialità del giudice o principi simili ma sempre concernenti la correttezza e la neutralità del giudizio. Analizzando l'opera di Isidoro di Siviglia, si possono trarre innanzitutto i seguenti dati⁵²: il principio del *iudex qui in sua causa iudicat* è assente nelle *Etymologiae* mentre il testamento spirituale di Isidoro⁵³, le *Sententiae*, contiene dei precetti attinenti ad esso.

Qui di seguito intendo avanzare delle proposte di lettura di alcuni capitoli di quest'opera, riguardanti la sfera del potere del *princeps*, dei giudici e dei funzionari, il comportamento dei giudici, le qualità del *princeps* e del giudice, in cui è ravvisabile l'introduzione di principi giuridici attinenti al tema dell'imparzialità del giudice che vengono posti su un piano etico secondo la visuale teologica dell'autore.

Teniamo presente che le *Sententiae* contengono due capitoli che trattano la legge e il giudizio divini, nel primo libro: *De lege* (XVIII) e *De iudicis* (XXVIII); e solo nel libro terzo troviamo dodici capitoli a contenuto tecnico-giuridico: *De iustitia principum, de patientia principum, de delictis principum sive exemplis, quod principes legibus teneantur, de disciplina principum in ecclesia, de iudicibus, de pravis iudicibus, de verbosis et iracundis iudicibus, de acceptione personarum, de muneribus, de testibus, de causidicis*. Sappiamo anche che le linee generali delle *Sententiae* sono descritte dallo stesso Isidoro in un passo del secondo libro, sotto il titolo dedicato alla *sapientia*, *Sent. 2.1.1*:

Incipit liber secundus. I. De sapientia.

1.1. Omnis qui secundum Deum sapiens est beatus est. Beata vita

⁵² Ho utilizzato l'edizione di TRISOGLIO F., *Le Sentenze*, Brescia, 2008, che, in alcune parti, come dall'autore stesso è specificato, *ivi* p. 35, si discosta dall'ed. di Pierre Cazier, *Corpus Christianorum*, Series Latina, 111, Turnholt, Brepols Editores Pontificii, 1998.

⁵³ FONTAINE J., *Isidoro de Sevilla: génesis y originalidad de la cultura hispánica en tiempos de los visigodos*, tr. M. Montes, Madrid, 2002, (*Isidore de Seville: Genèse et originalité de la culture hispanique au temps des Wisigoths*), p. 179, testamento spirituale considerato anche il suo capolavoro letterario: cfr. TRISOGLIO F., *Introduzione a Isidoro di Siviglia*, Brescia, 2009, p. 81.

cognitio divinitatis est. Cognitio divinitatis virtus boni operis est.
Virtus boni operis fructus aeternitatis est.

Nelle parole del vescovo, che risentono di echi agostiniani, la saggezza del cristiano permea tutta la vita umana, politica, sociale, giuridica (una vita beata è conoscenza della divinità); i principi teologici fondano ogni principio terreno e sono esposti con chiari intenti pedagogici.

Con queste linee Isidoro segna le tre tappe di un percorso spirituale: conoscenza della fede, moralità personale e collettiva, realizzazione del frutto dell'eternità nella vita successiva alla morte⁵⁴. Questi principi si riflettono anche su un piano a carattere precettivo.

Isidoro è considerato un erudito piuttosto che un innovatore e questo corrobora l'idea del suo impiego di fonti precedenti, tra cui fonti romane, trasposte su un piano etico⁵⁵. Le *Sententiae* racchiudono precetti di morale pratica⁵⁶ ed in tal senso tramandano principi giuridici rilevanti. Esprimono tanto un'esperienza religiosa quanto un precetto generale posto in forma persuasiva per la brevità e la forza della sua espressione⁵⁷.

Nel capitolo 51 del terzo libro, in cui Isidoro tratta dei delitti dei principi e dell'esempio che chi governa deve dare ai sudditi, - nell'ambito di un più ampio discorso sul *princeps* relativo anche all'ottemperanza alle leggi (cap. 52) e al rapporto con l'*ecclesia* (cap. 53), - accenna al popolo che quando pecca teme il giudice ed è costretto dalle leggi a non compiere il male.

LI. De delictis principum sive exemplis.

50.4. ... Populi enim peccantes iudicem metuunt, et a malo suo legibus coercentur...

Il capitolo 52 è invece interamente dedicato ai giudici:

LII. De iudicibus.

⁵⁴ FONTAINE J., *op. cit.*, p. 180.

⁵⁵ La conoscenza, da parte di Isidoro, del Codice Teodosiano, è fuori dubbio; si veda, ad es., Isyd. Etym. V. I, 7 *Novae a Constantino Caesare coeperunt et reliquis succedentibus, erantque permixtae et inordinatae. Postea Theodosius minor Augustus ad similitudinem Gregoriani et Hermogeniani codicem factum constitutionum a Constantini temporibus sub proprio cuiusque imperatoris titulo disposuit, quem a suo nomine Theodosianum vocavit.*

⁵⁶ FONTAINE J., *op. cit.*, p. 179.

⁵⁷ Così *Ibidem*. "La sententia según Isidoro expresa tanto una experiencia religiosa come un precepto generalpuesto en forma persuasiva por la brevedad y la fuerza de la sua expresión". Secondo Fontaine, *ivi* 180, Isidoro trasmette un pensiero di Agostino e di Gregorio Magno per poi ripensarlo, meditarlo e conformarlo al suo "sentimento" di rettitudine, condotta morale, vita contemplativa.

52.1. Ad delictum pertinet principum, qui pravos iudices contra voluntatem Dei populis fidelibus praeferunt. Nam sicut populi delictum est quando principes mali sunt, sic principis est peccatum quando iudices iniqui existunt.

Isidoro inizia con l'affermare che appartiene ai *delicta* dei principi il comportamento di colui che pone a capo del popolo dei fedeli un *pravus iudex*. È un delitto del popolo che i principi siano cattivi⁵⁸ e nel caso in cui i giudici siano iniqui allora è il *princeps* a compiere peccato. L'iniquità dei giudici si riversa su colui che li ha costituiti poiché li ha imposti contro la volontà di Dio. Il peccato si trasforma in delitto. Da un principio morale si giunge alla costruzione d'un atto illecito⁵⁹.

Estremamente importante, ai nostri fini, appare il paragrafo successivo in cui sono indicate le qualità del buon giudice:

52.2. Bonus iudex sicut nocere civibus nescit, ita prodesse omnibus novit. Aliis enim praestat censura iustitiae, aliis bonitate. Iudicia sine personarum acceptione suscipit, non infirmat iustitiam avaritiae flamma, nec studet auferre alteri quod cupiat sibi.

Il buon giudice, come non è capace di nuocere ai cittadini, così sa giovare a tutti. È superiore ad alcuni nella censura della giustizia, agli altri nell'onestà⁶⁰. Assume i giudizi senza alcuna parzialità nei confronti delle persone, non indebolisce la giustizia con la fiamma dell'avarizia, né

⁵⁸ Cfr. Isyd., Sent. 3, 48, 11: *Reges quando boni sunt, muneris esse Dei; quando vero mali, sceleris esse populi. Secundum meritum enim plebium disponitur vita rectorum, testante Iob: Qui regnare facit hypocritam propter peccata populi. Irascente enim Deo, talem rectorem populi suscipiunt, qualem pro peccato merentur. Nonnumquam pro malitia plebis etiam reges mutantur, et qui ante videbantur esse boni, accepto regno fiunt iniqui.*

⁵⁹ Il re deve proiettare un senso di rettitudine nella vita sociale e privata: si veda, a questo proposito, Isyd. Sent. 3, 50, 6-7: *Reges vitam subditorum facile exemplis suis vel aedificant, vel subvertunt, ideoque principem non oportet delinquere, ne formam peccandi faciat peccati eius impunita licentia. Nam rex qui ruit in vitiis cito viam ostendit erroris, sicut legitur de Hieroboam qui peccavit et peccare fecit Israhel! Illius autem adscribitur quicquid exemplo eius a subditis per perpetratur. Sicut nonnulli bonorum principum Deo placita facta sequuntur, ita facile multi prava eorum exempla sectantur. Plerique autem apud iniquos principes, necessitate magis quam uoto, mali existunt, dum imperiis eorum oboediunt. Nonnulli autem sicut prompti sunt sequi reges in malum, sic pigri sunt imitare illos in bonum, su cui si è soffermato, nella sua relazione, DE BUJÁN F., *San Isidoro. Un saggio tra due mondi. Il potere politico nel suo pensiero*, in questo stesso volume.*

⁶⁰ Il riferimento all'onestà è ricorrente nell'opera isidoriana: si veda, ad es., a proposito della *lex*, Isid. Etym. V, XXI, 1 *Qualis debeat fieri lex. Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta.*

si adopera a portare via ad altri ciò che desidera per sé. Le qualità del buon giudice risiedono nel senso della giustizia e nell'onestà. Il buon giudice è imparziale (*Iudicia sine personarum acceptione suscipit*) e non giudica nel suo interesse. Non si tratta, come è agile osservare, di principi giuridici di natura precettiva, bensì di principi giuridici trasposti sul piano etico in cui le qualità morali si traducono però facilmente in comportamenti conformi al diritto. In particolar modo la mancanza di *acceptione personarum* nell'assunzione di un giudizio mi sembra strettamente attinente al principio dell'imparzialità del giudice come sancito nella costituzione di Graziano.

Isidoro prosegue affermando che i buoni giudici difendono la giustizia solo per ottenere la salute eterna⁶¹, giustizia che non distribuiscono in base ai doni ricevuti affinché, non desiderando guadagni terreni, si arricchiscano con il premio eterno:

52.3. Boni iudices iustitiam ad solam obtinendam salutem aeternam suscipiunt, nec eam muneribus acceptis distribuunt, ut, dum de iusto iudicio temporalia lucra non appetunt, praemio aeterno ditentur.

C'è poi una bella immagine del giudice che giudica rettamente⁶² tenendo in mano la bilancia⁶³, portando da un lato la giustizia e dall'altro la misericordia.

52.4. Omnis qui recte iudicat, stateram in manu gestat, in utroque penso iustitiam et misericordiam portat; sed per iustitiam reddet peccati sententiam, per misericordiam peccati temperat poenam, ut isto libramine quaedam per aequitatem corrigat, quaedam vero per miserationem indulgeat.

Attraverso la giustizia emette un giudizio sul peccato e giunge alla pena del peccato mediandola però con la misericordia; a volte valuta con equità, altre con compassione: attraverso la prima giunge ad una più

⁶¹ Secondo MENÉNDEZ PIDAL R., *Historia de Espana*, vol. III, España visigoda (414-715 d.J.C.), II, 5, p. 231, ricordata da TRISOGLIO F., *Isidoro de Sevilla* cit., p. 263, la Chiesa aveva un certo diritto di ispezione sopra i giudici laici. Nel terzo Concilio Toletano (Mansi IX, 997 C-E, XVIII), presieduto da un fratello di Isidoro, Leandro di Siviglia, si affermava che una volta all'anno si doveva tenere un sinodo ecclesiale nel quale i *iudices locorum* si radunavano insieme ai vescovi affinché imparassero *quam pie et iuste cum populis agere debeant*: cfr. sempre TRISOGLIO F., *Isidoro de Sevilla* cit., p. 264.

⁶² Con imparzialità: *Ibidem*.

⁶³ Sull'immagine della Giustizia (non del giudice) rappresentata nella storia simbolicamente attraverso la bilancia cfr. PROSPERI A., *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2008, spec. pp. 3 ss.

correzione più giusta, perché la bilancia dell'*aequitas* permette una onesta ponderazione degli interessi in causa, con la seconda mitiga la sua severità. Il compito del giudice è dunque quello di giudicare un peccato temperandone la pena con la misericordia.

Va osservata l'espressione impiegata da Isidoro, *reddere sententiam*, che evoca la formula *reddere ius/iura* delle fonti romane, come esercizio della *iurisdictio* (si v. ad es., sul significato di *ius*: D. 1.1.11 *Paul. lib. 14 ad Sabinum ... praetor quoque ius reddere dicitur ... alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur*), e che non accosterei invece alla locuzione *reddere iudicium*, come atto di autorizzazione di un processo, come *dare actionem*⁶⁴.

Dopo aver indicato le qualità dei buoni giudici Isidoro descrive i *pravi iudices*.

LII. De pravis iudicibus.

52.6. Neminem stultorum vel improborum oportere iudicem esse. Nam stultus per ignaviam ignorat iustitiam; improbus per cupiditatem corrumpit ipsam quam didicit veritatem.

52.6. Neminem stultorum vel improborum oportere iudicem esse. Nam stultus per ignaviam ignorat iustitiam; improbus per cupiditatem corrumpit ipsam quam didicit veritatem.

52.7. Gravius lacerantur pauperes a pravis iudicibus quam a cruentissimis hostibus. Nullus enim praedo tam cupidus in alienis quam iudex iniquus in suis.

52.8. Latrones inaccessis faucibus ac latebrosis latentes insidias ponunt, isti palam rapacitatis⁶⁵ avaritia saeviunt.

⁶⁴ Cfr. BERGER A., *Encyclopedic dictionary of Roman law*, vol. XLIII, sv *reddere ius reddere iudicium dare actionem*.

⁶⁵ Cfr. C.Th. 1.16.7 [Brev. I, 6, 1] (331 Nov. 1) *Imp. Constantinus A. ad provinciales. Cessent iam nunc rapaces officialium manus, cessent, inquam: nam si moniti non cessaverint, gladiis praecedentur. Non sit venale iudicis velum, non ingressus redempti, non infame licitationibus secretarium, non visio ipsa praesidis cum pretio ... Absit ab inducendo eius, qui o icii princeps dicitur, depraeditio; nullas litigatoribus adiutores eorundem officii principum concussionibus adhibeant; centurionum aliorumque officialium, parva magnaue poscentium, intolerandi impetus oblidantur, eorumque, qui iurgantibus acta restituunt, inexplata aviditas temperetur. Semper invigilet industria praesidialis, ne quicquam a praedictis generibus hominum de litigatore sumatur. Qui si de civilibus causis quicquam putaverint esse poscendum, aderit armata censura, quae nefariorum capita cervicesque detruncet, data copia universis, qui concussi fuerint, ut praesidium instruant notionem. Qui si dissimulaverint, super eodem conquerendi vocem omnibus aperimus apud comites cunctos provinciarum aut apud praefectum praetorio, si magis fuerit in vicino, ut his referentibus edocti, super talibus atrociniis supplicia proferamus. Dat. Kal. Novemb. Constant(ino)p(oli) Basso et Ablabio cons.* La norma relativa alla concussione dell'*officium* del governatore è attenta alla *dignitas* della burocrazia e al rispetto delle regole.

52.10. Plerumque et boni iudices sunt, sed ministros rapaces habent. Horum figura, ut ait quidam, tamquam Scilla pingitur atque describitur: ipsa quidem humana species, sed capitibus caninis accincta et circumdata. Non aliter quibusdam potestatibus accidit ut ipsorum humanitatem inmanitas iniquorum sociorum perturbet.

52.11. Saepe iudices pravi cupiditatis causa aut differunt, aut pervertunt iudicia, nec finiunt coepta partium negotia, quousque marsupia eorum qui causantur exhauriant. Quando enim iudicant, non causam, sed dona considerant, et sicut neglegentes sunt in discussione causantium, sic in eorum damno solliciti sunt.

52.12. Iudices pravi, iuxta prophetae verbum, quasi lupi⁶⁶ vespere, non relinquunt in mane; hoc est de praesentis vitae tantum commodis cogitant, non de futuris. Vita enim ista vesperum, futura vero mane accipitur. Et bene ait quasi lupi, quia luporum more cuncta diripiunt et vix pauca pauperibus derelinquunt.

Nessuno, secondo Isidoro, deve essere giudice se è stolto o disonesto. Lo stolto ignora la giustizia a causa dell'ignoranza, l'improbo corrompe per cupidigia la verità che ha imparato.

C'è poi un paragone dei giudici con i nemici, in cui i primi appaiono più crudeli dei secondi; nessun *praedo tam cupidus in alienis quam iudex iniquus in suis*⁶⁷. C'è anche una immagine dei ministri dei buoni giudici paragonati ad una specie quasi umana circondata da teste canine, come quella di Scilla.

Molto interessante è poi il paragrafo dove Isidoro afferma che i giudici corrotti a causa della cupidigia⁶⁸ differiscono le cause o addirittura rovesciano i giudizi. Sono molto più interessati agli averi delle parti e quando giudicano non considerano la causa ma i doni e sono così negligenzi nella discussione come sono solleciti nel procurare danno.

Isidoro utilizza altre immagini: quella dei lupi (dal profeta Sofonia),

⁶⁶ Cfr. Soph., 3, 3: *principes eius in medio eius quasi leones rugientes iudices eius lupi vespere non relinquebant in mane*. Devo questa citazione a Mario Fiorentini, che ringrazio.

⁶⁷ Si veda l'esplicito riferimento alla *cupiditas iudicum* in Lex Visig. 2.1.26 (Chindasv., a. 642-653, ed Zeumer, p. 73 s.)

⁶⁸ Si confronti il discorso di Isidoro con le parole di Ammiano Marcellino sulle figure degli avvocati: Amm. Marc. 30. 4. 10: *horum obstinatione libertatem temeritas, constantiam audacia praeceps, eloquentiam inanis quaedam imitatur fluentia loquendi: quarum artium scaevitate, ut Tullius adseverat, nefas est religionem decipi iudicantis. ait enim "cumque nihil tam incorruptum esse debeat in re publica quam suffragium, quam sententia, non intellego cur, qui ea pecunia corruerit, poena dignus sit: qui eloquentia, laudem etiam ferat. mihi quidem hoc plus mali facere videtur, qui oratione, quam qui pretio iudicem corrumpit: quod pecunia corrumpere pudentem nemo potest, dicendo potest"*. L'interesse di Ammiano è tuttavia concentrato sul lato dei corruttori e non su quello dei giudici corrotti.

ad es., che saccheggiano nella notte nulla lasciando al giorno, occupandosi dei beni presenti e non di quelli futuri. I giudici pravi, quasi lupi, saccheggiano ogni cosa secondo il costume delle belve lasciando pochissimo ai poveri. Poi si occupa dei giudici prolissi ed irascibili che, a causa di questi difetti, alterano l'ordine del giudizio. In tal modo i giudici non dirimono le cause e, non accontentandosi di svolgere il proprio *officium*, si occupano di cose diverse, e turbano il corretto e ordinato svolgimento della loro funzione. Alcuni, mentre iniziano a giudicare e sono irascibili, cambiano la sentenza del giudizio in insania e, come dice il Profeta⁶⁹, mutano in furore il giudizio e giudicano prima di sapere. Il furore turba la mente del giudice e non gli permette di trovare la verità. L'ira non permette di compiere un esame corretto perché la caligine del furore offusca il raziocinio. Solo respingendo il furore la mente può esaminare la verità con serenità e pervenire all'equità.

LII. De verbosis et iracundis iudicibus.

52.13. Verbosi iudices et elati, ut sapientes videantur, non discutiunt causas, sed adserunt, sicque conturbant iudicii ordinem, dum non suo contenti officio aliena praesumunt.

52.14. Quidam, dum iudicare incipiunt, irascuntur, ipsamque iudicii sententiam in insaniam vertunt. De quibus recte per prophetam dicitur: Qui convertunt in furorem iudicium. Qui enim iratus iudicat, in furorem iudicium mutat et ante profert sententiam quam agnoscat.

52.15. Furor in iudice investigationem veri non valet adtingere, quia mens eius turbata furore ab scrutatione alienatur iustitiae.

52.16. Iracundus iudex iudicii examen plene contuere non valet quia caligine furoris non videt. Qui autem repulso furore discutiit, facilius ad contuendam veritatem mentis serenitate consurgit, et sine ulla perturbatione ad aequitatis intellegentiam pervenit.

Importante è anche il capitolo sul riguardo alle persone, in cui Isidoro dice che in un giudizio non deve essere considerata la persona ma la causa. Ad esempio non bisogna provare compassione per i poveri in giudizio ma essere obiettivi altrimenti si modifica il giudizio favorendo

⁶⁹ Isidoro si riferisce a Am. 5, 7: *qui convertitis in absinthium iudicium et iustitiam in terra relinquitis*. Amos non usa *furorem*, ma *absinthium*, con riferimento alla pianta officinale il cui distillato è particolarmente amaro. Si veda anche Am. 6, 13: *numquid currere queunt in petris equi aut arari potest in bubalis quoniam convertistis in amaritudinem iudicium et fructum iustitiae in absinthium*. Anche per questa citazione ringrazio Mario Fiorentini. Cfr. anche TRISOGLIO F., *Le sentenze cit.*, p. 265 che cita anche Greg. Naz., Or. V, 21 a proposito delle grida e dell'agitazione di Giuliano l'Apostata durante la sua attività di giudice.

l'amicizia o i legami di sangue e così facendo, anche non sapendolo, si commette peccato. I giudici iniqui sbagliano nel cercare la verità della sentenza mentre si occupano delle qualità delle persone; esacerbano i giusti mentre difendono gli iniqui. La parzialità, la mancanza di neutralità assumono la veste del peccato. Il principio espresso è chiaramente una norma morale. Non è difficile tuttavia vedervi anche il riflesso (o per meglio dire, addirittura la base fondante) del principio giuridico della imparzialità dell'organo giudicante. La parzialità del giudice non consente quindi di pervenire alla verità, non fa giudicare rettamente e secondo giustizia.

In termini giuridici l'aver riguardo alle persone, in base a rapporti di amicizia o parentali, si traduce in parzialità di comportamento nell'espletamento della funzione giudicante: il peccato (piano teologico, etico) diventa un comportamento antiggiuridico che, in quanto tale, non permette di raggiungere la verità. Ciò che è riprovevole sul piano etico (norma morale) si traduce in un comportamento contrario al diritto.

Nel suo commento al capitolo sui favoreggiamenti personali Trisoglio⁷⁰ richiama specifici passi biblici (Deut. 16, 19, *non accipies personam nec munera*; Siracide, 42,1; Prov., 24,23) e alcuni passi di Ambrogio, *De officiis* II, 24, 125 CC 15 p. 141, 37-40, che invita a non fare accezione di persona nei giudizi perché è contro la fede accusare un povero e scusare un ricco⁷¹.

LIII. De acceptione personarum.

53.1. Non est persona in iudicio consideranda, sed causa; scriptum est enim: non accipies personam in iudicio⁷². Et iterum: Non misereberis pauperi in iudicio⁷³. Qui enim consanguinitatis vel amicitiae favore, siue inimicitiarum odio, iudicium pervertunt, sine dubio in Christum, qui est veritas et iustitia, peccare noscuntur.

53.2. Iniqui iudices errant in veritate sententiae, dum intendunt in qualitate personae et exulcerant saepe iustos, dum inprobe defendunt iniquos; qui autem recte praesidere studet nec partem palpare novit, nec cohibere a iustitia didicit.

L'attenzione alla giustizia e all'equità richiama espressioni di una nota

⁷⁰ TRISOGLIO F., *Isidoro de Sevilla* cit., p. 266.

⁷¹ *Ibidem* nt. 2.

⁷² Deut., 16, 18: *iudices et magistros constitues in omnibus portis tuis quas Dominus Deus tuus dederit tibi per singulas tribus tuas ut iudicent populum iusto iudicio [19] nec in alteram partem declinent non accipies personam nec munera quia munera excaecant oculos sapientium et mutant verba iustorum.*

⁷³ Es., 23, 3, con lezione diversa: *pauperis quoque non misereberis in negotio.*

costituzione costantiniana in tema di giudizio petitorio C.Th. 11.39.1 (a. 325): per giungere alla verità gli organi giudicanti devono essere mossi dall'equità e dalla giustizia. In particolare, qualora le prove fornite dall'attore non siano sufficienti, l'*onus probandi* deve gravare sul convenuto, al quale sarà richiesto di attestare la provenienza del suo possesso o in base a quale diritto egli abbia la cosa controversa (*unde possideat vel quo iure teneat*) Scopo di questo capovolgimento è il raggiungimento della verità (*ut sic veritas examineretur*).

C.Th. 11.39.1 (325 Sept. 17) Imp. Constantinus A. Aurelio Helladio. Etsi veteris iuris definitio et retro principum rescripta in iudicio petitori eius rei quam petit necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et iustitia moti iubemus, ut, si quando talis emerit causa, in primordio iuxta regulam iuris petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat; sed si deficiat pars eius in probationibus, tunc demum possessori necessitas inponatur probandi, unde possideat vel quo iure teneat, ut sic veritas examinetur. Dat. Naisso XV kal. Octob. Paulino et Iuliano cons. ⁷⁴.

Il richiamo alla giustizia e all'equità ci riporta soprattutto, però, al principio, di C.Th. 2.2.1 sul giudice in causa propria: avevamo visto⁷⁵ che l'imperatore fonda sull'equità il divieto di giudicare in causa propria come già gli *iura* avevano fondato su di essa il divieto di testimoniare *in re propria*. Si può notare anche una commistione di regole apparentemente mutuata dal diritto laico imperiale con regole provenienti dall'Antico Testamento, che si compenetrano in un complesso articolato di principi di comportamento a cui il giudice è tenuto a conformarsi.

Vediamo poi il cap. 54 *De muneribus*:

LIII. De muneribus.

54.1. Qui recte iudicat et praemium inde remunerationis expectat, fraudem in Deo perpetrat, quia iustitiam quam gratis inpertire debuit acceptione pecuniae vendit.

54.2. Bona male utuntur qui iuste pro temporali lucro iudicant; tales quippe ad veritatem non iustitiae defensio, sed amor praemii provocat. Quibus si spes nummi subtrahitur, confestim a iustitiae defensione recedunt.

⁷⁴ Cfr. PULIATTI S., Accertamento della *veritas rei* e principio dispositivo nel processo postclassico-giustiniano, in *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano*, cit., pp. 103 ss., pp. 106 ss.

⁷⁵ V. *supra* p. 188.

54.3. *Acceptio munerum praevaricatio veritatis est; unde et pro iusto dicitur: Qui excutit manus suas ab omni munere, iste in excelsis habitat*⁷⁶.

54.4. *Dives muneribus cito corrumpit iudicem, pauper autem dum non habet quod offerat, non solum audire contemnitur, sed etiam et contra veritatem opprimitur.*

54.5. *Cito violatur auro iustitia nullamque reus pertimescit culpam quam redimere nummis existimat. Plus enim obtinet mentem censoris amor lucri, quam aequitas iudicii.*

54.6. *Tres sunt munerum acceptiones quibus contra iustitiam humana vanitas militat, id est favor amicitiarum, adulatio laudis et corporalis acceptio muneris. Facilius autem pervertitur animus rei corporeae munere quam gratiae laudisque favore.*

54.7. *Quattuor modis iudicium humanum pervertitur: timore, cupiditate, odio, amore. Timore dum metu potestatis alicuius veritatem loqui pavescimus; cupiditate dum praemio muneris alicuius corrumpimur; odio dum contra quemlibet adversari molimur; amore dum amico vel propinquis praestare contendimus. His enim quattuor causis saepe aequitas violatur, saepe innocentia laeditur.*

Il giudice che giudica aspettandosi un premio commette frode nei confronti di Dio, perché in tal modo vende la giustizia che dovrebbe invece donare gratuitamente. I giudici non devono guardare al lucro temporale e devono rincorrere la verità per difendere la giustizia e non per amore del premio. *L'acceptio munerum* è prevaricazione della verità. Tre sono le *acceptiones munerum* con le quali la vanità umana combatte contro la giustizia: *favor amicitiarum, adulatio laudis e corporalis acceptio muneris*. L'animo si deteriora più facilmente con l'accettazione di doni materiali piuttosto che con il favore della grazie e della lode. Quattro sono i modi per rovesciare il giudizio umano: il timore, la cupidigia, l'odio e l'amore. Con il timore causato dal potere altrui si ha paura di parlare e dire la verità; l'odio porta a macchinare insidie contro gli avversari, con l'amore invece disputiamo per favorire amici e parenti. L'amore e, quindi – tradotto in termini giuridici – la parzialità di giudizio dovuta ai legami, non conduce alla verità. Con questi quattro casi spesso l'equità è violata e spesso è lesa l'innocenza.

Una differenza che possiamo notare tra la costituzione di Graziano e la parzialità del giudice che emerge dalla parole di Isidoro sta nel fatto che, rispetto alla norma imperiale, Isidoro ha riguardo ai rapporti personali e familiari del giudice piuttosto che ad interessi propri del giudice.

⁷⁶ Is., 33, 15-16.

Sotto questo profilo con facilità si può accostare il suo pensiero alle parole di Cicerone sulla prevalenza dei doveri del giudice rispetto ai doveri dettati dall'amicizia:

Cic. de off. 3.10.43-46.

43. Maxime autem perturbantur officia in amicitiiis, quibus et non tribuere, quod recte possis et tribuere quod non sit aequum, contra officium est. Sed huius generis totius breve et non difficile praeceptum est. Quae enim videntur utilia, honores, divitiae, voluptates, cetera generis eiusdem, haec amicitiae numquam anteponenda sunt. At neque contra rem publicam neque contra ius iurandum ac fidem amici causa vir bonus faciet, ne si iudex quidem erit de ipso amico; ponit enim personam amici, cum induit iudicis. Tantum dabit amicitiae, ut veram amici causam esse malit, ut orandae litis tempus, quoad per leges liceat, accomodet.

46. Cum igitur id, quod utile videtur in amicitia, cum eo, quod honestum est, comparatur, iaceat utilitatis species, valeat honestas. Cum autem in amicitia, quae honesta non sunt, postulabuntur, religio et fides anteponatur amicitiae; sic habebitur is, quem exquirimus dilectus officii. Sed utilitatis specie in republica saepissime peccatur, ut in Corinthi disturbance nostris; durius etiam Athenienses, qui sciverunt, ut Aeginetis, qui classe valebant, pollices praeciderentur. Hoc visum est utile; nimis enim imminerebat propter propinquitatem Aeginae Piraeo. Sed nihil, quod crudele, utile; est enim hominum naturae, quam sequi debemus, maxima inimica crudelitas.

e ad una costituzione di Costantino del 319:

C.Th. 1.16.3 (319 Oct. 24) Imp. Constantinus A. ad Felicem praesidem Corsicae. Cum sex menses transcurrerint, breves omnium negotiorum ab officio tuo descripti commeent ad scrinia eminentissimae praefecturae, ut his recensitis et ad scrinia nostra perlatis pandatur, quis iudicum et in quibus discingendis causis fidelem operam praestiterit, quo vel dignus praemium mereatur vel negligens coercionem incurrat: adeundi tuum iudicium de negligentia vel avaritia tui officii data provincialibus facultate. De eo sane, qui pretio depravatus aut gratia perperam iudicaverit, ei vindicta quem laeserit non solum existimationis dispendiis, sed etiam litis discrimine praebeatur. Dat. VIII k. Nov. Sirmio Constantino A. v et Licinio Caes. consul.⁷⁷

⁷⁷ Per questi precedenti cfr. GORIA F., *Valori e principi del processo civile nella legislazione tardoantica: brevi note*, in *Principi generali e tecniche operative del processo civile ro-*

Alla valutazione del comportamento degli organi giudicanti seguono poi, nelle *Sententiae*, considerazioni sui testimoni, sui causidici, sull'oppressione dei poveri.

8. Conclusioni

Nell'esperienza romana tardo antica la costituzione di Graziano, C.Th. 2.2.1, sul divieto di essere giudice in una causa in cui si è coinvolti, si pone come momento basilare dell'affermazione (o riaffermazione) della neutralità dell'organo giudicante in un più ampio contesto riguardante la responsabilità del giudice nell'esercizio della sua funzione.

Regole sulla responsabilità del giudice, viste sotto diversi profili, oggettivo e soggettivo, sono risalenti nell'esperienza romana e affondano le proprie radici nell'arcaico processo per *legis actiones*. Negli secoli del Principato un esempio significativo è rappresentato dalla fattispecie del *iudex qui suam litem fecit*⁷⁸ che, rispetto al contesto della nostra costituzione, è, nella sua complessità, circoscritto ad aspetti di tipo procedurale e soggettivo⁷⁹, dovuti anche al cambiamento della forma processuale, dal

mano cit., pp. 11 ss., pp. 15 s.

⁷⁸ Sul *iudex qui suam litem fecerit* cfr., ad es., SCEVOLA R., *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, 2004; LAMBERTINI R., *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit*, Lezione tenuta nella Sede napoletana dell'Ast il 10 novembre 2010 (<http://www.studitardoantichi.org/einfo2/file/1290518727-Lambertini%202.pdf>); ID., *Sulla responsabilità del giudice nella "cognitio" del tardoantico*, che comparirà negli Atti del Convegno Internazionale della Società di Storia del Diritto "La responsabilità del giudice. Prospettive storiche e attuali" (Foggia-Trani 14-15 novembre 2008); GIUSTO M., *Per una storia del "litem suam facere"*, in *SDHI.*, n. 71, 2005, p. 468 e nt. 36. Contra, di recente, PETITO A., *Il "iudex qui litem suam fecerit" nella Parafrasi di Teofilo*, in CASCIONE C., GERMINO E., MASI C. (a cura di), *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, 2006, pp. 453; nonché, da ultima, MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna, 2010, pp. 61 ss. Anche BURDESE A., *Note sulla responsabilità del "iudex privatus"*, in *Studi L. Mazzarolli*, vol. I, Padova, 2007, pp. 50 ss. Rientrano nella fattispecie delittuosa il giudice che non avesse condannato nella somma stabilita nella formula, Gai. 4.52, il giudice che avesse giudicato ingiustamente per amicizia inimicizia o corruzione, Ulp. D. 5.1.15.1 (sul quale vd. infra nt. 79), o che avesse omesso di giudicare nel termine prescritto causando l'estinzione del processo.

⁷⁹ Un caso che mostra, a mio parere, una forte affinità con la fattispecie della costituzione di Graziano, è rappresentato dal noto testo di Ulpiano, 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 vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur* in cui gli elementi che concretizzano il caso di *litem suam facere* constano soprattutto nella emanazione della sentenza *in fraudem legis (dolo malo)* che si concretizza, come dice Ulpiano in compiacenza o inimicizia verso una delle parti (*si evidens arguatur eius gratia vel inimicitia vel etiam sordes*). La sentenza risul-

processo formulare alla *cognitio imperiale*⁸⁰. Ricordo come, su tale istituto, una delle discussioni storiografiche verta proprio sul significato dell'espressione "*litem suam facere*", rinvenibile nelle fonti dell'esperienza tardoantica: se dimostri una tendenza classicista oppure riveli un'attrazione della fattispecie classica in altro ambito come quello della repressione criminale⁸¹.

Dato emergente ed evidente, in seno all'esperienza tardoantica, è quello della frammentazione della disciplina relativa ai comportamenti degli organi giudicanti e i loro uffici. Con efficacia espressiva Lambertini dichiara infatti che "circa la *cognitio* del basso impero il quadro sanzionatorio finisce con lo stemperarsi – e quasi, si direbbe, con l'esplosione – in una miriade di norme specifiche le quali puniscono con gravi pene afflittive e pecuniarie il *iudex*, o il suo *officium*, o l'uno e l'altro insieme, che disattendono questa o quella specifica norma di comportamento"⁸².

Il provvedimento di Graziano ci mostra, a mio avviso, un cambiamento di prospettiva: è accentuato l'aspetto oggettivo dell'organo giudicante e del suo ruolo di soggetto del tutto estraneo alla lite, che deve rivestire un ruolo terzo e perciò neutro, imparziale e onesto⁸³. In comune col quasi delitto il nostro divieto pare abbia il fatto che, soggetto del divieto, come nel caso del *iudex qui suam litem fecit*, non sia tanto il magistrato con poteri giurisdizionali, bensì l'organo delegato ad emettere la sentenza⁸⁴.

Quanto all'opera di Isidoro di Siviglia osserviamo che proprio il tema dell'onestà lega la disposizione imperiale di Graziano alla visuale etica del vescovo. Nell'opera di Isidoro, influenzato, sotto il profilo giuridico, soprattutto dal diritto occidentale (Codice Teodosiano), l'aspetto della re-

ta, in tale caso, priva di imparzialità, anche se, come è chiaro, la disonestà del giudice verte sulla scelta di una delle parti e non su interessi propri. Ovviamente la riflessione necessita di approfondimenti che in questa sede non posso affrontare. A questo proposito cfr. CENTOLA D.A., *In tema di responsabilità penale nella legislazione tardoimperiale*, in *SDHI.*, n. 68, 2002, *Notae*, pp. 567 ss., p. 571: "... altre ricerche sono molto utili non solo ai fini di una migliore comprensione del "sistema amministrativo" del dominato, ma anzitutto per cercare di fare luce sulle complesse dinamiche della realtà processuale, politica e sociale di quel periodo". Centola ricorda anche come atti compiuti dai funzionari vengano ricompresi dalla dottrina nella fattispecie del reato, per i quali rinvia a LAURIA M., *Calumnia*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1934, pp. 97 ss., ora in *ID.* *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, p. 250. Sul testo di Ulpiano, cfr., ad es., LAMBERTI F., *Riflessioni in tema di "litem suam facere"*, in *Labeo.*, n. 36, 1990, pp. 218 ss., pp. 224 ss.

⁸⁰ Cfr. DE MARTINO F., *Litem suam facere*, in *BIDR.*, n. 91, 1998, pp. 1 ss., p. 24

⁸¹ Su cui cfr., ad es., SCEVOLA R., *op. cit.*, pp. 537 ss.; LAMBERTINI R., *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit* cit., par. 2.

⁸² Cfr. LAMBERTINI R., *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit* cit., par. 2.

⁸³ La costituzione di Graziano è letta come provvedimento in tema di onestà dei giudici da PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, Torino³, 1991, p. 770.

⁸⁴ *Idem*, p. 911.

sponsabilità del giudice emerge infatti dai discorsi educativi sulla figura del buon giudice e del giudice corrotto, come riflesso dell'ottemperanza all'onestà, alla giustizia, all'etica cristiana, alla conoscenza dei precetti divini. Isidoro concentra la sua attenzione su criteri di equità e giustizia, da cui diramano altri parametri, che costituiscono il fondamento dei suoi precetti morali, tradotti in comportamenti giuridici e che, a ben guardare, sono gli stessi criteri fondanti delle norme romane sulla responsabilità del giudice. Si è visto come sia presente anche uno specifico richiamo alla parzialità/imparzialità dell'organo giudicante. Le opinioni del vescovo di Siviglia traducono su un piano pedagogico-morale precetti normativi che, in tal modo, si ammantano di ulteriore autorità. Da un lato abbiamo il peccato, l'avarizia, la cupidigia, la corruzione, l'interesse per i lucri terreni, l'irascibilità; dall'altro la fede, la giustizia, l'obiettività, la cura dell'interesse altrui, la misericordia. Tra i difetti e le qualità dell'organo giudicante emerge anche proprio quello della parzialità/imparzialità che traduce in precetto morale-giuridico un comportamento conforme a canoni di fede che, soli, possono rendere un giudice giusto e annunciatore della verità.

La lettura delle *Sententiae* può dunque giovare ad una conoscenza ulteriore del pensiero di Isidoro, a verificare, allo stesso tempo, una tradizione, anche celata, di principi romanistici, ed infine a contribuire alla ricostruzione delle radici storiche di un principio così fondante nelle attuali esperienze giuridiche.