

Chiara Buzzacchi

Sanzioni processuali nelle Istituzioni di Gaio: una mappa narrativa per Gai., *inst.* 4.171-172

Giustiniano, come è noto, intervenne legislativamente in maniera incisiva anche in tema di processo civile, spesso consolidando strutture procedurali delle *cognitiones extra ordinem*¹. Nelle linee generali, le costituzioni più importanti in materia² appaiono essere dettate dalla necessità di impedire che il processo, a causa delle debolezze delle sue strutture, potesse essere utilizzato a fini persecutori: la «lotta contro l'abuso del ricorso alla giurisdizione», insieme alla «lotta per il processo come stru-

¹) Cfr. U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, p. 235 ss., D. SIMON, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozess*, München, 1969, in particolare p. 363 ss., e G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Torino, 1989, p. 505 ss.

²) In ordine cronologico si possono ricordare, tra gli esempi più significativi, due costituzioni del 527: la prima (scissa dai compilatori in C.I. 3.1.12 e 7.62.36) fu improntata alla preliminare direttiva di velocizzare i processi, rendendo possibile il ricorso all'imperatore per l'ingiustificata inattività del giudice. Essa è conosciuta soprattutto per avere vietato la impugnazione delle decisioni istruttorie *ante definitivam sententiam*. Mirando alla maggiore celerità dei procedimenti, stabili altresì che il diritto di ricsuzione del giudice dovesse essere esercitato prima della *litis contestatio*. La seconda costituzione, in C.I. 4.20.16, innovò profondamente in tema di prove, perché estese l'obbligo di testimoniare dalle sole cause criminali a quelle civili, in una prospettiva di unificazione della procedura civile e criminale. Nel 528 C.I. 4.20.17 limitò la possibilità di contestazione della ammissibilità di prove testimoniali, individuando esattamente nel *medium litis* una fase distinta del procedimento fra *principium* e *definitiva sententia*. Sempre nel 528, il complesso di disposizioni risultante da C.I. 4.20.18, C.I. 4.21.17, C.I. 4.30.15 e C.I. 5.15.5, disciplinando la documentazione dei contratti, finì per incidere sui poteri istruttori del giudice. Lo stesso anno, con C.I. 7.70.1, si stabilì che la ricsuzione del giudice delegato *ante litem contestatam* non fosse da ritenersi appello. Nel 529, di pochi giorni anteriore alla pubblicazione del primo codice, la costituzione riferita in C.I. 9.44.3 fissò nella *litis contestatio* l'inizio del termine di perenzione delle cause criminali (poi esteso anche a quelle civili, in C.I. 3.1.13.1 e a quelle fiscali, in C.I. 10.1.11). Dopo la pubblicazione del codice, sono da annoverare tra le costituzioni più significative quelle riguardanti, tra l'altro, ancora il *medium litis*, ossia la fase istruttoria, in C.I. 2.58.1 e C.I. 9.41.18, che inoltre stabilizzarono il *iusiurandum de dilatione* e la *quaestio dei servi hereditarii*. C.I. 4.1.12 dettò ancora norme generali sul giuramento, mentre C.I. 7.63.5 disciplinò, in particolare, la inattività delle parti nei giudizi d'appello. Anche nel 530 la fase istruttoria fu oggetto di disciplina, come risulta da C.I. 4.20.19, 4.21.20 e da C.I. 3.1.13, che disciplinò in maniera organica la perenzione e la inattività delle parti, del giudice e degli avvocati. Sempre al 530 risalgono le riforme in C.I. 7.62.39, istitutiva dell'appello incidentale, e quelle risultanti da C.I. 1.4.26, 3.2.4, 3.2.5, 3.10.2, 10.30.4, 12.40.12, 12.63.2 e 7.45.15, che regolarono attività e funzioni rientranti nella *executio*. C.I. 7.45.16 ribadì la legittimità della ricsuzione del giudice *ante litem contestatam*. Nel 531 sono da ricordare C.I. 2.58[59].2 (istitutiva del *iusiurandum de calumnia* delle parti, concepito come condizione del contraddittorio sostanziale), C.I. 3.1.15 (che modificò il regime della inattività delle parti, già toccato in C.I. 3.1.13). Infine C.I. 3.1.16, C.I. 3.1.15, C.I. 3.1.12.1, C.I. 7.45.16 e C.I. 7.62.36 integrarono la disciplina della ricsuzione del giudice. Nel 532 C.I. 3.10.9 regolò una ipotesi di *pluris petitio* particolarmente grave, in quanto nel libello non solo l'attore aveva richiesto di più, ma si era dolosamente precostituito la prova del *'plus'*. Ma anche successivamente al *codex* Giustiniano continuò ad innovare la disciplina del processo privato. Nel 537 *Nov.* 49 dettò nuova disciplina della inattività delle parti nei giudizi d'appello, coordinando le norme sul *iusiurandum dilationis* e sul *iusiurandum calumniae*. Sempre nel 537 *Nov.* 53 si occupò di nuovo della inattività dell'attore *ante litem contestationem*, tema sul quale l'imperatore ritornò nell'anno successivo con la *Nov.* 69. Del 539 si possono menzionare le *Nov.* 82 e 90, rispettivamente sui giudici *pedanei* e sulla disciplina della prova testimoniale, che venne integrata. Nel 541 con la *Nov.* 112 Giustiniano organicamente rinnovò il regime della inattività delle parti, infine la *Nov.* 126 del 546 disciplinò la inattività nei giudizi d'appello.

mento di certezza» furono per l'imperatore primari obiettivi di politica legislativa³.

In particolare, con il titolo 4.16, '*de poena temere litigantium*', delle Istituzioni giustiniane per la prima volta nelle fonti del diritto romano il problema giuridico delle liti temerarie giunse ad una elaborazione sistematica e concettualmente autonoma⁴:

Iust. inst. 4.16.pr.: Nunc admonendi sumus magnam curam egisse eos, qui iura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod et nobis studio est.

Se il deferente accenno giustiniano a coloro '*qui iura sustinebant*'⁵ pare rimandare immediatamente ad un discorso di origini, è noto che, in realtà, il riferimento è volto solamente al processo classico⁶.

Ed è in relazione alle sanzioni processuali quali sono state tramandate dal testo pervenuto delle Istituzioni di Gaio, che propongo ora alcune brevi considerazioni, sollecitate, in particolare, dalle «Lezioni sul processo romano antico e classico» di Arnaldo Biscardi⁷ e dalla sua acuta ipotesi sulle formule *ad legis actiones expressae*⁸.

Vorrei qui porre l'attenzione su due particolari aspetti del processo formulare, che sono l'uno il riflesso dell'altro.

Il primo è che né l'*imperium* del magistrato, esteso fino al potere di denegare l'*actio* per motivi di mera opportunità, né l'altissimo tecnicismo sostanziale di definizione delle pretese e la conseguente riduzione del tecnicismo procedurale⁹, furono mai ritenuti sufficienti ad impedire la proposizione di domande o la resistenza in giudizio *calumniae causa*.

Il secondo è che l'evoluzione del processo *per formulas* fu costantemente accompagnata dal progressivo sedimentarsi di accorgimenti diversi, caratterizzati da un raggio d'azione ampio e plurifunzionale, i quali, in ultima istanza, risultano finalizzati a punire – e a prevenire – l'abuso del ricorso al mezzo processuale da parte di litiganti, brevemente definibili «litiganti temerari».

Un quadro di tali strumenti viene offerto, come è noto, da Gai., *inst.* 4.171-182¹⁰, in paragrafi

³ Così ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustiniano*, cit., p. 246 ss. In seguito all'esame del materiale legislativo, apparentemente frammentario e disordinato, l'autore perviene alle conclusioni esposte nel testo, che sono condivise in dottrina: cfr. la recensione di G. PROVERA, in «Lura», XVII, 1966, p. 31ss.

⁴ R. BONINI, *Il titolo 'De poena temere litigantium' (4,16) delle Istituzioni giustiniane*, in «AG.», CLXXVI, 1969, p. 27 ss.

⁵ Si veda anche in Theoph. Par. 4.16: ο· πΕΙ αι τοΥν νόμου 'μ·n katast>santev ka' t'ηn t'Εxin tī n dikasthr.wn ...

⁶ BONINI, *loc. cit.*

⁷ Torino, 1968. Cfr. anche *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 1973, p. 57 ss.

⁸ A. BISCARDI, *Une catégorie d'actions négligée par les romanistes: les actions formulaires 'quae ad legis actionem exprimitur'*, in «T.», XXI, 1953, p. 310 ss.

⁹ C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino, 1982, p. 135 ss.

¹⁰ Gai., *inst.* 4.171: '..... modo pecuniaria poena modo iurisiurandi religione ; eaque praetor aduersus infittantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, ueluti si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur; ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur, ueluti de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae uero pecuniae partis dimidiae'. 172. 'Quodsi neque sponsonis neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iurisiurandum exigere NON CALVMNIAE CAUSA INFITIAS IRE. Unde quamuis heredes uel qui heredum loco habentur, obligati s/nt, item feminae pupilli/que eximantur periculo sponsonis, iubet tamen eos iurare'. 173. 'Statim autem ab initio pluris quam simpli actio est ueluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et oblatis tripli. Nam ex his causis et aliis quibusdam, siue quis neget siue fateatur, pluris quam simpli est actio'. 174. 'Actoris quoque calumnia coercetur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione'. 175. 'Et quidem calumniae iudicium aduersus omnes actiones locum habet, et est decimae partis, praeterquam quod aduersus adsertorem tertiae partis est'. 176. 'Liberum est autem ei cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iurisiurandum exigere non calumniae causa agere'. 177. 'Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur, ueluti si iniuriarum agatur et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur uentris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse, et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. sed aduersus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur, aduersus uero duas istas quintae'. 178. 'Seuerior autem coercitio est per contrarium iudicium. Nam calumniae iudicio decimae partis nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed uexandi aduersarii gratia actionem instituit potiusque ex iudicis errore uel iniquitate uictoriam sperat quam ex causa ueritatis; calumnia enim in adfectu

che in dottrina sono sembrati costituire una parte non essenziale all'organicità dell'opera¹¹. In effetti, si avverte la sensazione che, quando inizia a trattare delle sanzioni processuali, Gaio abbia già terminato, nella sostanza, l'esposizione relativa al processo con la materia degli interdetti. Quest'ultima era stata significativamente introdotta attraverso l'espressione '*superest ut de interdictis dispiciamus*' (4.138) e, verosimilmente, non è un caso che la medesima formula¹² sia postposta, nelle Istituzioni di Giustiniano, all'inizio del titolo 4.17, '*superest, ut de officio iudicis dispiciamus*'. Titolo che, appunto, chiude lo spazio riservato dai compilatori al processo civile. Dunque, rapidamente ci si avvia alla conclusione dell'opera: seguono solamente le notizie relative alla *in ius vocatio*¹³ e al vadimonio¹⁴.

Nel brano della trattazione gaiana che qui interessa trovano collocazione strumenti tecnici sommariamente tratteggiati: innanzi tutto si dice che il convenuto era punito, in quanto soccombente, nelle azioni caratterizzate dalla condanna *in duplum adversus infitiantem* o in quelle in cui era necessario prestare la *sponsio tertiae vel dimidiae partis*, indipendentemente dall'*animus* con cui egli avesse resistito in giudizio.

Ma il solo fatto oggettivo di non avere vinto la causa era rilevante anche per l'attore: egli avrebbe potuto subire la condanna in un *iudicium contrarium* o essere costretto alla penale nelle azioni che prevedevano la *restipulatio*.

Veniva poi preso in considerazione, e punito, anche il comportamento, evidentemente doloso, di chi avesse agito o resistito in giudizio all'unico scopo di vessare calunniosamente la controparte.

Anche la eventuale *infamia*, conseguente alla condanna, operava quale strumento di prevenzione del litigare temerario.

La caratteristica più immediata di tutti questi strumenti consiste proprio nella loro eterogeneità. Basti pensare, per esempio, alla litiscrescenza¹⁵, che quasi certamente si spiega solo risalendo alle più antiche strutture decemvirali¹⁶. O, da altro lato, al fatto che suddetti mezzi talora costituiscono

est, sicut furti crimen. Contrario uero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere'. 179. 'Vtique autem ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam calumniae iudicium locum habet; sed alterutro tantum iudicio agere permittitur. qua ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium dari non debet'. 180. 'Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet; et quemadmodum contrario iudicio omni modo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis poena omni modo damnatur actor, si uincere non potuerit'. 181. 'Qui autem restipulationis poenam patitur, ei neque calumniae iudicium opponitur neque iurisiurandi religio iniungitur; nam contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est'. 182. 'Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, ueluti furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum; item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. Sed furti aut ui <bonorum> raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit, sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremue habere, item <pro>curatorio aut cognitatorio nomine iudicio interuenire, ignominiosus esse dicitur'.

¹¹ BONINI, *Il titolo 'De poena temere litigantium'*, cit., p. 27.

¹² Nelle Istituzioni di Gaio la formula verbale '*superest ut*' ricorre sempre in conclusione di un tema: la si trova infatti al § 116 del I libro ('*superest ut exponamus ...*') a proposito del diritto delle persone, al § 114 del IV ('*superest ut dispiciamus ...*') quando, enucleate le caratteristiche dell'*actio* e prima di esaminare l'*exceptio*, il giurista affronta l'ipotesi dell'adempimento *post acceptum iudicium*, ma *ante litem contestatam*. Per gli altri luoghi in cui compare il verbo '*superest*', variamente coniugato, cfr. P. ZANZUCCHI, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, Milano, s.d. (1910), rist. Torino, 1961, p.116, E. DE SIMONE, *Addenda al vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, in «Labeo», VIII, 1962, p. 330 ss., e L. LABRUNA, E. DE SIMONE, S. DI SALVO, *Lessico di Gaio*, Napoli, 1985, p. 247.

¹³ Gai., *inst.* 4.183.

¹⁴ Gai., *inst.* 4.184-187.

¹⁵ Il termine si ricava dalle espressioni '*lis crescere*', '*in lite crescere*' e similari, che sovente compaiono nella Compilazione giustiniana, soprattutto quando si ricorda la regola, attribuita ai *veteres*, dell'irripetibilità dell'indebito nei casi in cui, appunto, *infittando lis crescit*: cfr. C.I. 4.5.4 (*Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Heraclio a. 293*): '*Ea, quae per infittationem in lite crescant, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse certissimi iuris est ...*', e *Iust. Inst.* 3.27.7: '*... namque definiverunt veteres, ex quibus causis infittando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse ...*'.

¹⁶ Per tutti, basti qui ricordare J. PAOLI, *Lis infittando crescit in duplum*, Paris, 1933, p. VIII ss., F. BONIFACIO, *Infittatio*, in «NNDI.», VIII, Torino 1962, p. 655 ss., e M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 139.

un vero e proprio onere, vuoi per l'attore, vuoi per il convenuto o per entrambi, talora, invece, dipendono completamente dalla strategia procedurale adottata da ciascuna delle parti. O, ancora, alla circostanza che vi sono ipotesi in cui tali strumenti producono immediatamente effetti e casi in cui, invece, essi sono volti ad aprire un nuovo giudizio.

In quanto ai comportamenti sanzionati, come si è accennato, Gaio spazia dalla semplice soccombenza in giudizio a quelli intenzionalmente prevaricatorii.

A volte, infine, viene inflitta una pena pecuniaria, altre volte si fa leva sul sentimento religioso, altre, ancora, si va a toccare la stima sociale, fino ad incidere sulla capacità delle persone.

Dunque, ad una prima osservazione, il quadro gaiano appare caotico ed incoerente.

Eppure, dalla lettura sistematica del brano, sembra emergere l'intima coerenza dei contenuti, e, per questa via, una prospettiva storica finora trascurata, che, se accolta, seppure come ipotesi, può mostrare come non sia del tutto corretta l'impressione che si tratti di una semplice appendice della costruzione gaiana del processo formulare.

Mi limito ai primi due paragrafi, che riferisco per comodità del lettore:

Gai., *inst.* 4.171-172: modo pecuniaria poena modo iurisiurandi religione ; eaque praetor aduersus infittantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, ueluti si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur; ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, ueluti de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae uero pecuniae partis dimidia. Quodsi neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iurisiurandum exigere NON CALVMNIAE CAUSA INFITIAS IRE. Unde quamuis heredes uel qui heredum loco habentur, obligati sint, item feminae pupilli/que eximantur periculo sponsionis, iubet tamen eos iurare.

La frammentarietà della parte iniziale del brano non permette di ricostruire con sicurezza i collegamenti logici con i paragrafi precedenti¹⁷.

Per quanto riguarda le parti lacunose, allo stato delle fonti va accettata la ricostruzione, congetturale, sulla scorta delle Istituzioni di Giustiniano. E là ove il confronto fra i due testi è possibile, appaiono identificabili con buona sicurezza le modificazioni del dettato imperiale rispetto a quello classico sia sul piano stilistico e formale sia, ancor più, su quello dei contenuti¹⁸.

L'obbiettivo di Gaio, immediatamente raggiunto, è quello di raggruppare le sanzioni riservate nel processo formulare ai litiganti temerari, in un modo che risulti, al solito, didatticamente efficace.

Gaio non intende né spiegare, né, tanto meno, tentare di costruire una nozione univoca di *temeritas* relativamente al processo. Di essa non esiste – non è necessaria – alcuna concettualizzazione astratta. Anche nei passi in questione non può che trovare esemplare riscontro l'angolatura tipica della impostazione giuridica classica, costruita sulla schematizzazione di soluzioni del caso concreto e sulla connessione inscindibile dell'aspetto processuale con quello sostanziale del diritto. In tale contesto non si debbono risolvere o inserire o giustificare questioni, quale è appunto quella della lite temeraria, in una teoria¹⁹, come quella attuale dell'abuso del diritto, sulla quale permangono posi-

¹⁷ S. RICCOBONO, «FIRA», II 2, Firenze, 1968, p. 189. Cfr. M. DAVID, H.L.W. NELSON, *Gai Institutiones commentarii IV. Editio minor*², Leiden, 1964, p. 157-158. L'edizione di P. KRÜGER, G. STUEMUND, *Gai Institutiones*⁷, Berlin, 1923, p.199, ha proposto di integrare la lacuna nel Veronese dopo le parole '*modo pecuniaria poena modo iurisiurandi religione*' con l'espressione <*modo metu infamiae*>, come si legge nelle Istituzioni di Giustiniano (4.16.pr.). In effetti, Gaio, ma solo successivamente all'apparente conclusione del tema delle sanzioni secondo l'ordine che si era proposto (convenuto-attore), ricorda gli *ignominiosi* in quanto *damnati* in diversi giudizi (Gai., *inst.* 4.182). L'edizione di E. SECKEL, B. KÜBLER, *Gai Institutiones*⁷, Leipzig, 1935 (rist. Stuttgart, 1969), p. 253 s., riporta però le lettere «*coercen*» (che potrebbero facilmente essere integrate in «*coercen<ur>*») immediatamente dopo l'ablativo '*religione*', e prima di una breve lacuna: in tal caso l'espressione '*modo metu infamiae*' non potrebbe essere già stata gaiana.

¹⁸ E. ALBERTARIO, *Sulle fonti delle «Istituzioni» di Giustiniano*, in «BIDR.», XIII, 1901, p. 202, e BONINI, *loc. ult. cit.*

¹⁹ Così fu notoriamente anche sul piano del diritto sostanziale. Ove i *prudentes*, per esempio proprio nel delimitare la linea dei confini dei diritti soggettivi attraverso l'*actio*, non furono mai alieni dal proporre considerazioni che sembrano assumere la valenza di veri e propri principi etici. Ma, proprio perché i giuristi non disconobbero af-

zioni dottrinali irriducibilmente divise: da quelle di coloro che ritengono illogica e non fondata positivamente la nozione di abuso, in questo senso autorevolmente definita, per l'evanescenza del suo contenuto, «l'anticamera del diritto»²⁰, alle opinioni, contrarie, per cui l'ordinamento giuridico consente di colpire l'esercizio del diritto immorale o distorto²¹.

Anzi, tornando ai passi che ora interessano, sono propensa ad escludere che Gaio, all'inizio del § 171, nella parte lacunosa, abbia utilizzato il sostantivo astratto '*temeritas*'²²: sarebbe l'unico caso, perché in Gaio è attestata unicamente la forma avverbiale '*temere*'²³. E l'uso dell'avverbio qualificativo, invece che del sostantivo, non è privo di significato.

Esso pone infatti l'accento sulla valutazione del comportamento del soggetto che agisce: comportamento generalmente improntato a superficiale leggerezza, privo di connotazioni dolose, che, quando rileva in ambito processuale, si caratterizza per una sottovalutazione del rischio, la quale appare di per sé colpevole, indipendentemente dall'*animus* con cui è stata posta in essere (si può ricordare il martellante rimarcare di Gaio sul '*periculum*' spregiato, a proposito della '*legis actio sacramenti periculosa falsi*' e dell' '*actio certae creditae pecuniae periculosa si temere neget*'²⁴).

fatto i motivi contingenti che possono determinare un abuso del diritto od esserne concause (quali il conflitto di diritti, l'interferenza nel diritto di esigenze morali o l'affermarsi di nuovi imperativi nella coscienza sociale), essi non posero tali riflessioni quali principi normativi autonomi, ma, semmai, come principi interpretativi, che si realizzano nel criterio equitativo che sorregge le soluzioni casistiche. Cfr. L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1982, in particolare p.133 ss.

²⁰) M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in «Rivista di diritto civile», XV, 1923, p. 116: cfr. anche p. 105 ss., 209 ss., 417 ss.

²¹) La teoria dell'abuso del diritto si fece strada a seguito dell'opera di L. JOSSEMAN, *De l'abus des droits*, Paris, 1906, *passim*, e *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit*, Paris, 1939, 15 ss.; 365 ss. L'autore francese, anzi, per conferire ad essa la massima autorevolezza, sostenne che l'evoluzione della teoria dell'abuso dei diritti fosse iniziata con le XII Tavole, proseguita con la famosa definizione celsina del *ius* come '*ars boni et aequi*', o con la non meno celebre affermazione di Paolo, per cui '*non omne quod licet honestum est*' e che essa condusse la sua «*marche triomphale*» attraverso il diritto pretorio (*De l'esprit*, cit., p. 3 s.). Si era per questa via sostenuto che nella pratica romana fosse comunque realizzata una «teoria dell'abuso», intesa specificatamente quale regola generale di diritto. Altro è dire, invece, che la consapevolezza della possibilità di abuso opera talvolta come criterio di interpretazione, che non è mai, in quanto tale, *regula iuris*. Si vedano, nelle trattazioni di carattere generale, G. GROSSO, '*Abuso del diritto (diritto romano)*', in «ED.», I, Milano, 1958, p. 161 ss., ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 209 ss., P. M. JAUBERT, *La temeritas et l'abus des droits en droit romain* (relazione tenuta alla XXII Sessione internazionale della «Société internationale Fernand De Visscher pour l'Etude des Droits de l'Antiquité», della quale ho conoscenza solamente attraverso i resoconti di G. CRIFO, in «Labeo», XIII, 1967, p. 428, e di R.VIGANO, in «SDHI», XXXIII, 1967, p. 610), A.A. CORREA, *Remarques sur l'abus des droits en droit romain classique*, in «Atti del seminario romanistico internazionale (Perugia-Spoleto-Todi, 11-14 ottobre 1971)», Perugia, 1972, p.141 ss., A.F. BARREIRO, *Ética de las relaciones procesales romanas: recursos sancionadores del ilícito procesal*, in «Seminarios Complutenses de Derecho Romano. Abril-Junio 1989», I («Cuestiones de Jurisprudencia y Proceso»), Madrid, 1989, p. 65 ss, e da ultimo, F. CORROPATRI, *L'abuso del processo*, I, *Presupposti storici*, Padova, 2000, p. 1 ss., in particolare p. 31 ss.

²²) La radice del sostantivo '*temeritas*', secondo la ricostruzione proposta da A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1994 (rist.: cur. J. ANDRÉ), s.h.v., p. 679, e da A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*⁴, Heidelberg, 1965, III.A, s.h.v., p. 656, va rinvenuta in «**temus*, -*eris*» (e '*temere*' è il relativo ablativo strumentale), che significa, propriamente, «oscurità». Per G. SEMERANO, *Le origini della cultura europea*, II, *Dizionari etimologici*, Firenze, 1994, *Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, s.h.v., t. 2, p. 585 ss., l'originario valore semantico meglio si intende, invece, ipotizzando una voce corrispondente all'accadico '*tebu*', ossia «assalto», «attacco», «irruzione». Alcune delle prime attestazioni del vocabolo '*temere*', che è ben presto utilizzato esclusivamente come avverbio, con il significato di «alla cieca, consideratamente, arrogantemente», si rinvengono peraltro proprio in relazione al processo. Cfr. i luoghi richiamati in «VIR.», V, Berlin, 1939, s.h.v., c. 967 ss.

²³) Gai., *inst.* 2.33: '*quod autem diximus [...] non est temere dictum*'; 2.163: '*Nam huius aetatis hominibus (sc. i minori di XXV anni), sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita etiam si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit*'. Cfr. D. 29.2.57 (Gai. 23 *ad ed. prov.*: '*Sed tamen et puberibus minoribus viginti quinque annis, si temere damnosam hereditatem parentis appetierint ...*'), Gai. *inst.* 3.222 ('*At si quis servo convicium fecerit vel pugno eum percusserit, non proponitur ulla formula, nec temere petenti datur*'), 4.13 ('*Sacramenti actio [...] periculosa erat falsi, atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsonem qua periclitatur reus, si temere neget ...*') e D. 41.1.7.12 (Gai. 2 *rerum cott.*: '*... temere aedificavit in eo solo, quod intellegeret alienum*'). Cfr. ZANZUCCHI, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, cit., p.118, e LABRUNA, DE SIMONE, DI SALVO, *Lessico di Gaio*, cit., p. 254.

²⁴) Gai., *inst.* 4.13: '*Eaque actio proinde periculosa erat falsi, atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsonem qua periclitatur reus, si temere neget, <et> restipulationem qua periclitatur actor, si non debitum petat: nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine ...*'.

Se, dunque, l'obbiettivo è chiaro, risulta invece molto meno semplice scendere nelle interne linee portanti del discorso del giurista, per discernere la *ratio* dell'intelaiatura che ne sta alla base.

L'assenza di un intento sistematicizzante è di chiara evidenza.

Nei paragrafi citati, per esempio, Gaio non ricorda alcunché relativamente alla considerazione della temerità nelle azioni *in rem*. In effetti, se si esclude il richiamo alla possibilità di ricorrere al *iudicium calumniae* nel decimo, contro l'attore di qualsivoglia azione, nulla si dice, invece, per quanto concerne la posizione del convenuto nelle azioni reali e, in particolare, nella rivendica con formula petitoria²⁵, ove le clausole '*de dolo malo*' e '*de re defendenda arbitrato boni viri*' della *cautio iudicatum solvi* – sulla quale Gaio aveva già indugiato, a proposito delle *satisfactiones* processuali²⁶ – si prestavano indubbiamente a sanzionare, attraverso l'*actio ex stipulatu* (o forse, nelle applicazioni meno recenti, l'*actio doli*) da esse nascente, un ampio ventaglio di comportamenti processuali scorretti, se non francamente illeciti, come poteva essere, per esempio, quello – di cui lo stesso Gaio, tra l'altro, si era altrove occupato – di chi, sapendo di non possedere, si fosse proposto come convenuto in una rivendica per danneggiare l'attore, così permettendo, per esempio, ad un terzo, vero possessore, di usucapire la cosa oggetto della controversia²⁷.

Ma l'apparente incompletezza, non giustificata da uno dei rimandi interni frequenti nel manuale, acquista un significato peculiare, se si considera che Gaio ha scelto di esaminare le sanzioni processuali avendo come base di partenza la posizione del convenuto. E tale impostazione è non solo ideologicamente dovuta all'«enfasi eulogica verso il proprietario/creditore soggetto dell'azione processuale»²⁸, che pervade le Istituzioni, ma risponde ai principii regolatori profondi del processo formulare.

Infatti, se bisogna prestare fede alla ricostruzione delle prime parole del § 171 sulla base del corrispondente *principium* delle Istituzioni di Giustiniano, in tal caso è necessario ammettere che già il giurista classico sia caduto in una delle tante incongruenze che i suoi detrattori, in un passato non remoto, amavano rilevare²⁹: ad una introduzione della tematica della '*temeritas*', che va repressa '*tam agentium tam eorum cum quibus agitur*', segue infatti la trattazione all'inverso degli strumenti all'uopo apprestati.

Anche se non va enfatizzato il significato della disposizione chiasmica, che nulla toglie all'efficacia didattica della narrazione³⁰, ritengo che la scelta gaiana sia motivata, innanzi tutto, dalla visione sostanziale dell'*actio*, in cui, per gli aspetti che qui interessano, gli effetti preclusi-estintivi della *litis contestatio*, le conseguenze della *pluris petitio*, concorrono a bloccare già sul nascere ogni avventatezza da parte dell'attore.

Si potrebbe anche ammettere che siano state le *Institutiones* giustinianee a mantenere tralattivamente lo schema classico dello svolgimento della tematica, introdotto, però, alla luce della nuova politica imperiale.

Ciò detto, al di là della partizione convenuto-attore, l'ordine in cui, all'interno di essa, i vari rimedi sono disposti sembra essere stato condizionato da una intenzione meramente espositiva, ben

²⁵) Gai., *inst.* 4.91.

²⁶) Gai., *inst.* 4.92.

²⁷) Secondo la ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig, 1889, rist. Roma, 2000, I, c. 233-235, i libri XXVII, XVIII e XXIX del commentario gaiano '*ad edictum provinciale*' avrebbero avuto ad oggetto il tema delle stipulazioni pretorie. In particolare, pare esservi un esplicito riferimento alla clausola relativa al dolo della *cautio iudicatum solvi* (a proposito della quale Venuleio, di poco antecedente a Gaio, parlava di '*novissima clausola de dolo malo*' in D. 46.7.19) in un frammento di notevole importanza a proposito della delimitazione della portata della *cautio iudicatum solvi*: D. 4.3.39 (Gai. 27 *ad ed. prov.*): '*Si te Titio optuleris de ea re quam non possidebas in hoc ut alius usucapiat, et iudicatum solvi satisfeceris: quamvis absolutus sis, de dolo malo tamen teneberis: et ita Sabino placet*'.

²⁸) Sono parole di L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, in «Prospettive sistematiche nel diritto romano», Torino, 1976, p. 206.

²⁹) Per tutti, B. KÜBLER, '*Gaius*', in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», VII.1, Stuttgart, 1910, c. 497.

³⁰) Sulla realizzazione positiva, puntuale ed effettiva della specifica funzione didattica dell'opera gaiana cfr. D. MANTOVANI, *Un esempio della efficienza della comunicazione gaiana (Gai. 4.88-102)*, in «SDHI.», LI, 1985, p. 349 ss., e, con l'aggiunta della nt. 11, in «Atti del III Seminario Romanistico Gardesano (22-25 ottobre 1985)», Milano, 1988, p. 389 ss.

lontana dal permettere di scorgere le linee di una «mappa narrativa»³¹.

Occorre anche dire che lo studio dei passi in questione è stato per lo più parcellizzato nell'esclusivo esame dei singoli strumenti in esso indicati, e ciò ha perpetuato il tradizionale giudizio di caoticità della testimonianza gaiana, tacciata di macroscopiche imprecisioni³².

Procedendo, quindi, con la lettura non si trovano, all'interno di una linea guasta, che le parole '*eaque praetor*'. Il riferimento permette unicamente di rafforzare la constatazione che il ruolo del pretore doveva essere, in materia, determinante: è, del resto, il pretore che '*permittit iusiurandum exigere*'³³.

Quando poi Gaio entra nei dettagli della parte tecnica, riunisce i vari rimedi a seconda dei piani (pena pecuniaria, morale o religiosa)³⁴ e a seconda delle azioni nei quali essi operano.

Nei paragrafi 171e 172 si hanno così due gruppi di azioni nell'ambito della *pecuniaria poena*: il primo comprende ('*ex quibusdam causis*') '*actiones in duplum adversus infitiantes, veluti actio iudicati, depensi damni iniuriae, legatorum per damnationem*'.

Il secondo gruppo comprende le azioni in relazione alle quali (*ex quibusdam causis*) *sponsionem facere permittitur, veluti actio de pecunia certa credita e de pecunia constituta*.

Nell'ambito della *iurisiurandi religio* (se l'azione non rientra nei primi due gruppi e se non si tratta di azioni '*ab initio pluri quam simpli*') si ha il '*iusiurandum non calumniae causa infitias ire*'.

Il riferimento all'*actio furti manifesti*, all'*actio furti nec manifesti* e all'*actio furti concepti et oblati* non costituisce un quarto gruppo, essendo unicamente finalizzato, nell'economia del discorso gaiano, ad indicare gli altri casi in cui '*pluri quam simpli est actio*' e, quindi, non si ammette il giuramento di calunnia.

Ci si soffermi sui primi due gruppi.

Fatte salve le non semplici questioni specifiche sulla *infitiatio* e sulle *sponsiones tertiae vel dimidiae partis*, che evidentemente non possono essere affrontate in questa sede, si possono proporre alcune osservazioni.

Entrambi gli elenchi, introdotti da '*veluti*'³⁵, sono meramente esemplificativi³⁶. A riprova si può ricordare che l'elenco in Gai., *inst.* 4.171 si trova, identico, anche in Gai., *inst.* 4.9³⁷, ove sta ad indicare quali siano le azioni con le quali si persegue '*rem et poenam*': nei due notissimi paragrafi a questo immediatamente precedenti, dedicati ai casi in cui '*persequimur*', rispettivamente, '*rem tantum*' o '*poenam tantum*', i relativi elenchi sono pure introdotti dal '*velut*' e comprendono solamente alcune delle azioni reipersecutorie (quelle da contratto) ed alcune delle azioni penali³⁸.

Nel primo gruppo '*dupli actio constituitur*', la *condemnatio* nella formula edittale delle azioni ricordate prevederà la litiscrescenza, a seguito della negazione (*infitiatio*) del convenuto.

Nel secondo, il ricorso alla *sponsio*, che appare facoltativa (come facoltativa è la *restipulatio*)³⁹ modellerà il *iudicium*.

In ognuno dei due gruppi si può individuare un'azione che risulta essere caratterizzante nella narrazione gaiana⁴⁰, la quale, nella medesima prospettiva, ha avvicinato a sé le altre menzionate, che

³¹) La possibilità di individuare una «mappa narrativa» discende dalla possibilità di leggere il discorso giuridico come un qualsiasi racconto: cfr. LANTELLA, *op. cit.*, p. 143 ss., e MANTOVANI, *loc. cit.*

³²) Per tutti M. LAURIA, *Calumnia*, in «Studi in memoria di U. Ratti», Milano, 1933, p.128, ora in ID., *Studii e ricordi*, Napoli, 1983, p. 245 ss.

³³) Gai., *inst.* 4.172.

³⁴) Cfr. S. SERANGELI, *C. 7, 16, 31 e le azioni contro il litigante temerario*, in «BIDR.», LXXI, 1968, p. 209.

³⁵) Cfr. «VIR.», V, cit., sv. '*velut*', c. 1252. Si tratta di un procedere esemplificativo tipico in Gaio: cfr. R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio*, Napoli, 1979, p. 2 n. 5.

³⁶) *Contra*, P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in «SDHI.», LXIV, 1998, p. 1 ss. e 15.

³⁷) Gai., *inst.* 4.9: '*Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus, quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt*'.

³⁸) Si vedano, per tutti, C. SANFILIPPO, *Gli atti illeciti. Pena e risarcimento. Corso di diritto romano*, Catania, 1960, p. 31-40, 69-70 e 77-94, H. ANKUM, *Actions by Which We Claim a Thing ('res') and a Penalty ('poena') in Classical Roman Law*, in «BIDR.», LXXXV, 1982, p. 15 ss., e L. VACCA, '*Actiones poenales*' e '*actiones quibus rem persequimur*', in «Iurax», XL, 1989, p. 51 ss.

³⁹) Gai., *inst.* 4, 180: '*Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet*'.

⁴⁰) In quale misura Gaio seguisse in ciò le considerazioni della giurisprudenza precedente è poi un altro pro-

pure non condividono necessariamente, con la prima, tutte le peculiarità.

Così, nell'ambito del secondo gruppo, è assai semplice per Gaio vedere nell'*actio certae creditae pecuniae* il modello dell'*actio de pecunia constituta*.

La questione appare però meno agevole per il primo gruppo.

Falliti i tentativi di parte della dottrina romanistica meno recente di ricondurre all'*actio legis Aquiliae*⁴¹ tutti i casi di litiscrescenza, le azioni *iudicati*, *depensi*, *legis Aquiliae* e *legatorum per damnationem*, in effetti, non condividono nulla dal punto di vista dogmatico, e dal punto di vista storico seguiranno ciascuna una diversa evoluzione.

Tuttavia, si potrebbe riconoscere che, secondo Gaio, l'*actio iudicati* viene a costituire per così dire l'archetipo delle azioni costruite *in duplum adversus infitiantem*, delle quali essa apre gli elenchi attestati dalle fonti⁴². Si tratta di azioni che fanno riferimento al vincolo imposto con la formula '*damnas esto*'. Quindi, all'applicazione della *manus iniectio*⁴³.

Secondo le notizie di Gaio sulla *legis actio per manus iniectioem iudicati* solo un *vindex* poteva *manum depellere*. Ora, come per *manum depellere* occorre il *vindex*, così il '*genus*' al quale l'*actio iudicati* appartiene esige che in essa il convenuto presti la *satisfatio iudicatum solvi*:

Gai., *inst.* 4.25: Sed postea lege Vallia, excepto iudicato et eo pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus iniectioem agebatur, permissum est sibi manum depellere et pro se agere. Itaque iudicatus et is pro quo depensum est etiam post hanc legem vindicem dare debebant, et nisi darent, domum ducebantur. Idque quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabatur unde nostris temporibus is, cum quo iudicati depressive agitur, iudicatum solvi satisfacere cogitur.

Gaio, infatti, a proposito delle garanzie da fornire nelle azioni *in personam proprio nomine* dice:

Gai., *inst.* 4.102: Quodsi proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, certis ex causis satisfacere solet, quas ipse praetor significat. Quarum satisfationum duplex causa est: nam aut propter genus actionis satisfatur, aut propter personam quia suspecta sit: propter genus actionis, veluti iudicati, depressive aut cum de moribus mulieris agitur ...

Un altro elemento delle azioni caratterizzanti (*iudicati*, *depensi*) del primo gruppo è una *sponsio* processuale. *Sponsio* che si ricollega, almeno dal punto di vista logico, all'antico *vindex*: o, piuttosto, al fatto che il *vindex* resta, nelle eccezioni contemplate dalla *lex Vallia* (*manus iniectio iudicati* e *depensi*), la vera alternativa ad una immediata esecuzione personale, così come, nei casi corrispondenti delle rispettive azioni formulari, la *satisfatio* sarà necessaria, affinché il convenuto non subisca le sanzioni legate all'*indefensio* nelle azioni *in personam*: ossia, sempre, la procedura esecutiva⁴⁴.

Non è invece possibile dire che l'insieme (gaiano) delle azioni litiscrescenti corrisponde al '*genus*' delle azioni con *satisfatio propter personam*: è vero che anche l'elenco in Gai., *inst.* 4.102 allude so-

blema.

⁴¹) D. 9.2.2.pr.-1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): '*Lege Aquilia capite primo cavetur: ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto: et infra deinde cavetur ut adversus infitiantem in duplum actio esset*'. Il principio chiarisce anche altre caratteristiche delle azioni *in duplum adversus infitiantem*: si pensi, ad esempio, all'irripetibilità del pagato (*Iust. Inst.* 3.27.7: '*sic namque definiverunt veteres: ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non potest*'), spiegabile col fatto che, in origine, l'estinzione dell'obbligazione doveva avvenire *per aes et libram*.

⁴²) Cfr. Gai., *inst.* 4.9 ('*Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus, quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt*'), e Paul. *sent.* 1.19.1-2 ('*Quaedam actiones si a reo infitientur, duplantur, velut iudicati, depensi, legati per damnationem relicti, damni iniuriarum legis Aquiliae, item de modo agri, cum a venditore emptor deceptus est. Ex his causis, quae infitiatione duplantur, pacto decidi non potest*').

⁴³) Cfr. i luoghi delle opere di Arnaldo Biscardi, richiamati *supra*, nt. 7 e 8.

⁴⁴) Cap. 21 e 22 della *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, che, tra l'altro, prevedono che il *non respondere* alla *provocatio sponsione tertiae partis* configuri *indefensio*, la quale, quindi, dà luogo alla *ductio* da parte del magistrato.

lamente ad esempi, introdotti da *'veluti'*, che, in quanto tali, non escludono ulteriori applicazioni⁴⁵; ma, in assenza di altri riferimenti testuali, in particolare edittali, ciò non è sufficiente a provare l'equiparazione dei due gruppi; anzi, a livello espressivo, l'enclitica *'-ve'* unisce strettamente, come azioni tra loro del tutto omogenee, l'*actio iudicati* e la *depensi*, che paiono completare e chiudere, sole, un insieme, il cui confine sembra essere nettamente demarcato dalla disgiuntiva *'aut'*, che introduce l'altrimenti poco nota *actio de moribus mulieris*.

D'altro canto, nella prospettiva che considera la temerarietà, le due azioni da mutuo e da *constitutum* sono costruite intorno alla *sponsio*, come la *legis actio* lo era intorno al *sacramentum*⁴⁶.

Infine, come si è visto, nell'ambito dei mezzi che limitano la temerarietà del convenuto *iurisiurandi religione* è ricordato il giuramento *non calumniae causa infitias ire*, che l'attore, previa autorizzazione del magistrato, poteva esigere dal convenuto, quando questi non avesse già prestato una *sponsio* o non si trattasse di azioni *in duplum* o in un multiplo sin dall'inizio.

L'interrogativo sull'esistenza e sulla conseguente individuazione di un criterio narrativo nei paragrafi 171-172 merita ora un tentativo di risposta.

E' stato ampiamente dimostrato⁴⁷ che, nel peculiare ambito del manuale, in cui, comunque, raramente il giurista antoniniano esplicita quale operazione logica egli stia seguendo, per esempio se definizione o classificazione⁴⁸, la *pars de actionibus* risulta essere la meno ordinata, relativamente alla tecnica diairetica.

In particolare, Mario Talamanca ha rilevato che, nel IV libro, Gaio procede prevalentemente attraverso *ἰσῆδια.resiv*, ossia mediante sottopartizioni condotte secondo un criterio indipendente da quello in base al quale era stata effettuata la prima divisione; mentre, in maniera più organica, egli preferisce altrove, per usare sempre la terminologia platonico-aristotelica, le *ἰσῆδια.resiv*, ossia le suddivisioni che si possono ricondurre ad un unico sistema classificatorio. D'altro lato, pur potendosi queste indicare attraverso i termini di *'genus'* (inteso come classe superiore) e di *'species'* (intesa come classe inferiore), non mancano esempi né di lunghe *ἰσῆδια.resiv* attuate mediante la sola terminologia di *'genus'*, né della indifferenza sostanziale di Gaio, dal punto di vista del significato, fra l'una e l'altra espressione: basti pensare alla *divisio in genera* dell'*obligatio ex contractu* (Gai., *inst.* 3.89), sottesa ad una delle due *species* dell'*omnis obligatio* (Gai., *inst.* 3.88).

Anche in Gaio trova dunque conferma⁴⁹, il fatto che la tecnica divisoria non venga percepita dai *prudentes* come momento di riflessione, anche filosofica, al livello di una organizzazione complessa del sapere giuridico: la diairetica viene esercitata in un ambito principalmente casistico, a prescindere da ogni considerazione relativa alla sua applicazione nel campo del diritto e tralasciando ogni altra formalizzazione tecnica⁵⁰.

Ma nel riferire della *condemnatio in duplum*, inerente a determinate azioni (le quali per Gaio sono reipersecutorie e penali assieme quanto alla funzione, ma reipersecutorie quanto al regime del concorso fra azioni) il giurista ha come punto di partenza quelle azioni formulari che si ricollegano agli antichi schemi delle *legis actiones*, in un momento in cui aveva avuto un ruolo caratterizzante l'impiego processuale della *sponsio*.

D'altra parte l'immediata evidenza del legame gaiano tra *sacramentum-sponsio* e temerarietà⁵¹

⁴⁵) Cfr. *supra*, nt. 35.

⁴⁶) Gai., *inst.* 4.13: *'... Eaque actio proinde periculosa erat falsi atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsonem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat; nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine, eaque in publicum cedebat, praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsonis et restipulationis poena lucro cedit adversario qui vicerit'*.

⁴⁷) M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in «La filosofia greca e il diritto romano. Colloquio italo-francese (Roma 14-17 aprile 1973)» (= «Problemi attuali di scienza e di cultura Accademia nazionale dei Lincei, Quaderno 221»), II, Roma, 1977, p. 55 ss. e soprattutto 242 ss.

⁴⁸) R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, specialmente p. 205 ss.

⁴⁹) TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, cit., p. 242 ss.

⁵⁰) TALAMANCA, *loc. ult. cit.*

⁵¹) Gai., *inst.* 4.13.

rende legittimo supporre che la rilevanza della *sponsio* nella tematica abbia potuto influire, a livello generale di impostazione, sulla sequenza logica dei gruppi di azioni ricordati nei paragrafi in questione.

Non si può, quindi, escludere che i mezzi sanzionanti – talora anche solo indirettamente – la temerarietà dei litiganti fossero insomma assai vicini, forse anche direttamente comunicanti (o derivati da) una suddivisione piuttosto antica dei *iudicia*, nella quale non ha rilevanza la formula di buona fede⁵².

Si potrebbe anche supporre che tale suddivisione fosse modellata per vasta parte sulla *sponsio*, che fosse regolata, in breve, da criteri non troppo dissimili, se non addirittura da quei medesimi criteri che a taluni giuristi avevano permesso di risolvere la partizione delle azioni sulla base di quattro *genera* di *sponsiones*. Si legge infatti in Gai., *inst.* 4.1: '... *quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam, nam qui IV dixerunt ex sponsionum generibus, non animadverterunt quasdam species actionum inter genera se rettulisse*'.

Nessun peso ha invece la constatazione che in Gai., *inst.* 4.102, premesso che si tratta di *iudicia in personam*, si parli di un '*genus actionis*' proprio a proposito dell'*actio iudicati* e dell'*actio depensi*: ivi, il termine '*genus*' è scevro di ogni intento classificatorio. Gaio infatti intende prospettare un «tipo» di azione, in correlazione non ad altri tipi di azioni, bensì a considerazioni differenti, che investono la qualità della persona del convenuto⁵³.

Pur tralasciando ogni facile suggestione, derivabile dal riconoscimento di una costruzione ciclica del IV libro, iniziato con la partizione delle azioni, credo che, a questo punto, sia sensibile l'impressione che la mappa narrativa possa risultare influenzata più dalla partizione in *quattuor genera* delle azioni, respinta da Gaio perché i *veteres*⁵⁴ che la proposero confusero '*quasdam species actionum inter genera*', che non da quella *summa*, tra azioni *in rem* ed *in personam*.

Certo, i dati disponibili non consentono di proporre nessuna specificazione ulteriore, rispetto a quelle via via proposte dalla dottrina né sulla paternità⁵⁵ né sul contenuto della tetratomia.

⁵² Nell'epoca classica, secondo l'opinione in dottrina dominante, esisteva solamente la denominazione di '*iudicia bonae fidei*', e non quella di '*iudicia stricti iuris*', proprio perché questi non erano riconducibili, a differenza di quanto accadrà con Giustiniano (*Inst.* 4.6.28) ad una categoria omogenea. Tuttavia, per alcuni studiosi (in questo senso è la ricostruzione del palinsesto veronese proposta da P. Krüger), il brano mutilo dopo la frase in Gai., *inst.* 4.114 ('... *et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse*...') andrebbe integrato con il riferimento ai '*iudicia stricta*': '*diversae scholae auctoribus de stricti iuris iudiciis contra placuisse*'. Altra parte della dottrina ritiene che, nello stesso paragrafo, Gaio alludesse alle *conditiones*. È comunque risaputo che l'inserimento nella *intentio* della clausola *ex fide bona*, alquanto risalente, ha contribuito decisamente all'affermazione ed allo sviluppo del processo formulare, che copriva con queste formule, come si sa, casi diversi da quelli delle *legis actiones*. Cfr. A. BURDESE, *Recenti prospettive in tema di contratti*, in «Labeo», XXXVIII, 1992, p. 201 ss.

⁵³ Vale a dire '*qui decoxerit*', il *missus* o l'erede sospetto: su cui A. VÖLKL, *Insolvenz ohne Vollstreckungsverfahren im klassischen Rom*, in «Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein», Stuttgart, 1993, p. 355 ss.

⁵⁴ Che si trattasse di giuristi anteriori a Gaio è indubitabile, deponendo in questo senso l'indicativo perfetto impiegato in Gai., *inst.* 4.1: cfr. F. GNOLI, *Spunti critici sull'interpretazione di Gai. 4, 1*, in «Studi in onore di G. Scherillo», I, Milano, 1972, p. 87.

⁵⁵ Gli studiosi hanno fatto riferimento almeno ai giuristi indicati in Gai., *inst.* 1.188: Quinto Mucio, Servio Sulpicio o Labeone. Cfr. M. TALAMANCA, '*Processo civile (diritto romano)*' in «ED.» XXXV, Milano, 1986, p. 47 nt. 337, G. SCHERILLO, *Gaio e il sistema civilistico*, in «Gaio e il sistema del suo tempo. Atti del Simposio romanistico», Napoli, 1966, p. 145 ss. (= *Scritti giuridici*, I, *Studi sulle fonti*, Milano, 1992, p. 37 ss.), e GNOLI, *loc. ult. cit.* Volendo poi proporre una congettura sull'autore della divisione, si potrebbe anche pensare di escludere Labeone, vuoi per la particolare tecnica argomentativa del giurista (mi limito a fare riferimento a due impostazioni diverse, che, però, su questo specifico problema, permettono entrambe la stessa conclusione: quella di M. BREONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1984, p.162 ss., e quella di C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, Torino, 1997, p. 315 ss.), vuoi perché le note riflessioni labeoniane sul problema definitorio in ambito negoziale hanno come punto di partenza elettivo e come sfondo concettuale il campo dei giudizi di buona fede, escluso, invece, come si è visto, nel nostro passo; vuoi, soprattutto, perché la distinzione di *IV genera actionum* in funzione di altrettanti *genera sponsionum* si deve collocare temporalmente in un periodo precedente all'affermarsi della procedura formulare, quando, cioè, l'*agere per sponsionem* manteneva tutta la sua rilevanza pratica: quindi più nel I sec. a.C., che non nel successivo. La scelta si concentrerebbe, dunque, fra Quinto Mucio e Sulpicio, forse con una propensione per il primo, la cui costruzione '*generatim*' del sistema civilistico poteva apparire a Gaio qui non riuscita: cfr. TALAMANCA,

D'altra parte, il problema della identificazione dei quattro generi è stato impostato, dai diversi autori che se ne sono occupati, in modi spesso sensibilmente differenti, che hanno portato a conclusioni a volte diametralmente opposte⁵⁶.

In buona sostanza, il tenere conto della esistenza di una diversa angolatura, dalla quale erano state guardate le azioni, risulta essere una prospettiva utile anche per una impostazione dei problemi inerenti il tema della temerarietà nel processo formulare. Ricostruzione che non può prescindere dalla impossibilità antica di «raffigurarsi il processo da un angolo visuale concettualmente diverso da quello della costruzione dogmatica dei rapporti che erano oggetto della tutela processuale»⁵⁷.

Si potrebbe anche supporre che Gaio abbia trattato, nelle 34 linee mancanti del manoscritto, dei casi in cui si agisce *in rem per sponsionem* (già si è visto come sia, altrimenti, totalmente assente la

Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani, loc. ult. cit.

⁵⁶) Alcuni, infatti, si sono basati sulla considerazione che andassero individuate quattro distinte categorie di *sponsiones*; altri, che andassero invece mantenuti i due gruppi *actio in rem* e *actio in personam*, ai quali erano da aggiungere quelli determinati dall'uso della *sponsio*. Questo secondo indirizzo risale a F.L. VON KELLER (*Der römische Zivilprozess und die Actionen in summarische Darstellung*⁶ – cur. A. WACH –, Leipzig, 1883, rist. Aalen, 1966, p. 454 nt. 1092) ed è stato poi ripreso da V. ARANGIO-RUIZ (*Corso di diritto romano. Il processo privato. A.A. 1950-51* – cur. F. SERRAO e A. BERRUTI –, Roma, s.d., p. 7). Il pensiero di TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species'*, cit., p. 242 ss., può essere riassunto nei seguenti termini: l'insieme, ripartito in *duo* o in *quattuor genera* coincideva: era quello di tutte le azioni. Introducendo, a livello dei *genera actionum* delle classi basate sui *genera sponsionum* si elevavano a *genera* quelle che erano delle *species actionum*. Gaio dice che vi era parziale identità tra le due classificazioni: identità che non può riguardare che l'*actio in rem* e l'*actio in personam*. La classificazione dei *veteres* doveva allora comprendere: i) *actio in rem*; ii) *actio per sponsionem praeiudicalem* (perché formalmente si tratta di un processo su un'*actio in personam*, sostanzialmente di una controversia su un diritto protetto da un'*actio in rem*); iii) *actio in personam*; iv) *actio per sponsionem poenalem*, tipica, per esempio, del processo interdittale, formalmente *in personam*, ma sostanzialmente protetto da un interdetto. Tuttavia, fonti epigrafiche sicuramente più vicine cronologicamente di quanto non fosse Gaio all'epoca della quadripartizione (la *lex de Gallia Cisalpina*, ascrivibile agli anni tra il 49 e il 42 a.C., la *Tabula Pompeiana* 34, del 52 d.C., le tavolette ercolanesi 83 e 84, della metà del I sec. d.C., e soprattutto la *lex Irnitana*, probabilmente del 91 d.C., su cui M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana LXXXIV-LXXXV-LXXXIX: nuovi spunti per una riflessione sulla sponsio nel processo romano*, in «Testimonium Amicitiae», Milano, 1992, p. 97 ss.) recano copiose tracce di *sponsiones* collegate al processo, comprese le *satisdationes*, non sempre semplicemente riconducibili alle funzioni che esse mantenevano ancora nel II sec. d.C. Di conseguenza è opportuno rinunciare all'idea di trovare, all'interno del manuale gaiano, l'indicazione dei quattro *genera*, che il giurista infatti non segue (cfr. GNOLI, *op. et loc. cit.*). Qualora si ritenesse essere stato l'antico *agere per sponsionem* più rilevante di quanto generalmente non si creda, almeno agli effetti dello *ius civile*, verrebbe ad essere ridimensionata anche la fondamentale obiezione alla ipotesi di coloro (e si tratta della dottrina prevalente nel secolo scorso) che ritengono vadano individuate quattro categorie di *sponsiones*. Ossia l'obiezione che, così procedendo, si arriverebbe a trascurare la maggior parte delle azioni. Afferma del resto G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Legis actiones*, Milano, 1963, p. 358 nt. 241: «La vastità e l'importanza del campo di applicazione che la *sponsio* ebbe in un certo momento storico sono testimoniate da quanto Gaio 4, 1 ci dice intorno alla classificazione delle azioni proposta da alcuni giuristi da lui criticati: essi infatti avevano sostenuto che le azioni si dovevano suddividere in quattro categorie, corrispondenti ad altrettanti *sponsionum genera*». In effetti si può notare che una *sponsio* con la stessa funzione (e cioè o penale o pregiudiziale, per restare a quelle sicure) è in grado di caratterizzare azioni sia *in rem* che *in personam*: la *sponsio* con funzione penale è sicura per il procedimento interdittale e per l'*actio certae creditae pecuniae* e l'*actio de pecunia constituta*; una *sponsio* con funzione pregiudiziale compare nell'*agere in rem per sponsionem* (del quale Gai., *inst.* 4.93-95 parla solo per spiegare la *satisdatio pro praede litis et vindictiarum*). Se guardiamo poi al vasto campo delle cauzioni processuali, una *sponsio* come garanzia caratterizza, in particolare, la *satisdatio iudicatum solvi*, necessaria sia nell'*actio in rem per formulam petitoriam* sia in azioni *in personam* come l'*actio iudicati*. Già B.J. POLENAAR, *Syntagma Institutionum novum*, Lyon, 1876, p. 345 nt. 2, rivalutato da GNOLI, *op. et loc. cit.*, aveva ritenuto di dovere rintracciare quattro diversi tipi di *sponsiones* nella *cautio iudicatum solvi*, nella *satisdatio pro praede litis et vindictiarum*, nella *sponsio* penale ed in quella pregiudiziale. Le categorie di *sponsiones* potrebbero anche essere diverse. Ma, in ogni caso, tenendo come base della suddivisione la *sponsio*, sono astrattamente ipotizzabili partizioni differenti, dal grado di attendibilità molto fluttuante, le quali, in effetti, possono comprendere anche promiscuamente sia azioni personali che reali. Risultato, questo, che a Gaio doveva apparire aberrante, proprio perché egli partiva dallo schema dell'*intentio* formulare, mentre è chiaro che tale procedimento non era stato seguito dai *veteres* e, probabilmente, non sarebbe nemmeno stato logico che lo fosse, dal momento che essi operavano proprio all'epoca di passaggio dalle *legis actiones* alle formule.

⁵⁷) BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, cit., p. 371. Le ripercussioni dottrinali della riforma legislativa augustea in tema di processo, sottolinea Arnaldo Biscardi, ebbero effetti di portata incalcolabile, permettendo per la prima volta ai giuristi di porre le basi e le condizioni per la enucleazione e l'analisi dei diritti soggettivi e del processo.

prospettiva delle azioni reali a proposito della repressione della temerarietà del convenuto) e che il collegamento con la parte a noi nota immediatamente precedente del manuale, relativa alla procedura interdittale, sia stato proprio rappresentato dall'*agere per sponsionem poenalem*, tipico della procedura interdittale.

Se la congettura fosse fondata, la narrazione delle sanzioni contro il convenuto avventato non parrebbe quindi né caotica, né si presenterebbe come una mera appendice del manuale: essa potrebbe, viceversa, contribuire a conferire al IV libro una ricchezza di prospettiva storica, pur non riconosciuta in tale contesto come valore in sé da parte di Gaio.