

«Aliud petere» e la metafora delle ὁδοί

1. I termini del problema: C.I. 7.40.3, *Iust. inst.* 4.6.35 e la metafora delle ὁδοί — 2. «Passi falsi» e «deviazioni dalla retta via» — 3. *Officium iudicis* e dovere di 'servare iustitiam' — 4. *Litis contestatio* e «confine» del «percorso processuale» — 5. Conclusioni.

1. Uno dei problemi più interessanti della «cultura processuale» giustiniana è, a mio avviso, costituito dalla possibilità di procedere alla precisazione della pretesa nel corso della cognizione davanti al giudice: si tratta di una questione che emerge, innanzitutto, nella trattazione delle *Institutiones* giustiniane — segnatamente in *Iust. inst.* 4.6.35 — e che potrebbe collegarsi al più ampio fenomeno del tendenziale «sincretismo delle *actiones*» che, secondo la più recente impostazione, suggerita, in particolare, dal Gorla¹ e dal Sitzia², configurerebbe in termini significativi, dal punto di vista della prassi e della sua recezione formale con C.I. 7.40.3, fondamentalmente l'instaurazione del rapporto processuale:

C.I. 7.40.3 (Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.) Si ex multis causis quendam obnoxium habens, et maxime ex similibus quantitibus, in unius quidem causae summam libellum conventionis composuerit, causam tamen non expresserit, apud veteres agitabatur, an videatur omnes causas in iudicium deduxisse aut vetustissimam earum aut nihil fecisse, cum eius sensus incertus esse apparebat. (1) Sed et in iudiciis in multis casibus tales altercationes ventilatas invenimus, et maxime propter longi temporis interruptionem. Si enim personalis forte fuerat mota actio, hypothecariae autem actionis nulla mentio procedebat, quidam putabant personalem quidem esse temporis interruptione perpetuatam, hypothecariam autem evanescere taciturnitate sopitam. (2) Et si quis generaliter dixerat obnoxium sibi aliquem constitutum, aliae dubitationes emergent, si omnes ei competentes actiones huiusmodi narratione contineri credantur, an vero quasi silentio circa eas habito tempore expirare, nullo ex incerta libelli confectione adminiculo eis adquisito. (3) Sancimus itaque nullam in iudiciis in posterum locum habere talem confusionem, sed qui obnoxium suum in iudicium clamaverit et libellum conventionis ei transmiserit, licet generaliter nullius causae mentionem habentem vel unius quidem specialiter, tantummodo autem personales actiones vel hypothecarias continentem, nihilo minus videri ius suum omne eum in iudicium deduxisse et esse interrupta temporum curricula, cum contra desides homines et sui iuris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt. D. XV k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. (a. 531).

Secondo la tesi qui seguita, che anche altrove ho mostrato di condividere in una differente prospettiva d'indagine³, questo intervento normativo di Giustiniano rappresenterebbe la probabile recezione formale di una grande linea di tendenza della prassi⁴ a sopravvalutare il contenuto sostanziale

¹) F. GORLA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, in «Diritto e processo nella esperienza romana», Napoli, 1994, p. 205-301, in particolare p. 250-260.

²) F. SITZIA, *L'azione nelle Novelle di Giustiniano*, in «BIDR.», XCVIII-XCIX, 1995-1996, p. 171-98, in particolare p. 178 ss.; ID., *D. 39.2.24.1a e la legittimazione all'«actio damni infecti»*, in «Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro» — cur. S. PULIATI e A. SANGUINETTI —, Milano, 2000, p. 273.

³) R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'«exercitor»*. *Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e 'regime' della nossalità nelle azioni penali «in factum contra nautas, caupones et stabularios»*, Torino, 2002, p. 32 s., 60 s., 69 ss., e in particolare p. 117 ss., 159 e 217.

⁴) GORLA, *Restituzione della dote*, cit., p. 250.

dell'atto introduttivo del giudizio a prescindere dal dato formale, che potrebbe anche al limite risultare inesistente, del *nomen actionis*. Dal punto di vista, per così dire, della *occasio legis* la costituzione disciplina alcuni specifici aspetti del regime della prescrizione delle azioni⁵; tuttavia, l'importanza del provvedimento va certo ben oltre la regolamentazione di questo particolare problema, ed in sostanza giunge ad affermare che il *libellus*, «*licet generaliter nullius causae mentionem habentem vel unius quidem specialiter*», rappresenta in fin dei conti il veicolo con cui l'attore deduce in giudizio tutte le azioni che l'ordinamento prevede a sua tutela in ragione dell'allegazione dell'oggetto della controversia. Come chiarisce *Bas.* 50.15.3⁶, dunque, εἰάν τις πολλὰς ἔχων ἀγωγὰς περὶ τινῶν ἐπιδώσει λίβελλον, πάσας διηνεκεῖς ὀποτελεῖ.

In queste brevi riflessioni tenterò di evidenziare come, con ogni probabilità, questa grande linea di tendenza possa trovare riscontri non soltanto a livello di instaurazione del *iudicium*, per cui, come esattamente sottolinea il Sitzia, «anche un libello redatto genericamente o contenente l'indicazione di una sola *actio* consente la deduzione in giudizio di tutte le azioni, sia personali che reali, previste dalla legge per raggiungere lo scopo pratico enunziato dall'attore»⁷; ma anche sul piano del «dipinarsi» del processo, sicché all'attore viene consentito di precisare, anche a seguito dell'esaurirsi della dialettica tra *narratio* e *contradictio*⁸, l'esatta individuazione e «perimetrazione» della pretesa nel «percorso» delle ὁδοί⁹ che l'ordinamento mette a disposizione, da ritenersi, per l'attore, il «*ius suum omne*» contenuto nel *libellus conventionis*.

Ci proponiamo, a questo punto, un'analisi di *Iust. inst.* 4.6.35 e, soprattutto, della sua lettura teofilina alla luce delle fonti del VI secolo in cui si rappresenta la possibilità, per l'attore, di procedere ad una modifica del *libellus conventionis*. Lo spunto, in questa prospettiva, viene innanzitutto da una recente messa a fuoco del Gorla, che, nell'ambito della sua ricostruzione dei problemi che emergono a proposito di C.I. 7.40.3, invita a riflettere, in particolare, su due fondamentali interrogativi. Rispetto a questa costituzione giustiniana egli si chiede, infatti, se debba intendersi il testo di *Iust. inst.* 4.6.35 «come relativo alla possibilità di correggere l'inesatta indicazione dell'oggetto della domanda o del *nomen actionis* ... mantenendo ferma la pretesa sostanziale»; e «se e in quali limiti la facoltà di mutamento o rettifica della domanda esistesse già al momento di C.I. 7.40.3, o se siano invece state le scelte operate da

⁵) E, in effetti, parte della dottrina ha letto la portata di C.I. 7.40.3 in termini decisamente riduttivi, ritenendone, per varie vie, l'effettiva incisività in ordine al solo tema della prescrizione delle azioni: così, ad esempio, E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1, Berlin, 1922, rist. Aalen, 1964, p. 19 nt. 6, G. PROVERA, *La «pluris petitio» nel processo romano*, II, *La «cognitio extra ordinem»*, Torino, 1960, p. 102 ss. per il problema del *nomen actionis*, e più specificamente p. 105 ss. per l'esegesi di C.I. 7.40.3, U. ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, p. 120 ss., in particolare p. 125, M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, p. 484 nt. 84, M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 595 nt. 84, F. STURM, «*Stipulatio aquiliana*» und «*τύπος ἀκουλιανός*», in «*Studi G. Grosso*», II, Torino, 1968, p. 322, A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969, p. 333 e 340 ss., A. METRO, *La «denegatio actionis»*, Milano, 1972, p. 235 s., ID., *L'impetratio actionis nella cognitio extra ordinem*, in «*Scritti S. Pugliatti*», IV, Milano, 1978, p. 603 s., e G. L. FALCHI, *Studi sulla relazione tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di «leges» e «iura»*, in «*SDHI*», LIX, 1993, p. 67. In particolare, si è teso, poi, a vedere in questa costituzione un riferimento al problema dell'*editio actionis* (ZILLETTI, *op. cit.*, p. 122, KASER, *op. cit.*, p. 468 nt. 17, KASER, HACKL, *op. cit.*, p. 578 nt. 17, D. SIMON, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozess*, München, 1969, p. 53 s., FERNÁNDEZ BARREIRO, *op. cit.*, p. 333 ss., e METRO, *Denegatio actionis*, cit., p. 231 ss.). Una più precisa discussione di queste correnti di pensiero in GORLA, *Restituzione della dote*, cit., p. 251 nt. 89, anche per il chiarimento – qui condiviso – in ordine al rapporto tra i §§ 1 e 3 della nostra costituzione, in cui il legislatore interviene sul problema della prescrizione inteso solo come la principale delle questioni che intende risolvere con l'intervento normativo.

⁶) «*Basilicorum libri LX*» (ed. H.J. SCHELTEMA, D. HOLWERDA, N. VAN DER WAL), A.VI, Groningen, 1969, p. 2388, ll. 6 s. Un tardo riscontro anche in *Ecl. Basil.* 2.2.299.3 (L. BURGMANN, «*Ecloga Basilicorum*», Frankfurt am Main, 1988, p. 78, ll. 9-24; cfr. GORLA, *Restituzione della dote*, cit., p. 257 nt. 100, nonché *infra*, nt. 67).

⁷) SITZIA, *L'azione*, cit., p. 178.

⁸) Per questa concezione della *litis contestatio*, cfr. SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 123 e nt. 231, con riscontri delle fonti e letteratura; cfr., comunque, P. BONETTI, *La «litis contestatio» in uno scolio dei Basilici*, in «*Studi B. Biondi*», I, Milano, 1965, p. 469 ss., e A. BISCARDI, *Le papyrus de la «prokatarxis»*, in «*SDHI*», XXXIII, 1967, p. 320 ss. Sul punto, cfr. ora KASER, HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 592 ss. Per la *litis contestatio* nel diritto novellare, cfr. ora N. VAN DER WAL, *Manuale Novellarum Justiniani*², Groningue, 1998, p. 168.

⁹) Per il significato di questa metafora, che emerge con evidenza, in particolare, in *Nov.* 4.2, cfr. SITZIA, *L'azione*, cit., *passim*, in particolare p. 173 e 190.

quest'ultima legge a determinare o influenzare la redazione del passo delle Istituzioni»¹⁰.

Per altro verso, io credo si possa forse meglio comprendere il problema di *'aliud petere'* che figura in *Iust. inst.* 4.6.35 alla luce della metafora con cui negli ambienti giustiniani, come si è accennato, viene talvolta descritta l'azione: il Sitzia, infatti, ha di recente insistito sulla circostanza che, almeno nel linguaggio delle *Novellae*, la ἀγωγή viene figuratamente rappresentata come una «via»: «nell'ottica novellare – osserva esattamente l'Autore – l'azione viene vista come il mezzo che la legge concede per la realizzazione del diritto: essa è, anzi, l'unica via (ὁδὸν) consentita dalla legge per questa realizzazione; chi fa ricorso ad altre vie, non solo non ottiene il risultato voluto, ma perde altresì normalmente il potere di agire per la retta via»¹¹.

L'idea che qui si vorrebbe verificare, alla luce di queste recenti precisazioni della dottrina, è orientata nel senso che parlare di mutamento o, al limite, di rettifica della domanda costituisce un problema significativamente connesso con quello dell'interpretazione del contenuto sostanziale del *libellus*, alla luce del principio statuito da C.I. 7.40.3; ma che, soprattutto, il principio descritto in *Iust. inst.* 4.6.35 risulta forse meglio intellegibile ove si consideri che nella sua lettura teofilina sembra ripresentarsi, con una certa evidenza, proprio la metafora delle ὁδοὶ intese come descrizione figurata delle azioni che devono ritenersi dedotte nel *libellus*: in tal senso, come cercheremo di dimostrare, erra non solo chi fa ricorso ad altre vie, diverse da quella prevista dalla legge come mezzo tipico di realizzazione del diritto; ma anche chi commette «passi falsi» e, di conseguenza, s'incammina per «sentieri» che deviano dalla «strada maestra» che la legge predispone per il perseguimento dello scopo pratico esplicitato nell'atto introduttivo del giudizio e riconosciuta «percorribile» dal giudice.

2. Esaminiamo, dunque, il testo di *Iust. inst.* 4.6.35 e di Theoph., *inst. par.* 4.6.35¹², che è bene riportare l'uno accanto all'altro, onde meglio procedere ad un loro confronto anche testuale:

Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem iudicio cognita veritate errorem suum corrigere ei permittimus, veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut si quis ex testamento sibi dari oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

Ἐάν τις aliud ἀμαρτήση οὐκ ἔσται αὐτῷ τὸ πταίσμα ἐπιζήμιον. Ἐν αὐτῷ γὰρ τῷ δικαστηρίῳ τῆς ἀληθείας γνωρισθείσης, ἢ πλάνη διόρθωσιν ἐπεδέχεται. Τὸ δὲ aliud ἕτερον ἀμαρτάνεται δύο τρόποις, ἢ πράγματι ἢ αἰτία. Πράγματι μὲν, οἷον Στίχον ἐποφειλόμενος τὸν οἰκέτην ἦλθεν Ἐρωτα ἀπαιτῶν αἰτία δὲ οἷον ἦνικα ἕτερον ἀντὶ ἑτέρας ἐκίνησεν ἀγωγήν. Δέον γὰρ κινήσει τὴν ex testamento ἐκίνησε τὴν ex stipulatu, ἢ καὶ ἐκ τοῦ ἐναντίου.

Il problema posto dalla trattazione istituzionale riguarda, fondamentale, il momento in cui è consentito alla parte di *'errorem corrigere'*. Si è detto, infatti, esattamente – e sul punto non si ravvisano, in fin dei conti, opinioni discordanti in dottrina – che il passo delle *Institutiones* riguarda la possibilità, per l'attore, di correggere la formulazione della pretesa, ove inesattamente prospettata¹³; possibilità, questa, che peraltro doveva ritenersi praticabile, ancorché in un'ottica del tutto diversa, anche nella procedura formulare.

La fonte di *Iust. inst.* 4.6.35, del resto, è – non a caso – Gai., *inst.* 4.55¹⁴, che chiarisce come il

¹⁰) GORIA, *Restituzione della dote*, cit., p. 257 nt. 99.

¹¹) Così, testualmente, SITZIA, *L'azione*, cit., p. 171 s.

¹²) Che cito da «Institutionum graeca Paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa» (rec. E.C. FERRINI), II, Berlin, 1897, p. 440 s., ll. 25 ss. Il testo non diverge – sul piano dei contenuti – da quello stabilito in «Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum caesarearum» (rec. W.O. REITZ), II, L'Aja, 1751, p. 833, che qui di seguito riporto: Ἐάν τις aliud pro alio ἀμαρτήση, οὐκ ἔσται αὐτῷ τὸ πταίσμα ἐπιζήμιον· ἐν αὐτῷ γὰρ τῷ δικαστηρίῳ τῆς ἀληθείας γνωρισθείσης, ἢ πλάνη διόρθωσιν ἐπιδέχεται. Τὸ δὲ aliud pro alio ἀμαρτάνεται τρόποις δύο, ἢ πράγματι ἢ αἰτία· πράγματι μὲν, οἷον, Στίχον ἐποφειλόμενος τὸν οἰκέτην, ἦλθεν Ἐρωτα ἀπαιτῶν· αἰτία δὲ, οἷον ἦνικα ἕτερον ἀντὶ ἑτέρας ἐκίνησεν ἀγωγήν· δέον γὰρ κινήσει τὴν ex testamento, ἐκίνησε τὴν ex stipulatu, ἢ καὶ ἐκ τοῦ ἐναντίου.

¹³) GORIA, *Restituzione della dote*, cit., p. 256 s., G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Torino, 1989, p. 229 s., SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 124 s., e ZILLETI, *Processo civile giustiniano*, cit., p. 128 ss., in particolare p. 131.

¹⁴) *Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse, quia nihil ante videtur*

testo della *formula* debba essere interpretato in aderenza alla pretesa sostanziale: ma mentre in questa logica la *litis contestatio* si forma su un'*intentio* che deduce, in quanto inesatta, una pretesa inesistente e, quindi, non implica consunzione dell'azione, né altro effetto preclusivo di sorta, sicché resta integra la possibilità di domandare una nuova *formula*, questa volta priva delle inesattezze ostative all'esito della tutela invocata dall'attore¹⁵, nella cultura della *cognitio* il problema viene invece risolto – come precisa, in senso innovativo, *Iust. inst.* 4.6.35¹⁶ – '*in eodem iudicio cognita veritate*', vale a dire nell'alveo dello stesso processo e nella prospettiva della valorizzazione di esigenze etiche di giustizia sostanziale¹⁷, senza che per l'attore sia necessaria la riproposizione della domanda.

La dottrina discute, peraltro, sul momento in cui la parte avrebbe potuto procedere alla precisazione della pretesa, eliminando, quindi, le inesattezze che, pur non incidendo sul significato sostanziale di essa, ne avrebbero potuto implicare il rigetto. Da un lato, vi è la posizione, invero isolata, dello Zilletti¹⁸, che ritiene impraticabile la possibilità di '*errorem corrigere*' dopo la *litis contestatio*, sulla base di un ragionamento che tende a collegare il problema posto da *Iust. inst.* 4.6.35 da un lato con la regola che disciplina alcuni aspetti relativi al contenuto dell'atto introduttivo del processo criminale¹⁹ e, dall'altro, con quanto emerge dalla connessione tra C.I. 2.1.3 e C.I. 3.9.1²⁰; altra parte della dottrina ritiene invece possibile '*errorem corrigere*' nel corso dell'intero processo e, quindi, anche dopo la *litis contestatio*²¹.

In effetti, militano, a mio parere senza alcuna significativa difficoltà, a favore di questa interpretazione il tenore dell'espressione '*in eodem iudicio*', che fa riferimento non soltanto all'esclusione, rispetto al modello di Gai., *inst.* 4.55, della necessità di riproporre la domanda in un nuovo procedimento, ma in ogni caso al processo visto nel suo intero dipanarsi, e non ad una sola fase di esso²²; la circostanza che, nelle fonti, non si rinvengono spunti di sorta che possano far pensare ad un «regime di preclusioni» in ordine alla fattispecie in esame²³ e, comunque, la chiara testimonianza di *sch.* 8 *ad Bas.* 15.2.11²⁴, di cui discuteremo in seguito.

Come si cercherà di evidenziare in questo lavoro, mi pare possibile, tuttavia, individuare ulteriori elementi suscettibili di suffragare quanto già esattamente evidenziato dagli studiosi che hanno avallato quest'ultima impostazione della questione, nonché di contribuire a delineare il problema della connessione del testo delle *Institutiones* con il precetto normativo, ad esso anteriore di qualche anno, di C.I. 7.40.3. Più precisamente, ritengo che l'esegesi di *Iust. inst.* 4.6.35 possa utilmente basarsi anche su una riflessione dedicata, in particolare, alla terminologia utilizzata da Teofilo nella para-

egisse: veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis EX TESTAMENTO DARI sibi OPORTERE intenderit, cui ex stipulatu debebatur; aut si cognitor aut procurator intenderit sibi DARI OPORTERE', che cito da S. RICCOBONO, J. BAVIERA, C. FERRINI, J. FURLANI, V. ARANGIO-RUIZ (ed.), «Fontes Iuris Romani Antejustiniani»², II, Firenze, 1968, p. 163. Per la connessione, e per i problemi propri del processo *per formulas*, cfr. KASER, HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 323 s. e nt. 14, con letteratura; cfr. anche p. 580 e nt. 31 per l'impostazione della questione qui affrontata.

¹⁵ Così esattamente PROVERA, *Lezioni*, cit., p. 229 s.; cfr. anche ZILLETTI, *Processo civile giustiniano*, cit., p. 130, quanto al problema dell'inesistenza dell'oggetto della *litis contestatio*.

¹⁶ SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 130.

¹⁷ Sul punto, in riferimento ai doveri del giudice e delle parti, cfr. S. PULIATTI, «*Officium iudicis*» e *certezza del diritto in età giustiniana*, in «Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana», cit., p. 59 s.

¹⁸ ZILLETTI, *Processo civile giustiniano*, cit., p. 128 ss. e 143 ss., in particolare p. 151: l'autore muove da *sch.* 13 *ad Bas.* 60.5.4 (SCHELTEMA, B.VIII, Groningen, 1983, p. 3188, ll. 25 ss.); cfr. anche le recensioni di G. PROVERA, in «*Jura*», XVII, 1966, p. 321, e di M. KASER, in «*Jabeo*», XIII, 1967, p. 98.

¹⁹ ZILLETTI, *Processo civile giustiniano*, cit., p. 141 s.; sul punto, cfr. comunque B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, p. 190 e nt. 10, e letteratura ivi citata.

²⁰ ZILLETTI, *Processo civile giustiniano*, cit., p. 145 ss.

²¹ SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 124 ss., in particolare p. 130 s., PROVERA, *Lezioni*, cit., p. 230 ss., e GORIA, *Restituzione della dote*, cit., p. 257 nt. 99, che aderisce all'impostazione del Simon.

²² Cfr. PROVERA, *Pluris petitio*, II, cit., p. 101 ss. e nt. 49, per un'esame delle posizioni più risalenti. La posizione del Provera è, per lo ZILLETTI, *Processo civile giustiniano*, cit., 131, un' «*allazione*».

²³ SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 124 ss. Cfr. al riguardo la recensione di G. PROVERA, in «*Jura*», XXI, 1970, p. 215, nonché le considerazioni svolte dall'autore in *Lezioni*, cit., p. 230.

²⁴ GORIA, *Restituzione della dote*, cit., p. 257 nt. 99.

frasi del passo, che – come si accennava – mi pare in linea con la metafora delle ὁδοὶ sottolineata, con riferimento al linguaggio novellare, dal Sitzia; prospettiva, questa, sulla quale non mi sembra che in dottrina si sia ancora insistito.

Il nostro discorso, dunque, si articolerà intorno ad alcuni «snodi» fondamentali. Innanzitutto, a mio avviso è importante comprendere l'esatto significato tecnico, nel linguaggio di Teofilo, dell'uso dei termini *πταισµα* e *πλάνη*, in riferimento alla *διόρθωσις*; in secondo luogo, dell'espressione *τῆς ἀληθείας γνωριθεῖσης*, che fa a pensare che la *ἀλήθεια* preesista a *πταισµατα* e *πλάναι*. Per converso, l'espressione *ἐν ἀντὶ τῷ δικαστηρίῳ*, senza precisazioni, sembra indicare – come si è accennato – che la correzione delle *πλάναι* sia consentita senza limiti significativi nel corso della *cognitio*, mentre il problema posto dal termine *διόρθωσις* in relazione allo *ἀµάρτηµα* ed al rapporto di quest'ultimo con i *δύο τρόποι* in cui esso si risolve, vale a dire il *πράγµα* e la *αἰτία*, appare individuare l'esatta prospettiva processuale in cui dovrebbe collocarsi il fenomeno in esame.

Procediamo, quindi, ad un'indagine sul rapporto *πταισµα* - *πλάνη* - *διόρθωσις* nella parafrasi teofilina.

Ho già discusso altrove del significato particolare, nel linguaggio proprio delle fonti greche e, in particolare, di Teofilo, del termine *πταισµα* in occasione della mia proposta di lettura dei problemi che emergono in *Iust. inst.* 4.5.3 (= *Theoph., inst. par.* 4.5.3) in ordine al criterio di responsabilità quasi delittuale dell'*exercitor*, ritenuto '*aliquatenus culpa reus*' nelle *Institutiones*, espressione, questa, resa dall'*antecessor* con un *πταισµά τι ἐλέγχεται αὐτοῦ*²⁵. Avevo, infatti, sottolineato come il termine *πταισµα*, *nomen rei actae* di *πταιώ*²⁶, significasse qualcosa come «incidente»²⁷: e, in effetti, l'idea del «passo falso»²⁸, che per metafora descrive il fondamento del criterio di responsabilità quasi delittuale dell'*exercitor*, fortemente connotato dall'ideologia soggettivista degli ambienti degli *antecessores* in tema di responsabilità, mi pareva espressione – tanto più nella sfumata prospettiva resa dall'espressione indefinita *πταισµά τι* – di una particolare esigenza espositiva di Teofilo, che doveva descrivere un'ipotesi di responsabilità in cui non è dato riscontrare né *ῥαθυμία* né *ἀµάρτηµα*.

Ritroviamo ora questo stesso termine per indicare il «passo falso» nel corso di un processo. Due considerazioni di fondo, a mio avviso, possono svolgersi: da un lato, il «passo falso» rappresenta il fatto che l'attore può «inciampare» nello svolgimento del percorso della «strada» che deve condurlo al raggiungimento dello scopo pratico enunciato nel *libellus*; dall'altro, la valenza atecnica del termine *πταισµα* e la sua idoneità a descrivere una condotta che non si connota per una riprovevolezza in senso sostanziale²⁹, anche in questa diversa prospettiva processuale a mio avviso consente di escludere che il «passo falso» possa ricondursi ad ipotesi di deviazioni gravi e significative dalla procedura della *cognitio*, posto che, in tal caso, come in fin dei conti sostiene il Sitzia³⁰, la parte nemmeno imboccherebbe una delle ὁδοὶ tipiche previste dall'ordinamento per la realizzazione della propria pretesa.

Piuttosto, una volta imboccata una di esse, se la parte fa un «passo falso» ciò non deve risolversi in una frustrazione della pretesa; e, in questa prospettiva, è interessante rilevare come Teofilo descriva il risultato di questo «passo falso» come una *πλάνη*, vale a dire come una «deviazione», naturalmente dalla ὁδός imboccata³¹, che – '*cognita veritate*' – deve venir meno con la *διόρθωσις*, vale a dire

²⁵ Sul punto, mi sia consentito di rinviare al mio *Exercitor*, cit., p. 21 ss., in particolare p. 36 ss.

²⁶ P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, Paris, 1968, rist. 1984, II, sv. *πταιώ*, p. 946: «buter», «tomber», d'où au figuré «faire une faute» ou «une erreur».

²⁷ FERCIA, *Exercitor*, cit., p. 38 e nt. 34-35.

²⁸ Per il significato di «false step» cfr. H. G. LIDDEL, R. SCOTT, *A Greek-English Lexicon*⁹ (rist.: rev. H. S. JONES, R. MC.KENZIE), Oxford, 1968, sv. *πταισµα*, p. 1546, e CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, cit., II, sv. *πταιώ*, p. 946 («πταισµα n. «faux pas, erreur, échec»).

²⁹ Si veda, in merito, fondamentalmente – sul problema della connotazione strutturale della responsabilità per colpa – D. NÖRR, *Die Fabrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht*, München, 1960, p. 18 ss., in particolare p. 20 e 24; cfr., inoltre, quanto dico in *Exercitor*, cit., p. 38 nt. 35, e la letteratura ivi citata.

³⁰ SITZIA, *L'azione*, cit., p. 172.

³¹ Il termine *πλάνη* è *nomen actionis* del verbo *πλανάομαι*: per l'idea del deviare rispetto ad un percorso presta-

con la riconduzione della parte sulla «diritta via smarrita»³², onde emendare lo ἀμάρτημα.

Siamo dunque in grado di svolgere una prima considerazione. Se è vero che «anche un libello redatto genericamente o contenente l'indicazione di una sola *actio* consente la deduzione in giudizio di tutte le azioni, sia personali che reali, previste dalla legge per raggiungere lo scopo pratico enunciato dall'attore»³³, è altresì vero che, una volta individuata l'*actio*, la ὁδός che, per metafora, descrive l'attività processuale da svolgersi è una «via maestra», in cui non sono ammesse deviazioni; di conseguenza, qualora per un «passo falso» l'attore imbocchi un «sentiero collaterale», privo di significato pratico – una «strada senza sbocchi» – la *rei veritas* sostanziale giustifica la riconduzione della parte errante sulla «strada utile». Sembrerebbe, quindi, potersi affermare che la *cognitio* giustiniana consenta – anzi, come vedremo meglio a breve, imponga – al giudice un controllo sul significato sostanziale di quanto esplicitato nel *libellus* non solo onde esattamente desumere dal suo contenuto quale sia la ὁδός da percorrere, ma anche onde evitare che il percorso di questa ὁδός non si risolva in deviazioni dalla *rei veritas* in danno della parte che ha ragione.

3. Ciò chiarito, possiamo procedere ad esaminare l'espressione τῆς ἀληθείας γνωρισθείσης che figura nella parafrasi teofilina di *Iust. inst.* 4.6.35. A tal fine, mi pare convenga prima di tutto rileggere il testo di alcune importanti costituzioni imperiali, su cui la dottrina insiste da tempo nell'individuazione del sostrato tecnico che sottende i problemi posti dal nostro passo.

Innanzitutto, C.I. 3.1.9 e C.I. 2.10.1³⁴ consentono di individuare in quali termini possa ravvisarsi, nella cultura processuale giustiniana, l'esistenza di un «dovere di verità» che informa l'intero processo civile:

C.I. 3.1.9 (Imp. Constantinus A. ad Maximum) Iudices oportet imprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere et tunc utramque partem saepius interrogare, ne quid novi addere desiderent, cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sive definienda causa per iudicem sive ad maiorem potestatem referenda sit. D. prid. id. Ian. Sirmi Crispo II et Constantino II CC. cons. (a. 321).

C.I. 2.10.1 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. ad Honoratum) Non dubitandum est iudici, si quid a litigatoribus vel ab his qui negotiis adsistunt minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire. S. XVI k. Mart. Diocletiano III et Maximiano III AA. cons. (a. 296).

Come emerge da queste costituzioni, non è una novità nella *cognitio* giustiniana – tanto più se si considera che C.I. 3.1.9 rappresenta il «riassunto» di C.Th. 2.18.1³⁵ – il temperamento del principio dispositivo con l'attribuzione al giudice di poteri officiosi in funzione della realizzazione del fine ultimo del processo, vale a dire il superamento di una lite in armonia con un'idea di celerità e di

bilito, cfr. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, cit., II, sv. πλανάομαι, p. 909: «errer, aller ça et là, s'écarter du chemin», au figuré «être incertain, flottant»; per l'idea di πλάνη come «wandering, roaming», cfr. LIDDEL, SCOTT, *A Greek-English Lexicon*, cit., sv. πλάνη, p. 1411, nonché CHANTRAINE, *op. cit.*, sv. πλανάομαι, p. 909 («πλάνη f. «voyage au loin, errance, incertitude, erreur»).

³² Cfr. ancora CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, cit., II, sv. ὁρθός, p. 819, anche in rapporto a ἀμάρτημα. Per l'idea di διόρθωσις come «setting straight, restoration», cfr. LIDDEL, SCOTT, *A Greek-English Lexicon*, cit., sv. διόρθωσις, p. 434 (proprio in relazione al termine ὁδός, cfr. il riferimento di LIDDEL, SCOTT, *op. cit.*, ivi, ad Arist., *pol.* 1321b, 21: οικοδομημάτων καὶ ὁδῶν).

³³ SITZIA, *L'azione*, cit., p. 178.

³⁴ Per la connessione, cfr. ZILLETTI, *Processo civile giustiniano*, cit., p. 174 ss., PROVERA, *Lezioni*, cit., p. 235 ss., e PULIATTI, *Officium iudicis*, cit., p. 101 s. e in particolare p. 117 s. e nt. 171, specie per l'importanza delle costituzioni nella prospettiva della repressione delle condotte dilatorie. Per l'importanza teorica e metodologica attuale di esse, cfr. ancora G. PROVERA, *Divagazioni storiche intorno al Progetto di «Codice tipo» di procedura civile per l'America Latina*, in «Index», XIX, 1991, p. 336 e 339.

³⁵ Cfr. W. LITEWSKI, *Consultatio ante sententiam*, in «ZSS.», LXXXVI, 1969, 249, ZILLETTI, *Processo civile giustiniano*, cit., p. 177 ss., e P. COLLINET, *La procédure par libelle*, Paris, 1932, p. 325 ss. Cfr., comunque, KASER, HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 596 nt. 8; p. 599 e nt. 2, L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrecht*, München, 1925, p. 289 e p. 291 s., nonché M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Zivilprozeß*, III, Bonn, 1866, rist. Aalen, 1959, p. 255 s. e in particolare p. 259.

rispetto del fatto storico, che non può essere alterato in una dimensione formalistica che nuoce al valore della giustizia. I giudici hanno il dovere professionale – descritto in C.I. 3.1.9 come un *oportere* verso le parti – di non rimanere, per così dire, «inerti», ma di svolgere la loro funzione in termini attivi, sicché nella dialettica tra *narratio* e *contradictio* devono ‘discutere’ la ‘*rei qualitas*’ con poteri di ‘*plena inquisitio*’, ed interrogare le parti invitandole, se ritenuto da queste opportuno³⁶, a precisare i contenuti delle rispettive deduzioni e allegazioni. La costituzione imperiale dà per scontato che questa attività, propria dell’*officium iudicis*, giovi in fin dei conti ad entrambe le parti (*‘cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat’*), così sgombrando il campo da qualsiasi preoccupazione in ordine all’imparzialità dell’organo giudicante.

L’attività di ‘*rei qualitatem plena inquisitione discutere*’, in particolare, implica un’indagine da parte del giudice sull’esatta individuazione e «perimetrazione» della pretesa in ragione dell’esatta qualificazione del fatto storico che la genera: si tratta di una ‘*inquisitio*’, cioè di un dovere professionale indipendente dall’impulso di parte, che deve essere ‘*plena*’, tale quindi da non trascurare alcun dettaglio di sorta. Funzionale alla ‘*plena inquisitio*’ è il dovere di interrogare le parti, che possono ‘*quid novi addere*’, vale a dire integrare il contenuto delle rispettive allegazioni e deduzioni a difesa, a migliore precisazione della propria posizione processuale. A questo dovere si aggiunge quello di ‘*supplere et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire*’: il contributo del giudice alla «perimetrazione» di quelli che, come vedremo, non a caso sono definiti nelle fonti greche come i «confini» della lite, non è relativo unicamente al fatto (anche se, in questo caso, il giudice non può procedere ad interventi integrativi, ma solo sollecitare le parti, ‘*ne quid novi addere desiderent*’), ma anche alle ragioni di diritto e, in ogni caso, all’applicazione in via cogente del *ius publicum*³⁷.

E’ questo, in sostanza, il contenuto fondamentale della *litis contestatio* nella *cognitio*: un momento, cioè, in cui la dialettica tra *narratio* e *contradictio* non rimane confinata in un «agone» tra attore e convenuto, ma piuttosto appare anche il risultato di un intervento officioso del giudice che – venuta meno la funzione pretorile classica nell’individuazione ed esatta composizione della *conceptio verborum* della *formula* – deve guidare³⁸ le parti verso l’esatta determinazione delle proprie posizioni processuali, sulla cui cristallizzazione nella *προκώταρξις* dovrà radicarsi la sentenza³⁹.

Ciò chiarito, esaminiamo ora il problema dell’individuazione della *litis contestatio* come momento processuale che segna il concreto avvio del processo in C.I. 3.9.1 e C.I. 2.1.3⁴⁰. Su queste due costituzioni, infatti, come abbiamo visto, poggia in particolare la prospettiva riduttiva professata dallo Zilletti in ordine al significato pratico del principio statuito in *Iust. inst.* 4.6.35: si tratta, come ora vedremo, di testi di particolare interesse anche perché risalenti agli inizi del III secolo d.C. e, quindi, collocabili in un momento antecedente il precetto contenuto nella costituzione or ora esaminata, vale a dire C.I. 3.1.9, promulgata nel 321 d.C.

Esaminamo, quindi,

C.I. 3.9.1 (Impp. Severus et Antoninus AA. Valenti) Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit. D. k. Sept. Severo III et Antonino AA. cons. (a. 202).

³⁶ Cfr. ZILLETTI, *Processo civile giustiniano*, cit., p. 179 s., che rileva esattamente come, al di là dell’impulso alla precisazione, resta onere della parte procedere in tal senso; cfr. altresì p. 182 ss., in ordine alla *ratio* di C.I. 2.10.1.

³⁷ Sul punto, cfr. M. KASER, *‘Ius publicum’ e ‘ius privatum’*, in «ZSS», CIII, 1986, p. 70 nt. 301.

³⁸ Cfr., specie con riferimento al ruolo del giudice nell’istruzione della causa, G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I*, in «SDHI», XXXVII, 1971, p. 198 e nt. 169.

³⁹ Cfr., per tutti, SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 124 ss.

⁴⁰ Per la connessione, cfr. ZILLETTI, *Processo civile giustiniano*, cit., p. 145 ss. e nt. 80 per la letteratura più risalente, PROVERA, *Lezioni*, cit., p. 231, SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 128 ss., A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Los principios ‘dispositivo’ e ‘inquisitivo’ en el proceso romano*, in «SDHI», XLI, 1975, p. 133 s. e nt. 20 e 22, e A. BÜRGE, *Zum Edikt De edendo. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses*, in «ZSS», CXII, 1995, 22 s. Per la possibilità che originariamente i due testi fossero parte di un’unico provvedimento, cfr. M. LEMOSSE, *‘Editio actionis’ et procédure formulaire*, in «Labeo», XXI, 1975, p. 46 e nt. 5. Vedasi, quindi, KASER, HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 571 nt. 7, p. 580 nt. 31 e p. 594 nt. 76.

L'intervento normativo, come si accennava, è risalente e costituisce, verosimilmente, una delle prime regolamentazioni della nuova procedura ⁴¹, dato che la sua formulazione risale addirittura ad un momento storico precedente il venir meno del processo formulare. Da questo punto di vista, esso rappresenta, a mio parere, un buon punto di partenza per la nostra riflessione: già in questo momento storico, infatti, il legislatore intende sottolineare che tra l'*editio actionis* e la *litis contestatio* sussiste una significativa differenza, e che quest'ultima si verifica solo nel momento in cui il giudice viene a conoscenza, con la *narratio negotii*, dei contenuti della lite ⁴², non già con la mera notificazione del *libellus conventionis* a seguito della *postulatio simplex*. Il precetto contenuto in C.I. 2.1.3 appare poi ulteriormente delineare i confini del nostro problema alla luce del riferimento ai problemi posti dal rapporto tra l'*editio actionis* e la lite che verrà ad instaurarsi:

C.I. 2.1.3 (Imp. Severus et Antoninus AA. Valenti) Edita actio speciem futurae litis demonstrat quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas. D. III k. Sept. Severo III et Antonino AA. cons. (a. 202)

E', dunque, possibile emendare o mutare la pretesa, ove davanti al giudice emerga che la sua «immagine», formalmente consacrata nell'*editio actionis*, non corrisponda alla vicenda che in concreto ne giustifica la proposizione, 'prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas'. L'intervento normativo, quindi, riconosce al giudice un ruolo significativo nel «governo» della dialettica processuale, sicché è, in una certa misura, fisiologico riscontrare come, in un momento più avanzato della regolamentazione della procedura, il dovere di '*causam audire*' – in cui si risolve la *litis contestatio* secondo C.I. 3.9.1 – si estenda ad un (a mio parere) più «intenso» dovere di '*examinare*' ⁴³ le '*partium adlegationes*' in

C.I. 7.57.5 (Imp. Gordianus A. Iucundo) Iudex, qui disceptationi locum dederat, partium adlegationes audire et examinare debuit. Nam subscriptionem ad libellum datam talem, quae diversam partem in possessionem fundi mitteret, vicem rei iudicatae non obtinere non ambigitur. PP. XII k. Febr. Gordiano A. II et Pompeiano cons. (a. 241).

Proviamo, a questo punto, a trarre qualche indicazione dallo svolgimento storico delle questioni qui brevemente riesaminate: il tessuto normativo che emerge dall'analisi di C.I. 3.1.9 = C.Th. 2.18.1 (a. 321), vale a dire il provvedimento che per primo abbiamo esaminato, sembra costituire un momento più maturo, rispetto a queste più risalenti costituzioni, della cultura processuale della *cognitio*: esso, in un certo qual modo, ne supera, quantunque non in termini «abissali», il significato pratico, perché vi si precisa che nel corso della *narratio* il giudice non può limitarsi ad '*audire causam*' (C.I. 3.9.1, a. 202), o comunque a '*partium adlegationes audire et examinare*' (C.I. 7.57.5, a. 241), ma deve piuttosto intervenire con veri e propri poteri inquisitori ('*rei qualitatem plena inquisitione discutere et tunc utramque partem saepius interrogare*'), rendendosi quindi, per certi versi, «guida» delle parti verso il fine dell'accertamento della *rei qualitas*. In questa prospettiva, la stessa lettura bizantina di C.I. 2.1.3 – contrariamente a quanto ritiene lo Zilletti ⁴⁴ – depone, a mio avviso, in tal senso, e dimostra come anche un provvedimento assai risalente fosse interpretato, nella cultura giustiniana, in termini tali da attribuire al giudice poteri decisa-

⁴¹ Per il significato culturale e pratico dell'intervento normativo imperiale nei primi anni del III secolo d.C., cfr. KASER, HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 221 e nt. 6.

⁴² Anche se ciò non giustifica, come esattamente rilevava il BONETTI, *Litis contestatio*, cit., p. 475 s., la lettura riduttiva del COLLINET, *Procédure par libelle*, cit., p. 216 ss., che tendeva ad identificare la *litis contestatio* con la sola *narratio* dell'attore, tanto più ove si consideri il momento storico in cui il provvedimento viene ad esistenza. Cfr., inoltre, BISCARDI, *Prokatarxis*, cit., p. 334 e nt. 60.

⁴³ Sul problema, anche per la connessione con C.I. 2.10.1, cfr. SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 375, e KASER, HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 596 e nt. 4.

⁴⁴ ZILLETTI, *Processo civile giustiniano*, cit., 148 ss., in particolare p. 150. Non credo che Bas. 7.18.16 introduca il riferimento alla possibilità di *mutatio* necessariamente prima della *litis contestatio*.

mente significativi a contemperamento del rigore del principio dispositivo:

Bas. 7.18.16 Ἐκδεδοκῶς τις τῷ οικείῳ διαδικῶ ἦν ἐνόμισεν ἔχειν κατ'αὐτοῦ ἀγωγὴν διεσκέψατο μετὰ ταῦτα τὸ ἴδιον πρῶγμα, καὶ ἦδρεν, ὡς οὐπω τὴν κυρίως ἀρμόζουσαν αὐτῷ ἐκδέδωκεν ἀγωγὴν, ἢ ὅτι τὴν μὲν ἀγωγὴν κυρίως ἐκδέδωκε, περὶ πλείονος δὲ ἢ περὶ ἐλάττονος ποσότητος παρὰ τὴν ἀλήθειαν ἐκδέδωκεν αὐτὴν· καὶ ἠβούλετο ἀναλαβεῖν μὲν ἦν ἐκδέδωκεν ἀγωγὴν, διορθώσασθαι δὲ αὐτὴν ἢ καὶ ἐναλλάξαι καὶ ἐτέραν ἐκδοῦναι. Ἐπιλέγοντος δὲ πρὸς ταῦτα τοῦ ἐναγομένου προσήλθε βασιλεῖ, καὶ ἀντέγραψεν ὁ βασιλεὺς οὕτως· ἡ ἐκδεδομένη ἀγωγή τὸ εἶδος τῆς μελλούσης δίκης σαφηνίζει, ἦντινα ἀγωγὴν διορθοῦσθαι ἢ ἐναλλάττειν ἔξεστιν, ὡς ἡ τοῦ διηγετοῦς διατάγματος ὑπομνήσκει αὐθεντία ἢ ἡ τοῦ δικαιοδοτοῦντος διακρίνει δικαιοσύνη.

Secondo la lettura della fonte greca ⁴⁵, è possibile – a prescindere dal rilievo formale dell'*editio actionis* – ἀγωγὴν διορθοῦσθαι ἢ ἐναλλάττειν, sino addirittura ἐτέραν ἐκδοῦναι. Ritorna, quindi, l'idea della διόρθωσις che, nella metafora delle ὁδοί, rappresenta la riconduzione della parte, che fa un «passo falso» e segue una «deviazione» inutile, verso la «via maestra» predisposta dall'ordinamento per il raggiungimento dello scopo pratico enunciato nel libello: qui la questione appare radicarsi in un aspetto più specifico di '*aliud petere*', vale a dire un caso di '*minus / plus petere*' (con conseguente possibilità di περὶ πλείονος δὲ ἢ περὶ ἐλάττονος ποσότητος παρὰ τὴν ἀλήθειαν ἐκδοῦναι ἀγωγὴν) ⁴⁶, che la fonte tratta in termini del tutto analoghi. Si direbbe, quindi, che la cultura processuale della *cognitio*, venuta meno, come si diceva, la garanzia nell'attuazione del contraddittorio che era prerogativa della funzione giurisdizionale pretorile nel processo formulare, abbia progressivamente esteso l'ampiezza dell'*officium iudicis* sino a configurarne il ruolo di «garante della lealtà processuale» e della necessità che la sostanza della controversia non venisse ad essere, in ultima analisi, sovvertita da risultanze processuali in contrasto con la *rei veritas*.

Giunti a questo punto, non riterrei irragionevole proporre di leggere, per così dire, una tendenziale sovrapposizione – che peraltro, come vedremo, non è sufficiente per individuare una soddisfacente ricostruzione del fenomeno in esame – tra l'espressione τῆς ἀληθείας γνωρισθείσης che costituisce la parafrasi teofilina al '*cognita veritate*' che leggiamo in *Iust. Inst.* 4.6.35, e l'attività processuale, strumentale alla *litis contestatio*, che si risolve, per il giudice, nel dovere di '*rei qualitatem plena inquisitione discutere*'.

Sembra di potersi dire, quindi, che la ἀλήθεια preesista ad eventuali πταίσματα – «passi falsi» – dell'attore e che la διόρθωσις – «ripresa» della «strada maestra» – e, con essa, il problema di '*aliud petere*' possa considerarsi, innanzitutto, questione «preliminare» all'avvio vero e proprio del processo: a voler utilizzare ancora la metafora delle ὁδοί, il giudice, accertata la *rei veritas*, individua quale di esse, tra quelle che emergono nel *libellus*, è utile allo scopo pratico da questi enunciato, onde evitare πταίσματα e πλάναι («passi falsi» e «deviazioni»). In questo risiede il significato pratico (e, se vogliamo, etico) della '*plena inquisitio*' della '*rei qualitas*' funzionale alla *litis contestatio*. Si tratta, a ben vedere, di un'applicazione di quel principio di etica giudiziaria per cui «il processo viene visto come uno strumento di realizzazione di obbiettive esigenze di giustizia, di ristabilimento di un ordine violato, e non solo come meccanismo posto a disposizione delle parti nel loro esclusivo interesse» ⁴⁷; un processo in cui il compito del giudice nei confronti dell'attore è – come viene chiarito in *Nov.* 86.3 – quello di αὐτῷ φυλάξαι δίκαιον, '*ei servare iustitiam*' ⁴⁸.

Alla luce di questa impostazione della questione, le deduzioni che lo Zilletti trae da C.I. 3.9.1. e

⁴⁵ SCHELTEMA, A.I, Groningen, 1955, p. 398, ll. 6-15.

⁴⁶ Anche in *Ecl. Basil.* 7.18.16 (BURGMANN, «Ecloga Basilicorum», cit., 335, ll. 12-26), in occasione del commento a questa fonte, si fa l'esempio di una correzione di una pretesa errata nella quantità (problema, questo, esaminato in *Iust. inst.* 4.6.34 e in C.I. 3.10.1.3). Sul punto, rinvio a GORIA, *Restituzione della dote*, cit., 257 nt. 99. I due problemi – '*aliud petere*' e '*plus / minus petere*' – sono, quindi, connessi, e risolti in termini analoghi: cfr. per tutti PROVERA, *Lezioni*, cit., 229 ss.

⁴⁷ Così, testualmente, SITZIA, *L'azione*, cit., p. 175.

⁴⁸ SITZIA, *L'azione*, cit., p. 175 nt. 24.

C.I. 2.1.3, come esattamente rileva il Simon⁴⁹, non possono essere condivise: queste costituzioni non solo non provano l'immutabilità della domanda dopo la *litis contestatio* ma, anzi, contengono spunti compatibili con la differente costruzione proposta dalla dottrina dominante. L'attività di φυλάξαι δίκαιον, peraltro, viene in rilievo non soltanto nell'*initium litis*, ma anche nell'intero percorso processuale; sicché, se in questa fase del «viaggio» pare del tutto evidente che, tanto più ove si consideri che alle parti è consentito addirittura di *'quid novi addere'*, l'attore possa ovviare ad eventuali «passi falsi» ed evitare «deviazioni» rispetto alla strada che la legge gli mette a disposizione per soddisfare la propria pretesa, il problema si rivela significativamente più ampio, perché la possibilità, per l'attore, di «perimetrare la via» dell'azione esperita persiste, secondo uno scolio di Stefano che ora esamineremo, anche dopo la *litis contestatio*. Se dunque è vero che è possibile *'corrigere errorem'* nell'alveo della dialettica tra *narratio* e *contradictio* e, quindi, in occasione della *litis contestatio*, non sembrano per converso ravvisarsi ragioni sufficienti per escludere che tale possibilità fosse praticabile anche in un momento successivo del processo.

4. Chiarito, quindi, il significato, nel linguaggio teofilino, dei termini *παισιμα* e *πλάνη* in riferimento alla *διόρθωσις* alla luce della metafora delle ὁδοί, e quindi dell'espressione *τῆς ἀληθείας γνωρισθείσης* innanzitutto quale risultato pratico di quella *'plena inquisitio'* con cui il giudice «governa» la dialettica tra *narratio* e *contradictio*, dobbiamo porci ora il problema dell'individuazione del momento del processo in cui è possibile l'esatta individuazione e «perimetrazione» della pretesa nel «percorso» delle ὁδοί previste dall'ordinamento.

Sembra possibile, infatti, affermare che mentre l'attività di *'quid novi addere'* rappresenti una possibilità riservata alla fase antecedente la *litis contestatio*, la *διόρθωσις* di «passi falsi» e «deviazioni» dalla «strada maestra» presidiata dall'ordinamento, in quanto insuscettibili di incidere sulla posizione sostanziale delle parti, ancorché già «cristallizzatasi», non trovi alcun limite o preclusione, e continui a rimanere possibile.

Mi pare significativa, al riguardo, come già sottolineava il Provera⁵⁰, l'espressione teofilina ἐν αὐτῷ γὰρ τῷ δικαστηρίῳ che costituisce parafrasi di *'in eodem iudicio'* in *Iust. inst.* 4.6.35: essa, in quanto priva di particolari precisazioni, sembra indicare che questa possibilità persista in qualsiasi momento del processo.

E' importante, in questa prospettiva, analizzare i contenuti di

sch. 8 *ad Bas.* 15.2.11 Στεφάνου. Αὕτη γὰρ διαφορὰ τοῦ ἀγοραστοῦ καὶ τοῦ κατὰ δωρεὰν εἰληφότος. Ἐπὶ μὲν γὰρ τοῦ κατὰ δωρεὰν λαβόντος τρία ζητοῦμεν· ἵνα καὶ συλλάβῃ παρ'αὐτῷ καὶ τέκη, καὶ ἵνα κατὰ τὸν καιρὸν τῆς ἐναγωγῆς ἀγνοεῖ φουρτίβαν εἶναι τὴν θεραπείαν. Πῶς δὲ συμβαίνει τοῦτο, λέγω. Κινεῖ μὲν διρέκταν ἰν ῥέμ. Εἰ γὰρ ἠγνοεῖ φουρτίβαν εἶναι τὴν θεραπείαν, εἰκότως ἑαυτὸν ἐνόμιζεν δεσπότην· εἰ δὲ δεσπότην ἑαυτὸν νομίζει, διρέκταν κινεῖ πάντως ἰν ῥέμ. Κινεῖ οὖν τὴν διρέκταν. Ἀντιτιθεμένης δὲ αὐτῷ ἐν τῇ προκατάρξει <παραγραφῆς>, ὅτι καίτοι κλοπίμαιά ἐστὶν ἢ τοῦ τεχθέντος μήτηρ, ἀμειβει τὴν ἀγωγὴν καὶ [ἀντὶ ταύτης προτίθεται Πουβλικιανήν. Οἶδας γὰρ, ὅτι καὶ μετὰ προκατάρξιν ἐφεῖταί μοι ἀμειβεῖν τὸν ὄρον τῆς ἀγωγῆς. Ἦ μάλλον, ὅπερ ἀμεινον, οὕτως εἶπέ, ὅτι οἶδε μὲν ἀλλοτρίαν μετὰ τὴν τραδίτιονα τοῦτο μαθὼν, ἔτι δὲ καὶ νῦν ἀγνοεῖ, ὅτι κλοπίμαιά ἐστίν.

Qui Stefano⁵¹ discute della possibilità, per l'attore, di mobilitare – a seguito della *contradictio* del convenuto – la *Publiciana* quando originariamente aveva mobilitato la *rei vindicatio*⁵². Egli commenta, infatti, D. 6.2.11.3 (Ulp. 16 *ad ed.*)⁵³, in cui si legge che, qualora l'attore risulti donatario della madre di un *par-*

⁴⁹) SIMON, *Untersuchungen*, cit., 124 ss.

⁵⁰) Cfr. PROVERA, *Pluris petitio*, II, cit., p. 101.

⁵¹) SCHELTEMA, B.III, Groningen, 1957, p. 898, ll. 21-32.

⁵²) Nel linguaggio giustiniano l'espressione *διρέκτα ἰν ῥέμ ἀγωγή* fa riferimento, come avviene anche in questo testo, alla *rei vindicatio*: cfr. sul punto G. THÜR, *Justinians Publiciana und directa 'in rem'*, in «ZSS.», LXXXIX, 1972, p. 366 ss., e SITZIA, *L'azione*, cit., p. 172 e nt. 10.

⁵³) *'Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi et apud me conceperit et peperit, competet mihi in partu Publiciana, ut Iulianus ait, si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem'*.

tus nato e concepito presso di lui, può agire *in rem* con la *Publiciana* per rivendicare il figlio della schiava, purché ignori la provenienza furtiva di quest'ultima al momento dell'esperimento dell'azione.

Pur prescindendo del tutto, in questa prospettiva d'indagine, dai problemi che il testo può porre – anche dal punto di vista di qualsiasi eventuale tentativo di ricostruzione del suo sostrato classico, aspetto, questo, irrilevante ai nostri fini d'indagine – in ordine alla ricostruzione della fattispecie sostanziale⁵⁴, è importante sottolineare – riprendendo lo spunto del Gorja⁵⁵ – l'affermazione di Stefano – che non mi pare venga analizzata dallo Zilletti⁵⁶ – riguardo la possibilità di «perimetrare» il «confine dell'azione» anche dopo la *litis contestatio*: οἰδας γάρ, ὅτι καὶ μετὰ προκάταρξιν ἐφεῖταί μοι ἀμείβειν τὸν ὅρον τῆς ἀγωγῆς. È evidente, quindi, che anche a seguito dell'esaurirsi della dialettica tra *narratio* e *contradictio* è possibile procedere alla διόρθωσις di πταίσματα e πλάνα: in questo specifico caso, si tratterebbe di una precisazione relativa alla αἰτία nel senso precisato da Teofilo nella parafrasi a *Iust. inst.* 4.6.35.

Il ricorso, poi, al termine ὅρος, ad indicare – con una connessione terminologica da non sottovalutarsi con *de act.* 1⁵⁷ – il «confine» della ἀγωγή, potrebbe qui fare ancora riferimento, come si accennava, alla metafora delle ὁδοί⁵⁸: esso potrebbe rappresentare, infatti, figuratamente proprio i «limiti della retta via da percorrere» rispetto alle inutili «deviazioni» da essa, limiti che impongono di evitare quei «passi falsi» che sarebbero ostativi alla soddisfazione della pretesa azionata. L'attore, quindi, può e deve «ritornare sui suoi passi», riportarsi all'interno del confine della strada tracciata dalla legge e riprendere, quindi, l'unico percorso consentito per il raggiungimento dello scopo pratico esplicitato nel *libellus*. In questa prospettiva, in altri termini, da un lato parlare di ὅρος τῆς ἀγωγῆς equivarrebbe a parlare di ὅρος τῆς ὁδοῦ; dall'altro espressioni come ὀρίζεσθαι τὴν ἀγωγὴν (*de act.* 1) e ἀμείβειν τὸν ὅρον τῆς ἀγωγῆς (*sch.* 8 ad Bas. 15.2.11) farebbero riferimento, rispettivamente, all'attività di 'definire actionem'⁵⁹ al momento dell'invio del *libellus* e, quindi, alla possibilità di procedere, se necessario, ad una nuova 'definitio actionis' – vale a dire una nuova 'definitio viae' – in ragione del «dipanarsi» della dialettica processuale.

In questo senso, la διόρθωσις riguarderebbe in linea di principio la possibilità di precisare la pre-

⁵⁴ Non posso qui affrontare compiutamente un problema di così ampia portata: rinvio, quindi, alle considerazioni svolte, di recente, da C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *El problema de buena fe en la «usucapio pro donato»*, in «Index», XXIX, 2001, p. 339 ss., in particolare p. 341 s. e 344 ss. (ivi altra letteratura), nonché ad un contributo di Maria Virginia Sanna, di prossima pubblicazione, in cui verrà esaminato diffusamente questo tema.

⁵⁵ GORJA, *Restituzione della dote*, cit., p. 257 nt. 99.

⁵⁶ Stando all'*index fontium* di *Processo civile giustiniano*, cit., p. 281 ss.

⁵⁷ Ἐν τῷ διαπέμπεσθαι βιβλίον ἀνάγκη ὀρίζεσθαι τὴν ἀγωγὴν. Cfr. F. SITZIA, *De actionibus. Edizione e commento*, Milano, 1973, p. 32 e 126 s. per il significato di ὀρίζεσθαι come 'definire', nonché GORJA, *Restituzione della dote*, cit., p. 255 nt. 93, che – in adesione a tale proposta – vede esattamente una connessione anche con *sch.* 22 ad Bas. 14.1.6 (SCHELTEMA, B.II, Groningen, 1954, p. 712, l. 15) nonché con la fonte papirologica riportata a p. 252 nt. 90; cfr., infine, SIMON, *Untersuchungen*, cit., 41 s., e PROVERA, *Pluris petitio*, II, cit., p. 102 ss. In ogni caso, escluderei di poter sovrapporre le espressioni ὀρίζεσθαι τὴν ἀγωγὴν e ἀμείβειν τὸν ὅρον τῆς ἀγωγῆς: la prima indica, in questa prospettiva, il 'definire actionem' al momento della predisposizione del *libellus*; la seconda l'intervento correttivo sulla *definitio* già intervenuta (un ὅρος già esiste, anche se non correttamente individuato). L'attività processuale, in entrambi i casi, si risolve dunque, a mio avviso, nella «perimetrazione», eventualmente successiva, della ὁδός.

⁵⁸ Cfr. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, cit., II, sv. ὅρος, p. 825, e LIDDEL, SCOTT, *A Greek-English Lexicon*, cit., sv. ὅρος, p. 1255 s., anche per la possibile connessione con il termine ὁδός. Di particolare interesse, nella nostra prospettiva, è il riferimento di LIDDEL, SCOTT, *op. cit.*, ivi, ad Aesch., *Ag.* 1154 s. (πῶθεν ὁρους ἔχεις θεοπεσίας ὁδοῦ κακορρήμονας); nonché le preziose osservazioni, al riguardo, di E. FRAENKEL, «Aeschylus Agamemnon», III, Oxford, 1950, p. 529 s.: egli chiarisce che «a ὅρος marks the boundary of a piece of ground ... as also of a road» ed in ordine al sintagma ὅρος τῆς ὁδοῦ, che qui interessa, adduce altre significative testimonianze letterarie e, soprattutto, epigrafiche (si tratta di cippi terminali: cfr. al riguardo M. GUARDUCCI, *Epigrafia greca*, II, Roma, 1969, 430 ss., con particolare riferimento al documento riportato a p. 436, che indicava il confine – ὅρος – della via sacra – ὁδός – che collegava Atene al santuario eleusino, onde delimitarne il percorso rispetto ai fondi che essa attraversava). Che, quindi, ὅρος possa riferirsi alle ὁδοί appare, di per sé, concepibile da un punto di vista linguistico e pratico; l'intero sintagma, poi, può intendersi nella chiave metaforica qui evidenziata anche alla luce della considerazione che i termini ὅρος e ὀρίζειν (cfr. *supra*, nt. 57) sono normalmente riferiti al linguaggio giuridico: cfr. al riguardo ancora FRAENKEL, *op. cit.*, II, p. 243 s., nonché LIDDEL, SCOTT, *op. cit.*, sv. ὅρος, p. 1256, e sv. ὀρίζω, p. 1251.

⁵⁹ SITZIA, *De actionibus*, cit., 126 s.

tesa, stante l'indipendenza dei contenuti di essa dal *nomen actionis* indicato nel *libellus*: il suo presupposto è un «passo falso» che si risolve in una «deviazione» dal percorso della ὁδός incidente sulla possibilità di realizzare lo scopo pratico dell'azione. Gli esempi presentati nelle *Institutiones* e nella sua lettura teofilina, non a caso, costituiscono «incidenti» relativi sia alla formulazione del *petitum*, sia alla esplicitazione della *causa petendi*: nel primo caso – relativo al *πρόγμα* – in *Iust. inst.* 4.6.35 viene in rilievo il «passo falso» nell'individuazione del nome dello schiavo oggetto della lite; nel secondo – relativo alla *αἰτία* – l'obbligazione di *dare* in senso tecnico è mobilitata formalmente *ex testamento*, quando invece avrebbe dovuto mobilitarsi *ex stipulatu*, e viceversa: il rapporto processuale, storicamente affermatosi, come noto, in *iudicia stricti iuris* di identica struttura formulare, essendo in fin dei conti il medesimo, consente all'attore di «tornare indietro» dalla «deviazione» che sarebbe ostativa alla sua soddisfazione; analoga prospettiva, evidentemente, sottende la soluzione di Stefano in *sch. 8 ad Bas.* 15.2.11, ove si consideri che la *Publiciana*, nel «modello culturale» formulare, altro non è che la *formula petitoria* integrata, fondamentale, dalla *fictio 'si anno possedisset'* ⁶⁰.

Due punti, peraltro, devono essere, a mio parere, sottolineati.

In primo luogo, infatti, il contemperamento d'interessi tra esigenza di giustizia sostanziale, che implica un dovere del giudice di *'servare iustitiam'* all'attore, e principio dispositivo non implica una deroga netta a quest'ultimo: è comunque necessario, sia pur nella logica della *'plena inquisitio'*, del dovere di *'audire'*, *'examinare'*, *'interrogare'* alla ricerca della *'rei qualitas'* e della *'veritatis cognitio'*, un impulso di parte che implichi il ristabilimento del percorso processuale da svolgersi; sicché il principio discusso in *Bas.* 7.18.16 alla luce del precetto normativo di C.I. 2.1.3, or ora esaminato, doveva verosimilmente implicare una nuova *editio actionis*, specie qualora la *πλάνη* riguardasse la *αἰτία* ⁶¹; e, quindi, in fin dei conti, nello stesso processo, una nuova *litis contestatio* ⁶².

Si può dire, peraltro, che qualora l'attore incorso in errore, pur in buona fede non procedesse a riprendere la «retta via», insistendo nel percorrere un «sentiero» diverso dalla ὁδός prevista dalla legge, avrebbe potuto vedersi rigettare la domanda; ma avrebbe pur sempre potuto riproporla, ove si supponga che il modello di Gai., *inst.* 4.55 offrisse comunque, per gli *antecessores* – che mostrano di avere una conoscenza piuttosto puntuale della dimensione storica del processo formulare sul piano della sua tradizione culturale e pratica ⁶³ – valide ragioni tecniche per ammettere una soluzione in tal senso. E' ragionevole, quindi, come credo si possa desumere anche da C.I. 7.57.5 (*'subscriptionem ad libellum datam talem, quae diversam partem in possessionem fundi mitteret, vicem rei iudicatae non obtinere non ambigitur'*), che la sentenza resa su domanda inesattamente formulata non implicasse preclusione – derivante dal giudicato – alla riproposizione della stessa domanda ove emendata dall'errore in cui incorresse la parte nel primo processo.

In secondo luogo, le fonti a nostra disposizione fanno riferimento, in buona sostanza, alla posizione processuale dell'attore: l'individuazione delle ὁδοί secondo il precetto di C.I. 7.40.3, e la «garanzia» sul loro percorso esplicitata in *Iust. inst.* 4.6.35 riguardano, infatti, unicamente la preoccupazione che non sia frustrata la domanda di giustizia di chi rediga genericamente il *libellus conventionis*, od incorra in *πταίσματα* e consequenziali *πλάναι*.

Il problema del tendenziale «sincretismo delle azioni», tuttavia, doveva essere verosimilmente più ampio: doveva riguardare, cioè, in certi casi anche la posizione del convenuto, ove si consideri che C.I. 3.1.9, come abbiamo visto, statuisce che l'attività di *'quid novi addere'* – e, quindi, la dialettica tra *narratio* e *contradictio* in cui si risolve la *litis contestatio* – *'ad alterutram partem proficit'*. In altri termini, il dovere del giudice di accertare la *rei qualitas* e garantire fini di giustizia sostanziali, non sovvertibili

⁶⁰ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* ³, Leipzig, 1927, rist. Aalen, 1956, p. 169 ss. e in particolare p. 171.

⁶¹ Condivido, quindi, la lettura del GORIA, *Restituzione*, cit., p. 257 nt. 99; ma cfr. anche *ivi*, p. 255 e nt. 94.

⁶² Cfr. ancora GORIA, *Restituzione della dote*, cit., p. 256 nt. 98.

⁶³ Cfr., infatti, quanto si rileva in KASER, HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 616; si veda, inoltre, circa l'importanza culturale dei «modelli processuali formulari» nella procedura *per libellos*, l'opera (pubblicata postuma) di P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien*, s.l., 1947, p. 182 ss., in particolare p. 204 ss.

dal formalismo processuale, non è posto dall'ordinamento a presidio della sola posizione dell'attore, ma anche a quella del convenuto⁶⁴; sicché l'individuazione della ὁδός da parte del giudice parrebbe conseguire non tanto alla sia pur indefettibile valutazione del contenuto dello ὀρίζεσθαι τὴν ἀγωγὴν da parte del primo, quanto piuttosto all'interpretazione delle allegazioni che emergano nella successiva dialettica processuale che dà luogo alla προκάταρξις.

E' quanto avevo ipotizzato⁶⁵ – e tuttora continuo a ritenere plausibile – a proposito della possibilità, per l'exercitor, di fare la *noxae deditio* qualora convenuto in giudizio per danni o furti avvenuti *in nave, in caupona, in stabulo* con le *actiones in factum contra nautas, caupones et stabularios* che, a mio parere, nel diritto classico non erano nossali per ragioni altrove ampiamente discusse⁶⁶. In questo caso, il «sincretismo delle azioni» deve aver implicato addirittura un riflesso sostanziale sulla disciplina in concreto applicabile per il *quasi maleficcium* degli *exercitores*. Infatti, ad ulteriore precisazione di quanto avevo a suo tempo rilevato, troverei ragionevole pensare che, una volta redatto il *libellus conventionis* περί κλοπῆς οὐ περί ζημίας, il giudice giustiniano, nell'ambito della dialettica della *litis contestatio*, avrebbe potuto ritenere percorribili diverse ὁδοί, vale a dire, fondamentalmente, per limitarci alle ipotesi di responsabilità extracontrattuale dell'exercitor, le antiche azioni civili così come le azioni onorarie, che nell'esperienza del VI secolo d.C. rientrano nella categoria concettuale dei cd. quasi delitti, tanto più ove si consideri che, in tali casi, viene pur sempre dedotto un medesimo fatto storico, e non ἀμαρτήματα diversi, ipotesi, quest'ultima, che la cultura processuale bizantina, sia pur negli sviluppi medievali dell'esperienza pratica di C.I. 7.40.3, mostra comunque di trattare in termini «sincretistici»⁶⁷.

A questo punto, in ragione della particolare configurazione dell'attribuzione di responsabilità all'exercitor in difetto di una sua sostanziale ῥαθυμία, il tendenziale «sincretismo» nella qualificazione dell'azione, che come abbiamo visto prescinde dall'esplicitazione di uno specifico *nomen actionis*, avrebbe potuto indurre il giudice a consentire all'exercitor, in ragione della τοῦ δικαιοδοτοῦντος δικαιουσύνη e della conseguente valutazione circa la meritevolezza di 'venia' da parte del convenuto, di fare la *noxae deditio* – in questi casi a mio parere formalmente praticabile, dal punto di vista della sua genesi storica, soltanto nelle azioni civili di danno e furto – di eventuali propri *servi* autori del danno o del furto oggetto della lite.

Da questo punto di vista, i testi che in D. 4.9.7.4 (Ulp. 18 *ad ed.*)⁶⁸ e D. 47.5.1.5 (Ulp. 38 *ad*

⁶⁴ Del resto, il dovere del giudice di rispettare la *rei veritas* sembrerebbe connotarsi per un'acribia se possibile ancor più significativa nel processo che si svolga in contumacia dell'attore (cfr. VAN DER WAL, *Manuale Novellarum*, cit., p. 176, KASER, HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 574 s.). Al riguardo, cfr. *Nov.* 112.3.2 (*damus licentiam iudici et absente adversario partis permanentis allegationes secundum nostras leges examinare et veritate subtilius requisita legitimam proferre sententiam*), ove deve essere sottolineata, a mio avviso, l'espressione 'veritate subtilius requisita' (τῆς ἀληθείας ἀκριβῶς ζητούμενης), con cui il legislatore esprime l'esigenza di un dovere di 'plena inquisitio' «rafforzato» (*subtilius/ἀκριβῶς*) rispetto alla sua normale connotazione processuale in ragione dell'attuazione di un contraddittorio «anomalo», come tale presidiato da particolari cautele (sul punto cfr. in part. ZILLETI, *Processo civile giustiniano*, cit., p. 71 s., 82 s. e 192 s.).

⁶⁵ Cfr. il mio *Exercitor*, cit., p. 117 ss., in particolare p. 118 nt. 36.

⁶⁶ Sostengo questa tesi per quanto concerne la *formula in factum* date contro l'exercitor libero (cfr. *Exercitor*, cit., p. 99 ss., in particolare p. 109 ss. e p. 130 ss.), mentre ritengo ammissibile un meccanismo processuale che consentisse l'inserzione della clausola nossale nella *formula adversus dominum exercitoris* (cfr. *ivi*, p. 223 ss.).

⁶⁷ Un'interessante prospettiva in tal senso mi pare esplicitata – quantunque anche in questo caso dal punto di vista dell'attore – nel commento che figura in *Edl. Basil.* 2.2.229.3 in ordine alla possibilità di domandare giustizia in ragione di ἀμαρτήματα diversi, senza che possa ritenersi ostativo alle ragioni dell'attore il *nomen actionis* (BURGMANN, «*Ecloga Basilicorum*», cit., p. 78 ll. 9-24, in particolare ll. 20 s.: τῷ δὲ ὀνόματι τῆς ἐνοχῆς πᾶν δηλοῦται ἀμάρτημα, καὶ ἀμφοτέρως τὰς ἀγωγὰς, ἴθουν τὴν περὶ ἀναρχίας καὶ τὴν περὶ κλοπῆς, ἔδοξα καταγαγεῖν εἰς τὸ δικαστήριον). Per la datazione dell'*Ecloga Basilicorum*, cfr. l'Einleitung di BURGMANN, «*Ecloga Basilicorum*», cit., p. XVI s.

⁶⁸ D. 4.9.7.4 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, [culpa scilicet suae qui tales adhibuit]: et ideo et si decesserint, non relevabitur. [Servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur: nam cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint: in suis venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit]*. Cfr. quanto dico in *Exercitor*, cit., p. 109 ss.; *contra*, cfr. F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, p. 170 ss., in particolare p. 173 ss., P. GRÖSCHLER, «*Actiones in factum*». Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich, Berlin, 2002, p. 74 ss. Espone la tesi tradizionale, pur rilevando la problematicità della questione, A. PETRUCCI, in P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico* 2, Torino, 2004, p. 295 ss., in particolare p. 298.

ed.)⁶⁹ consentono – rispettivamente nell'*actio damni in factum* e nell'*actio furti in factum* – la *noxae deditio* all'*exercitor* ove risulti '*venia dignus*' rappresentano interpolazioni del testo ulpiano giustificate da una ben precisa prospettiva processuale, in cui la possibilità di leggere nel *libellus conventionis* la deduzione, a favore dell'attore, del '*ius suum omne*', doveva rappresentare per converso, nella prassi, anche un momento a difesa del convenuto, che avrà invocato l'applicazione di un istituto riconducibile ad una diversa ὁδός – l'azione civile di danno o furto – comunque ritenuta praticabile ogni qual volta l'accertamento della '*rei qualitas*' lo esigesse.

In altri termini, per una ragione di «giustizia sostanziale», l'ordinamento ravvisa la necessità di differenziare, consentendo «eccezioni in diminuzione della condanna»⁷⁰, le ipotesi di responsabilità connotate da ῥαθυμία da quelle in cui la ῥαθυμία non si ravvisa affatto: il '*ius omne*' dell'attore non viene frustrato, cioè, qualora il giudice eventualmente applichi il «regime» della nossalità, storicamente proprio delle azioni extracontrattuali di danno e furto del *ius civile* e non anche delle *actiones damni* e *furti in factum*, a favore dell'*exercitor* che dimostri l'inesistenza di una propria ῥαθυμία e, pertanto, possa ritenersi '*venia dignus*'. Del resto, proprio nell'ambito del rapporto tra *actio noxalis* e *actio directa* riscontriamo, secondo il Provera, un caso di applicazione della disciplina dettata da *Iust. inst.* 4.6.35: egli, infatti, sulla scorta di *Bas.* 60.5.4.3⁷¹, esattamente sottolineava come «una *mutatio libelli*, e precisamente il passaggio dall'*actio noxalis* all'*actio suo nomine*, era consentita sino al termine del processo, πρὸ ψήφου μέντοι. E lo scolio 11 rinvia appunto a *Inst.* 4.6.35»⁷².

Lo ὄρος τῆς ἀγωγῆς doveva essere, quindi, suscettibile di una specifica *definitio*, in questi casi, a seconda della configurazione della '*rei qualitas*' con cui nel processo veniva a connotarsi la valutazione della condotta – qualificata da ῥαθυμία o meno⁷³ – dell'*exercitor*: si può ragionevolmente im-

⁶⁹ D. 47.5.1.5 (Ulp. 38 ad ed.): '[*Servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat. Cur ergo non exercitor condemnentur, qui servum tam malum in nave admisit? Et cur liberi quidem hominis nomine tenentur in solidum, servi vero non tenentur? Nisi forte idcirco, quod liberum hominem adhibens statuere debuit de eo, qualis esset, in servo vero suo ignoscendum sit ei quasi in domestico malo, si noxae dedere paratus sit. Si autem alienum adhibuit servum, quasi in libero tenetur*]' L'intero paragrafo costituisce, a mio avviso, un'interpolazione: cfr. quanto dico in *Exercitor*, cit., p. 122 ss., in particolare p. 130 ss.; *contra*, cfr. SERRAO, *Impresa*, cit., p. 170 ss., e GRÖSCHLER, «*Actiones in factum*», cit., p. 74 ss. Sul punto cfr. ancora PETRUCCI, in *Diritto commerciale romano*, cit., p. 296 s.

⁷⁰ Cfr. KASER, HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 585 s.; cfr. anche quanto rilevo in *Exercitor*, cit., p. 96 nt. 143 (ivi altra letteratura).

⁷¹ SCHELTEMA, A.VIII, Groningen, 1988, p. 2775, ll. 14-17: εἴτε τὴν νοξαλίαν εἴτε τὴν ἰδίῳ ὀνόματι κινήσει, δύναται (πρὸ ψήφου μέντοι) καταλιμπάνειν αὐτὴν καὶ τὴν ἑτέραν κινεῖν· μετὰ δὲ ψήφου ἐπὶ τῷ παντὶ πράγματι ἀντίκειται ἢ περὶ τοῦ πράγματος κρίσις, ἣτις ἐκβάλλει τὸν ἐνάγοντα. Cfr. D. 9.4.4.3 (Paul. 3 ad ed.): '*Si detracta noxae deditio quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius: [absolutione facta et finito iudicio] amplius agendo cum noxae deditio exceptione rei [iudicatae] summovebitur, quia res in superius iudicium deducta [et finita] est. [Donec autem prius iudicium agitur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda paeniteat, tunc ad noxalem causam transire]. Contra quoque si cum eo qui scit cum noxae deditio actum sit, amplius in dominum detracta noxae deditio danda actio non est: [in ipso autem iudicio si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus]*'. Le interpolazioni qui segnalate sono quelle che figurano in «*Corpus Iuris Civilis*», I¹⁶, «*Institutiones. Digesta*» (rec. P. KRÜGER, TH. MOMMSEN), Berlin, 1954, p. 165: sul passo cfr. comunque l'esegesi di B. ALBANESE, *Sulla responsabilità del «dominus sciens» per i delitti del servo*, in «*BIDR.*», LXX, 1967, p. 159 ss., in particolare p. 166 ss.

⁷² PROVERA, *Pluris petitio*, II, cit., 101. Cfr. *sch.* 8 ad *Bas.* 60.5.4 (SCHELTEMA, B.VIII, cit., p. 3188, ll. 3-5): ἐφόσον δὲ ἤρηται τὸ πρῶτον δικαστήριον τὸ ὡς κατὰ τοῦ συνειδότης δεσπότης κινήθην, ἔξεστι τῷ ἐνάγοντι μεταμεληθῆναι καὶ πρὸς τὴν νοξαλίαν μεταλθεῖν μήκει μεμνημένης τῆς συνειδέσεως τοῦ δεσπότητος; *sch.* 13 ad *Bas.* 60.5.4 (ivi, p. 3188, ll. 25-28: si tratta dello scolio cui fa riferimento il Provera, che citava da «*Basilicorum Libri LX*», ed. C.G.E. HEIMBACH, V, Leipzig, 1850, p. 341): γενικῶς δὲ εἴρηται πρὸς τὸ τέλος τῆς δ' ἰνστιτ., ὅτι εἴαν τις ἕτερον ἀνθ' ἑτέρου πράγμα ἀπαιτήσῃ ἢ τὸ χρεωστούμενον διὰ τῆς ἐξιστιουλότου ἀπαιτήσῃ διὰ τῆς ἐξεσταμένου, δύναται τὴν πλάνην ἐν τῷ αὐτῷ δικαστηρίῳ διορθοῦσθαι. Cfr. anche *sch.* 16 ad *Bas.* 60.5.4 (ivi, p. 3189, ll. 5-8). Per lo ZILLETTI, *Processo civile giustiniano*, cit., 133 ss., la testimonianza di *Bas.* 60.5.4.3 non sarebbe significativa in quanto, in fin dei conti, tanto nell'azione nossale quanto in quella *servi nomine* sussisterebbe comunque una *eadem res*, sicché non verrebbe in rilievo una specifica norma processuale, ma un'applicazione sostanziale del «regime» del concorso di azioni; inoltre, in questi casi la parte non verrebbe in un caso di errore (al riguardo, in senso fortemente critico, cfr. SIMON, *Untersuchungen*, cit., 130 s.).

⁷³ Si consideri, infatti, che il criterio soggettivo di responsabilità che connota l'azione civile nossale, nella cultura giustiniana, appare lo stesso – vale a dire il «colore di colpa» – che viene in rilievo nel caso della responsabilità quasi delittuale dell'*exercitor*, che normalmente si configura senza che venga in rilievo una ῥαθυμία: ciò che consente di considerarlo '*venia dignus*' e, di conseguenza, di consentirgli la *noxae deditio*: cfr., al riguardo, quanto dico in *Exercitor*, cit., p. 72 ss., 115 e n. 31, nonché p. 90 ss. a proposito della configurazione dell'azione aquiliana nossale e del

maginare, quindi, che ove l'attore mobilitasse – come sarà normalmente accaduto – l'azione deducendo una responsabilità *suo nomine* dell'*exercitor* (D. 4.9.7.4 [Ulp. 18 *ad ed.*]: '*hac autem actione exercitor suo nomine tenetur*') fosse quest'ultimo ad invocare, a propria difesa, una condanna meno gravosa (la condanna nossale: '*servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur*') deducendone i presupposti dall'applicabilità – giustificata dall'allegazione di un *factum servorum* e quindi dell'inesistenza di una propria *ῥαθυμία* – di un istituto, quale la *noxae deditio*, storicamente rilevante soltanto nell'antica *ὁδὸς civilis*, che tuttavia ormai si «incrocia» con quella onoraria; e che, per converso, qualora fosse stata mobilitata sin dall'inizio la *ὁδὸς noxalis*, l'attore avrebbe pur sempre potuto, '*in eodem iudicio veritate cognita*', domandare la condanna al *duplum* ove ne fossero emersi i presupposti nell'ambito della dialettica processuale, come consentito da *Iust. inst.* 4.6.35. In altri termini, venuta meno, dal punto di vista pratico, la distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium*, nella prospettiva che è propria del rapporto tra C.I. 7.40.3 e *Iust. inst.* 4.6.35 l'«incrocio» tra un'*actio poenalis civilis* e un'*actio poenalis in factum* connotate, in fin dei conti, da identità di *petitum* sostanziale dà luogo ad un problema di *αἰτία ἀμαρτάνειν*, la cui soluzione appare a mio parere del tutto sovrapponibile al problema dello *ἀμείβειν τὸν ὄρον τῆς ἀγωγῆς* che, nell'argomentazione di Stefano in *sch. 8 ad Bas.* 15.2.11, consegue – non a caso – ad un altro «incrocio» tra un antico rimedio civile ed uno onorario, in questo caso ambedue reipersecutorii, vale a dire tra la *rei vindicatio* e la *Publiciana in rem actio*.

Il «regime» nossale costituisce, in quest'ottica, un ragionevole temperamento d'interessi⁷⁴, probabilmente originato da una prassi processuale che doveva vedere le *ὁδοὶ* delle antiche azioni civili ed onorarie almeno parzialmente sovrapporsi sino ad influenzare la costruzione sostanziale delle *actiones in factum contra nautas, caupones et stabularios*, presupposto degli interventi emblematici da me ipotizzati in D. 4.9.7.4 (Ulp. 18 *ad ed.*) e D. 47.5.1.5 (Ulp. 38 *ad ed.*), da considerarsi ormai diritto normalmente applicato nel VI secolo.

5. La terminologia tecnica sinora esaminata – *παῖσιμα, πλάνη, ὄρος, διόρθωσις* – appare, per un verso o per l'altro, compatibile con l'idea della metafora delle *ὁδοὶ* che connota, secondo la tesi qui seguita, il linguaggio novellare.

Alla luce di questa (ulteriore) possibilità interpretativa, siamo ora forse in grado di dare una risposta agli interrogativi che, seguendo il Gorla, ci siamo posti all'inizio di questa ricerca. Tenuto conto della priorità storica di C.I. 7.40.3 rispetto al dettato normativo di *Iust. inst.* 4.6.35, al problema se deve intendersi quest'ultimo «come relativo alla possibilità di correggere l'inesatta indicazione dell'oggetto della domanda o del *nomen actionis* ... mantenendo ferma la pretesa sostanziale»⁷⁵ deve darsi, a mio parere, risposta positiva.

C.I. 7.40.3 indica, a mio avviso, un principio processuale strettamente connesso con quello che emerge da *Iust. inst.* 4.6.35. Il potere-dovere, per il giudice giustiniano, di qualificare la *ὁδὸς* da percorrere tra quelle che emergono dal contenuto sostanziale del libello, e di garantire, '*plena inquisitione*' e '*veritate cognita*', anche dopo la *προκάταρξις*, la *διόρθωσις* di *παῖσιματα* e *πλάναι*, costituiscono due aspetti diversi di un identico fenomeno, la cui chiave di lettura è, a mio parere, la metafora delle *ὁδοὶ* cui fa riferimento il *Sitzia*.

L'azione è, cioè, una «via», un percorso tipico e prestabilito dell'ordinamento per il raggiungimento di un determinato scopo pratico, che l'attore enuncia con la redazione del *libellus*. Qualsiasi «passo falso» o «deviazione» da questo percorso che conduce sino alla sentenza, ove si ponga in contrasto con la '*rei qualitas*', deve essere eliminato: sicché incombe al giudice il potere-dovere non solo di qualificare la domanda (C.I. 7.40.3), così individuando l'esatto percorso del processo fra le varie possibilità che emergono dall'atto introduttivo, ma anche di evitare che, durante questo cammi-

suo rapporto con quella *directa* e, quindi, al rapporto tra agire *servi nomine* e *suo nomine*.

⁷⁴ Su questo problema, rinvio ancora al mio *Exercitor*, cit., p. 208 ss., in particolare p. 215 ss., per una proposta di «analisi economica» della questione.

⁷⁵ GORLA, *Restituzione della dote*, cit., p. 257 nt. 99.

no, la parte che chiede giustizia imbocchi sentieri che non portano ad alcun risultato pratico (*Iust. inst.* 4.6.35).

In buona sostanza, «la macchina processuale, una volta messa in moto, deve giungere fino al suo sbocco naturale, la risoluzione della controversia secondo legge (*donec causam finem secundum legem accipiat*)»⁷⁶: di conseguenza, alla domanda «se e in quali limiti la facoltà di mutamento o rettifica della domanda esistesse già al momento di C.I. 7.40.3, o se siano invece state le scelte operate da quest'ultima legge a determinare o influenzare la redazione del passo delle Istituzioni»⁷⁷ potrebbe ragionevolmente risponderci nel senso che è verosimile che una grande linea di tendenza propria della prassi⁷⁸, recepita in quest'ultimo provvedimento normativo, abbia circa due anni più tardi contribuito, in sede di redazione delle *Institutiones*, a far insorgere l'esigenza di precisare che ciò che per Gaio appariva del tutto evidente (*palam est*)⁷⁹ costituisce ora un *elementum* dell'ordinamento: la circostanza, cioè, che nel processo civile «passi falsi» e «deviazioni» dalla ὁδός dovevano considerarsi sempre emendabili, tanto più ove si consideri che la «retta via», del resto, deve essere percorsa fino in fondo, μέχρις ὅτου τὸ πρᾶγμα πέρας δέξεται κατὰ τοὺς νόμους⁸⁰, perché sino in fondo persiste il dovere etico – prima ancora che giuridico – del giudice di φυλάξαι δίκαιον⁸¹. Come esattamente sostiene la dottrina dominante, dunque, anche da questo punto di vista è ragionevole affermare che non doveva esistere alcun regime di preclusione processuale alla possibilità, per l'attore, di ritornare sui propri «passi falsi» e rientrare dalle «deviazioni» dalla «retta via», onde raggiungere con essa lo scopo pratico sostanziale enunciato nel libello.

⁷⁶) SITZIA, *L'azione*, cit., p. 175.

⁷⁷) GORIA, *Restituzione della dote*, cit., p. 257 nt. 99.

⁷⁸) GORIA, *Restituzione della dote*, cit., p. 250.

⁷⁹) Gai., *inst.* 4.55. Cfr. *supra*, nt. 14.

⁸⁰) *Nov.* 112.3.2. Cfr. SITZIA, *L'azione*, cit., p. 174 s.

⁸¹) *Nov.* 86.3. Cfr. ancora SITZIA, *L'azione*, cit., p. 175.