

SULL'ASSENZA DAL GIUDIZIO NEL PROCESSO PENALE ROMANO

SOMMARIO: 1. La condanna degli assenti; — 2. L'*accusatio* degli assenti (testi e questioni). — 3. Presupposti per l'esame dei problemi: le due forme di repressione penale, la distinzione fra crimini capitali e non capitali, il duplice concetto di assenza. — 4. La tesi del Wlassak della evoluzione classica e della condanna nei crimini non capitali. Critica. — 5. Ricostruzione del pensiero classico in base alla differenza tra repressione ordinaria e straordinaria. Esegesi dei DD. 48, 19, 5 e 48, 17, 1. Distinzione classica tra crimini ordinari e crimini repressi *extra ordinem*, e criterio postclassico delle pene comminande. — 6. L'*adnotatio* classica: sua applicazione nella repressione straordinaria. La condizione dell'accusato nella procedura ordinaria. — 7. La *contumacia* classica intesa come astensione deliberata ed applicabile solo nella procedura *extra ordinem*. — 8. Altri testi sulla condanna degli assenti. — 9. La possibilità dell'accusa degli assenti. — 10. La difesa degli assenti: testi e questioni. — 11. Teorie di giuristi e critica. L'intervento del procuratore nella repressione ordinaria e la *excusatio* nella straordinaria. — 12. La difesa di altri nel giudizio di appello. Esegesi di D. 49, 9, 1. La distinzione classica e la successiva fusione.

1. — Ulp. 5189 D. 48, 19, 5 pr. (l. 7 de off. proc.):

- (a) Absentem in criminibus damnari non debere divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit. Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Traianus Adsidio Severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.
- (b) Adversus contumaces vero, qui neque denuntiationibus neque edictis praesidium obtemperassent, etiam absentes pronuntiari oportet secundum morem privatorum iudiciorum. Potest quis defendere haec non esse contraria. Quid igitur est? (c) Melius statuatur in absentes pecuniarias quidem poenas vel eas, quae existimationem

contingunt, si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse et usque ad relegationem procedi: verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metallum vel capitis poenam, non esse absentibus irrogandam.

Prescindendo dall'inciso relativo alla condanna fondata su semplice sospetto, e dalla relativa giustificazione, notiamo che il passo prospetta una ipotesi, l'assenza in giudizio, con una distinzione - *absentes* veri e propri, *contumaces*, *qui neque denunt. neque ed. praes. obtemper.* - il cui valore pel momento non appare chiaro, e tre soluzioni ben distinte:

a) l'assente non deve essere condannato, nei crimini in genere;
b) contro l'assente si deve pronunziare, nel caso che vi siano state denuncie o editti dei presidi, ed egli sia stato recalcitrante. Qui l'assente è chiamato *contumax*; ed anche qui non si accenna a differenza fra crimini o pene;

c) contro l'assente: 1) si può pronunziare solo se le pene siano pecuniarie o di *existimatio*, e non superiori alla relegazione, previo ripetuto ammonimento; 2) non si può irrogare una pena più grave.

Ora, a parte le imperfezioni formali, già a prima vista si rileva:

a) una contraddizione tra la prima e la seconda soluzione, contraddizione cui lo stesso testo accenna, e che sembra voglia giustificare;

b) la nuova soluzione introdotta a troncare dubbi;

c) il fondarsi, per la soluzione accettata, sulla differenza tra le pene da irrogare. Questo fa pensare che tutta la istruttoria debba svolgersi in ogni caso, fin tanto cioè il magistrato non si sia convinto di quale pena debba applicarsi nella specie; mentre nelle altre due ipotesi la condanna deve aver luogo o mai, o sempre, fondandosi solo su presupposti *formali*.

Lo stesso problema, con due soluzioni, di cui l'una corregge la precedente, lo troviamo in

Marcian. 205 D. 48, 17, 1 pr. e § 1,

(2 *publicorum*) *Divi Severi et Antonini Magni rescriptum est, ne quis absens puniatur: et hoc iure utimur, ne absentes damnentur: neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio pa-*

titur. Si autem gravior quis puniatur, puta in opus metalli vel similem poenam sive capitale, hoc casu non est irroganda in absentem poena, sed absens requirendus adnotatus (adnotandus?) est, ut copiam sui praestet.

1. soluzione: l'assente non può (mai) essere punito;

2. soluzione: per le pene più gravi l'assente non va punito, ma viene *adnotatus*.

Poichè il *gravior* fa pensare ad un *levius*, gli editori di accordo hanno pensato che sia caduto il capo che riguardava i casi di irrogazione di pene più lievi (1). In esso si sarebbe dovuto dire, logicamente, che gli assenti possono essere condannati.

Rileviamo, anche dal confronto con l'altro testo:

a) che la soluzione originaria è unica, lineare ed aprioristica. Nè Traiano (fr. 5), nè Antonino (fr. 1), i quali non innovano, ma riscrivono, sembrano fare distinzioni;

b) che un'altra soluzione, che appare introdotta a forza nel fr. 5 (*sed melius statuatur*) distingue fra le pene da irrogarsi, conservando per le capitali - alle quali viene ricondotto, o ravvicinato, il metallo - la decisione originaria, salvo il temperamento della *adnotatio* (fr. 1); ammettendo invece per le altre, classificate nel fr. 5 come *pecuniariae* e di *existimatio*, distinte invece nel fr. 1 (se esatta la integrazione) in *graviores* e *leviores*, la possibilità della condanna. Tale doppia soluzione si addimostra strana, se vero che del principio di Severo ed Antonino Marciano parla come di cosa vigente (*et hoc iure utimur, ne absentes damnentur*), e che il *melius statuatur* del fr. 5 tronca una questione che si stava iniziando nello stesso testo e sembra introdotto solo per portare una soluzione transattiva.

c) che esisteva un'altra soluzione, anch'essa univoca, che permetteva la condanna, nel caso che vi fosse stato intervento del magistrato (fr. 5) ed il reo fosse recalcitrante. Che questa fosse introdotta per le pene più lievi non è pensabile, tenuto conto che il fr. 5 il criterio di distinzione tra le pene da irrogarsi lo introduce dopo.

(1) V. MOMMSEN ad h. l., Edizione italiana del Digesto ad h. l. Approva la integrazione Wlassak, *Anklage und Streitbefestigung*, p. 59, nota 18.

Per la soluzione *a* sono :

(Paul) Sent. 5, 5^a, 9. In causa capitali absens nemo damnatur neque absens per alium accusare aut accusari potest.

in quanto, pur limitando il principio alla causa capitale, non si fa cenno a differenza di pene comminande. Il testo si riferisce a un tipo di processo capitale *a priori*, dato che bastava l'*accusatio* a determinare la sua natura (2).

(Paul) Sent 5, 35, 1 ... nemo ... absens aut duci in servitutem potest aut damnari.

Nessuna distinzione fa

Pap. 58 D. 48, 1, 10 (1.2 defin.) Inter accusatorem et reum cognitione suscepta excusatio pro absente iustis rationibus admittitur; nec per triduum per singulos dies ter citatus reus damnetur vel de accusatoris absentis praesente reo calumnia pronuntietur

il quale col parlare di citazione, dopo la quale evidentemente si poteva giudicare anche in assenza, sembra si riconduca alla ipotesi c), salva la divergenza tra *citatio* (?) e gli *edicta* o *denuntiationes* di cui al frammento ulpiano.

La possibilità della condanna in assenza traspare invece dalle espressioni di Papiniano, in D. 48, 1, 13 § 1 (v. pag. 36): *excusationes absentium... si iustam rationem habeant, sententia differtur.* e da

Ulp. 1949 D. 48, 5, 16 § 4 (2 de adult). Et generaliter dicendum est eorum demum absentiam excusatam esse, qui in alia provincia rei publicae causa absunt, quam in ea in qua deferuntur.

2. -- Per guardare con maggior larghezza e chiarezza la questione esaminiamo altri due punti: se il giudizio possa essere iniziato in assenza, e se possa essere proseguito per mezzo di un procuratore.

(2) Il caso cioè del *crimen capitale* ordinario, perseguito mediante la procedura delle *quaestiones*, che sbocca nella condanna a morte o all'esilio, senza nessuna facoltà nel giudice di modificare la pena, dovendosi egli limitare ad affermare o negare la responsabilità. V. LEVY, *Die Kapitalstrafe*, soprattutto alle pp. 16, 35 e sgg., 47 e sgg. V. pure mia recensione, in corso, all'opera del Levy, e lavoro, in corso, sulla *Repressione penale in dir. romano*.

Sul primo quesito vi sono i seguenti passi :

Lex Memmia (Val. Max. 3, 7, 9) che vieta “ eorum qui rei publicae causa abessent recipi nomina „ ;

Venul. 35 D. 48, 2, 12 pr. (l. 2 de iud. publ.) Hos accusare non licet: ... eumve qui rei publicae causa abest.

Ulp. 1949 D. 48, 5, 16 § 1 (l. 2 de adult.) Legis Iuliae de adulteriis capite septimo ita cavetur: “ ne quis inter reos referat eum, qui tum sine detractatione rei publicae causa aberit „ : neque enim aequum visum est absentem rei publicae causa inter reos referri, dum rei publicae operatur ...

L'argomentazione e contrario è precisa e sicura: se non si possono accusare gli assenti *rei publicae causa*, si debbono potere accusare gli altri assenti.

La possibilità dell'accusa sembra risultare anche da

Anton. C. 9, 40, 1 (a. 211) Cum absenti reo gravia crimina intentantur, sententia festinari non solet, sed adnotari, ut requiratur, non utique ad poenam, sed ut potestas ei sit purgandi se, si potuerit e da

(Paul) Sent. 5, 5^a, 9. In causa capitali absens nemo damnatur, neque absens per alium accusare aut accusari potest,

da cui risulta, e contrario, che l'assente può, nelle cause non capitali sempre, nelle capitali (o dove siano gravi crimini) solo indirettamente, essere accusato.

Una limitazione per altro è introdotta, e per la categoria più importante di giudizi, da :

Gord. C. 9, 2, 6 (a. 243) Absentem capitali crimine accusari non posse, sed requirendum tantummodo adnotari solere, si desit, vetus ius est. Et ideo cum absentem te et ignorantem, cui nunquam ullum crimen denuntiatur esset, per iniuriam a praeside provinciae in metallum datum dicas, quo magis in praesenti te agente, ut adseveras, iam nunc fide vera possit illuminari, praefectos praetorio adire cura, qui, quid novo more et contra formam constitutionis gestumprehenderint, pro sua iustitia reformabunt,

Quindi sorge il dubbio :

a) se l'assente possa essere accusato in tutti i crimini (*lex Memmia*; D. 48, 2, 12 pr.; 48, 5, 16 § 1; arg. Sent. 5, 5^a 9) o solo nei non capitali, (C. 9, 2, 6);

b) se l'*adnotatio* sui beni, da parte del fisco, presupponga la impossibilità di *accusatio* (come si desumerebbe da C. 9, 2, 6); o se l'annotazione sia posteriore all'accusa (arg. C. 9, 40, 1).

Quanto al quesito della difesa per mezzo di terzi, rimando anche la enunciazione dei testi a dopo la soluzione degli altri due problemi già prospettati e più intimamente connessi (3).

3. — Perchè si possa, a mio avviso, tentare di dare una soluzione esauriente e coerente a questi quesiti, e ricercare una linea direttiva, o discretiva, occorre tener presenti alcune premesse.

a) Nell'epoca classica del diritto romano, e fin dall'inizio del Principato (4), coesistono in Roma due forme di repressione (5), quella ordinaria, attuantesi mediante la procedura delle *quaestiones*, e quella straordinaria, esercitata soprattutto dal magistrato imperiale (6). Repressione ordinaria, alla quale si ricollega il processo pubblico vero e proprio, che si inizia con la *postulatio*, mediante la quale nasce il *crimen*, con la successiva *nominis delatio*, e *receptio inter reos*: giudizi che portano, dopo eventuali *comperendinationes*, dichiarazioni di *non liquet*, etc., ad una affermazione di responsabilità, cui segue, per forza di legge, e senza necessità di

(3) Cioè ai §§ 10-12.

(4) Anteriormente i fatti che più tardi vennero repressi *extra ordinem* potevano rientrare in parte nella coercizione familiare.

(5) Per queste due forme di repressione, la netta differenziazione tra le pene che si applicano nell'una e quelle che si applicano nell'altra, per il sorgere delle pene proprie della repressione straordinaria, alcune delle quali corrispondenti e quasi parallele a quelle della ordinaria, altre nuove e con caratteri speciali, per le progressive fusioni parziali e raggruppamenti complessivi, e con le relative trasformazioni, v. il mio studio citato sulla *Repressione penale in diritto romano* (in corso). Poichè il presente lavoro, pur concernendo questioni processuali, le risolve prendendo come base la distinzione fra repressione ordinaria e straordinaria, che costituisce il criterio fondamentale in base al quale, nell'altro, prendo in esame le pene, cioè i mezzi con cui la repressione si attua; e poichè mi è necessario qui toccare vari punti che là verrò svolgendo e dimostrando, sarò costretto a citarlo più volte.

(6) Tenuto conto che la giurisdizione del Senato (di cui il MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 251 e sgg.) fu limitata nel tempo e nella estensione, e dopo il primo

una pronunzia espressa, la pena (7); pena che è necessariamente o capitale, consistente nella condanna a morte o all'esilio, o patrimoniale, multa o pubblicazione di beni (8). La repressione straordinaria invece tiene conto di una serie di circostanze e coefficienti, subbiettivi ed obbiettivi, nella valutazione del fatto e del delinquente, in essa la pena viene fissata dal giudice volta per volta, e quindi il processo si svolge con molto maggiore elasticità e semplicità (9).

Al lume di tale distinzione occorre quindi esaminare i testi, i quali vanno valutati in rapporto appunto alla sfera di repressione cui si riferivano.

b) Occorre poi - tenuto conto che in alcuni dei nostri testi si ritrova la menzione dei crimini capitali - tener presente che nell'epoca classica il *crimen capitale* è quello che porta alla pena della morte o dell'esilio, inteso questo come mezzo per sfuggire alla morte, e divenuto poi normale e tipico della repressione ordinaria, che si oppone alle sole *causae pecuniariae*, mentre tutte le altre pene vengono comminate dal magistrato straordinario; che nell'epoca postclassica, venuto meno il concetto preciso di processo pubblico, avvenuta la fusione tra le due forme di repressione, assimilatesi

secolo venne scomparendo (COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, p. 83), salvo per la c. d. giurisdizione marziale. (MOMMSEN, o. c. p. 259).

(7) Cfr., in genere, MOMMSEN, *Strafrecht*, pp. 381 e sgg., NABER, in *Mnemosyne*, 28, 1900, p. 416. sgg., Wlassak, *Anklage und Strafbefestigung*, specialmente le pp. 6 e sgg., HUMBERT, *Les plaidoyers écrits et les plaidoiries réelles de Cicéron*, p. 23 e sgg., ARANGIO RUIZ, *Storia*, pp. 432 e sgg. (soprattutto pel processo di *repetundae*), BONFANTE, *Storia*, p. 413 e sgg. Accenni in COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano* p. 41 e sgg.; una trattazione più larga in Cicerone *giureconsulto* vol. 2°, p. 131 e sgg.; qualche cenno in STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of roman criminal law*, II, p. 112 e sgg. Sarà forse superfluo ricordare che non tutto è chiaro nello svolgimento del processo penale, e che anzi è in discussione la sua stessa natura, per quanto dopo l'opera del Wlassak si tenda in genere, a ritenerne l'unilateralità. Non posso, in questo lavoro, scendere all'esame dei problemi singoli, e tanto meno del problema generale, la questione che mi son proposto di studiare potendo risolversi anche senza presupporre quella dei problemi centrali: i punti accennati nel testo, e necessari presupposti per qualunque studio anche di diritto penale sostantivo, possono dirsi pacifici.

(8) V. mio lav. cit. capo III.

(9) Anche qui fo la riserva che feci alla nota 7, quanto allo svolgimento del processo *extra ordinem*, svolgimento che, per essere meno caratteristicamente romano, e meno formalistico, appare anche meno interessante.

quindi tutte le pene, il concetto di capitale si offusca, in un certo senso si amplifica, e capitali divengono anche altre pene prima straordinarie (10).

Quella che era prima la distinzione tra *crimina capitalia* e non *capitalia*, diviene, in parte, la distinzione tra *facta atrociora* e *leviora scelera* (11).

c) Occorre finalmente - il rilievo è di carattere alquanto diverso dai due precedenti - tener presente che di assenza si può parlare sotto due punti di vista: α) assente si può considerare - ed ha potuto essere considerato dai giureconsulti - colui che si trova lontano, e non ha avuto e non può avere (o almeno è presumibile che non abbia avuto o non possa avere) notizia del processo; o anche avendone o potendone avere non è in condizione (o è presumibile non sia in condizione) di venire e provvedere alla propria difesa; β) si può considerar tale invece obbiettivamente chi non si presenti in giudizio (12). Tale duplice punto di vista occorre tener presente nell'esame dei testi.

Esaminiamo quindi ora le questioni proposte con le contraddizioni rilevate, per cercar di risolvere le difficoltà segnalate e chiarire i punti dubbi.

(10) Cfr. l'interessante e in parte fondamentale studio del LEVY, *Die Kapitalstrafe*, su cui le osservazioni da farsi non ripeterò qui, svolgendole nella recensione e in parte anche nello studio citato, al quale rinvio per la determinazione della pena capitale come tipica della repressione ordinaria, insieme con quella patrimoniale, per la fusione delle repressioni, per la nuova compressione di *crimen capitale*, etc.

(11) V. per essa LEVY, pp. 71 e 78. L'argomento va ripreso in sede opportuna.

(12) Considero insomma sub α) l'assenza in senso proprio, l'essere cioè lontano dal luogo del processo (prescindendo per altro dal se si abbiano, o meno, notizie della persona, e da qualunque presunzione, o dichiarazione, di assenza): lontananza che, non essendo in concetto assoluto, si può intendere in varie gradazioni (parla ad es., di assenza dalla provincia il Wlassak: v. più innanzi, nota 78). Tale assenza nel nostro diritto processuale civile può non avere alcuna rilevanza, potendo l'assente (inteso in questo senso, oggi, non tecnico) sempre farsi rappresentare. Ha importanza nel processo penale, dove occorre la presenza dell'imputato, ma non è considerata senz'altro come un ostacolo al proseguimento.

La forma di assenza accennata sub β) comprende la contumacia del nostro diritto processuale, dove basta la regolare notifica (che può ridursi anche ad una pura formalità, qual'è, talora, quella per affissione) perchè si possa andare avanti nel processo, senza che si faccia una indagine speciale per accertare se il perseguito

4. — La questione della possibilità della condanna degli assenti fu esaminata dal Wlassak (13). L'insigne autore sostiene una evoluzione di concetti: la regola originaria, quale si desumie da Cicerone, ed ancora da Ulpiano (D. 48, 5, 16, §§ 1-4) è che gli assenti possano essere perseguiti, tanto vero che si esclude solo colui *qui rei publicae causa aberit*. Intervengono però delle mitigazioni: Traiano dicendo *absentem in criminibus damnari non debere* si limita alla conclusione del giudizio, la questione della proponibilità dell'accusa rimanendo aperta. Su questa si osserva che, senza farsi nessuna distinzione tra delitti più gravi e meno gravi, vi può essere o l'*adnotatio* dei *requirendi*, con conseguenze limitate alle cariche ed al patrimonio, o proprio lo esperimento del *Säumnisverfahren*. Sopravviene più tardi una seconda mitigazione, che è quella di cui parla Marciano nel fr. 1 pr.: nel quale, senza tenersi conto di quanto aveva detto Traiano circa la possibilità di persecuzione *adversus*

dall'azione abbia, o non, saputo del processo incoato, e se nel suo non comparire vi sia o meno un elemento di volontarietà. Di ciò non vi è dubbio pel nostro processo civile, in cui la comparizione, del resto, è un *onere*, non un *obbligo*, pel CARNELUTTI (*Lezioni di dir. proc. civ.*, 2, p. 227 e seg.), ed in cui va rifiutata ogni distinzione tra contumacia *volontaria*, o *reale*, e *involontaria* o *fittizia* (CHIOVENDA, *Principi di dir. proc. civ.*, p. 753 e segg.). Ma il principio è, in massima, identico nel processo penale dove vi è solo la possibilità di tener conto, talora, di giustifiche, sempre valutabili discrezionalmente dal magistrato.

(13) *Anklage und Strafbefestigung* cit., pp. 52-72. V. pure p. 27 e sg. L'argomento si inquadra nella tesi generale dell'Autore, della unilateralità del processo penale, in quanto il Naber, deciso assertore della bilateralità, deve sostenere (o. c. p. 442, 443) la impossibilità di perseguire l'assente, anzi di iniziare il giudizio penale contro lo assente, tenuto conto che il processo pubblico richiede l'intervento di tutte e due le parti. Il Wlassak, coerentemente alla sua opinione, tende invece a dimostrare l'ammissibilità della persecuzione, in taluni casi. Ed è perciò che egli appare preoccuparsi più del problema dell'ammissibilità dell'accusa che di quello della condanna, che, praticamente, poteva avere una maggiore importanza. Per l'A., che tende, nella sua opera, ad escludere la *contestatio* penale, è il problema se l'accusa potesse prescindere dalla presenza dell'accusando, il che ha maggiore valore, la soluzione affermativa rappresentando un argomento validissimo contro la concezione bilaterale del processo. La differenza di regime tra delitti capitali e non capitali è quella che con termini molto più generici prospetta anche il Mommsen (335 e sg.), il quale dice che ordinariamente in tutti i processi che tendono alla privazione della vita, della libertà e della cittadinanza la sentenza può essere pronunziata solo in presenza, altrimenti vi è la *requisitio*. L'*ordinariamente* dimostra che il grande storico non fa una netta differenziazione.

contumaces, si distinguono i fatti delittuosi in *graviore*s, pei quali vi è l'*adnotatio*, mentre pei più lievi doveva esservi la condanna. Questi fatti *graviore*s, non perseguibili pei giureconsulti, erano i delitti capitali, e l'alterazione dei due testi citati ha la sua ragion d'essere appunto nella sostituzione dei *gravia crimina* ai capitali. Tale assunto viene confermato da C. 9, 2, 6 e da Sent. 5, 5^a, 9; nè è contrastato dal fatto che era ammissibile la persecuzione contro il reo di adulterio, perchè questo crimine non era capitale (14). Ma qui interviene la distinzione tra le due forme di assenza: se sia vera e propria, quando cioè il delinquente si trovi in altra provincia, non può essere nemmeno accusato; se sia solo *gerichtsanwesen* l'accusa può essere proposta, la condanna non pronunziata.

Or non mi sembra possa accettarsi la tesi del Wlassak. Prescindendo, pel momento, dalla critica dei testi, nè per l'accusa nè per la condanna ritengo possa valere la distinzione tra delitti capitali e non capitali. Già per potersi fondare su di una differenza come questa, in una questione che se è esclusivamente processuale, è di notevole importanza processuale, dovrebbe presumersi una differenza nello svolgimento del processo pei due tipi di crimini, differenza che, per quanto non sia completa la nozione del processo penale, non consta. In generale, un processo è sorto come capitale, ed un altro no, forse più che per una differenza di gravità obbiettiva del fatto, per l'epoca diversa in cui si è creata la legge che ha fondato il *crimen*. Se si voglia poi ritenere impossibile la condanna nei crimini capitali, bisognerebbe dimostrare che una disposizione speciale abbia ordinato ai giudici dei processi capitali di fermarsi ad un dato momento: se impossibile l'accusa, che una disposizione speciale abbia vietato ai funzionari addetti di *recipere nomina* nei giudizi capitali; essi avrebbero dovuto fare una valutazione dell'*accusatio*, assicurarsi con assoluta certezza dal *crimen* prospettato, ed in base a questa valutazione, inscrivere o non.

(14) Tale assunto contro il Mommsen, il quale ritiene (p. 699 n. 3) che l'adulterio fosse capitale sin dall'epoca dei Severi, è dimostrato dall'autore (p. 62 e segg.) sulla scorta di molti precedenti studiosi. A quelli da lui citati è da aggiungere la dimostrazione del FERRINI, *Esposizione storica del dir. penale romano*, in *Encicl. Pessina*, vol. I, p. 365, nota 4, trascurato, non saprei perchè, dal Wl. Questo per la determinazione negativa (pena non capitale). Sulla determinazione positiva, di quale fosse la pena dell'adulterio, v. la mia *Repressione* cit. capo III.

Or non escludo a priori che questo vi sia stato, ma, mancandone gli elementi probatori, e dovendoci fondare sulla sola logica, dobbiamo attenerci alla negativa.

Non appaga poi nemmeno il modo come si sarebbe dovuta svolgere la evoluzione: a parte il caso dell'assente solo in giudizio, per il quale si sarebbe proceduto (*Säumnisverfahren*), e all'epoca di Traiano per tutti i crimini, nella successiva limitatamente ai crimini capitali, la evoluzione si sarebbe svolta così: procedibilità in ogni caso (originaria); improcedibilità in un primo momento, salvo inclusione nella lista dei *requirendi* (15) con l'esperimento successivo del processo (Traiano); procedibilità di nuovo pei crimini non capitali (Marciano). Non si può escludere a priori che possa anche verificarsi una evoluzione di tal fatta, cioè non rettilinea, ma, per poterla ammettere, occorrerebbe dimostrarne le ragioni e i presupposti.

Ma in ogni caso gli elementi testuali sono contrari. Traiano dice categoricamente *absentem in criminibus damnari non debere*. La menzione dei *contumaces*, contro i quali si può procedere, non può essere dell'imperatore (a parte il rilievo che si trattava di un rescritto), in quanto il giureconsulto enuncia la osservazione (b) (16), come cosa indipendente. Non escludo che il testo possa essere stato ritoccato (17) dai compilatori, ma è verosimile che se ancora Traiano avesse parlato, non ne avrebbero omissso la menzione. Ma v'ha il rescritto di Severo ed Antonino, che enuncia lo stesso principio *ne absentes puniantur*, principio che è considerato di diritto vigente (*et hoc iure utimur*) da Marciano. Questa frase può collimare anche con le concezioni dei compilatori, pei quali la persecuzione era solo contro gli *absentes qui saepius admoniti per contumaciam desint* (fr. 5), non con la tesi del Wlassak, pel quale la persecuzione, pei delitti non capitali, sarebbe contro tutti gli assenti, senza distinguere.

5. — Una ricostruzione può, a mio avviso, tentarsi solo se si tenga presente la duplice repressione classica.

Pei crimina dei *iudicia publica*, i crimina tipici (18) l'assente non può essere condannato. Ulpiano lo dice limpidamente, riferendo

(15) Inclusione di cui, veramente, nel testo di Ulpiano non vi è cenno.

(16) V. retro, p. 2.

(17) V. più innanzi, p. 13 e sgg.

(18) Tale concetto mi propongo di svolgere in una nota *Sul significato processuale di "crimen"*, con l'esegesi dei testi.

la incisiva e precisa risposta di Traiano (19). La espressione *crimen*, usata senza maggiori determinazioni, lo conferma pienamente, in quanto i veri *crimina* sono quelli repressi mediante la procedura delle *quaestiones* ed in quanto nella specie *crimen* ha proprio quel significato di “ processo penale „ che gli è caratteristico (20). Lo conferma il rescritto di Severo ed Antonino, e l'approvazione di Marciano. Un piccolo particolare è degno di rilievo: nella procedura ordinaria, sboccante nella condanna e nella comminazione della pena, la conclusione del processo è una *damnatio*; nella straordinaria è messo in maggior rilievo la *punitio*. Ora evidentemente, per la minore precisione delle cancellerie imperiali, nel rescritto era detto “ *ne absens puniatur* „; il giureconsulto, approvando, rettificava *ne absentes damnentur* (21). Senza che sia necessario ritenere la bilateralità del processo penale, e quindi la necessità della contestazione della lite tra tutte e due le parti (22), è per altro

(19) L'avversione alla condanna degli assenti è stata sempre sentita, e non si può pensare quindi ad una procedibilità originaria. Un divieto preciso potette stabilirsi solo nell'epoca imperiale, sia perchè lo fecero sentire gl'imperatori nei loro rescritti, sia perchè il diritto penale più tardi assunse carattere giuridico, rimanendo prima nel campo politico, e fu perciò che era possibile nell'epoca ciceroniana, la condanna di assenti. Ma Cicerone, sia nel caso della incriminazione di Stenio (*In Verr.* 2, 38, 94, e 5, 42, 109), che in quella di Diodoro (*eod.* 4, 40,) parla della *receptio nominis* di un assente come di un sopruso. E nel primo caso viene auspicato subito un provvedimento del senato *ne absentes homines in provinciis rei fierent rerum capitalium* (2, 39, 95) nel secondo caso la cosa destò scandalo in Sicilia (4, 19, 41, alquanto corrotto). Per i delitti non capitali la condanna in assenza poteva sembrare meno grave, se si pensi che le cause non capitali erano le *pecuniariae*, ed il modo di riscossione era spesso regolato con mezzi di diritto privato (MOMMSEN, p. 1017 e segg.).

(20) V. studio cit. alla nota 18.

(21) Come accennerò nei luoghi cit., ritengo che, come in materia di diritto privato gli ordinamenti giuridici diversi hanno una differente terminologia, così anche nel campo del diritto penale le espressioni siano differenti per ciò che si riferisce alla repressione ordinaria, ed a quella straordinaria. Questo va inteso però (come anche nel campo del diritto privato) con pregiudiziali: nel senso cioè che i termini non devono essere necessariamente diversi sì da autorizzare a ritenere postclassico un testo solo perchè vi sia un vocabolo che appartiene ad un altro ordinamento: la distinzione concerne la accezione *ordinaria* e *tipica* della parola, la quale, specie nella tarda epoca classica, può anche evadere dalla sua sfera, ma non quando si trovi proprio in un contrapposto che si ricollegli alla differenza di ordinamenti.

(22) Col MOMMSEN e soprattutto col NABER citt.

anche più logico che il rigore delle forme, con cui si doveva svolgere l'*actio*, rendesse necessaria la presenza del reo (23).

Ai crimina veri e propri i giureconsulti oppongono, come sollevano abitualmente, i fatti repressi *extra ordinem*.

A questa si riferisce il brano siglato con (b) del fr. di Ulpiano. Esso non può essere un successivo commento di Traiano, per le ragioni già dette; non può essere nemmeno dei compilatori, (salvo qualche ritocco), perchè se costoro in fondo hanno, con uno *statuetur*, fissato la regola, non avrebbero essi proposto un caso diverso, per far nascere un dubbio, che non viene nemmeno risolto. È Ulpiano il quale, dopo di avere enunciato la regola pei giudizi ordinari, passa alla repressione *extra ordinem*, che probabilmente lo interessava di più, sia perchè in genere aveva una sfera di applicazione più ampia, sia perchè, nella specie, l'opera del giurista ad essa si riferiva (*de officio proconsulis*): dopo il regime del processo delle *quaestiones*, quello della cognizione del preside (o del proconsole, non potendosi escludere che *praeses* sia stato, qui come in altri testi, sostituito a *proconsul*). Le *denuntiationes*, gli *edicta* etc., sono provvedimenti che troviamo, in genere, quando della cognizione è investito un magistrato singolo: nel caso del processo, pesante e formalistico, delle *quaestiones*, chi avrebbe potuto prendere questi provvedimenti agili e sbrigativi? E del resto Ulpiano stesso sembra limitare la soluzione ai presidi.

La seconda parte del passo è sostanzialmente elaborata (24). Il "*potest quis defendere haec non esse contraria. Quid igitur est*,"

(23) Nel processo privato (come nel pubblico se vi fosse la *litis contestatio*) il rigorismo delle forme è richiesto e dura solo nel primo stadio del giudizio, fin tanto cioè che si sia contestata la lite, fin tanto cioè che la novazione processuale, raggiunto con l'accordo delle parti, sigillato (per usare una espressione generica) dal magistrato, renda possibile l'inizio di una nuova fase in cui tutto tenda alla ricerca della verità, senza impacci di forme. Nel processo penale, se mancava la contestazione della lite (e forse in ogni caso, dato che un accordo tra l'accusatore ed il reo è difficile si sia potuto ottenere, neanche limitatamente agli estremi dell'accusa), è verosimile che un rigorismo di forme accompagnasse tutto lo svolgimento fino alla sentenza.

(24) Lo ritiene anche il Wlassak (p. 58 n. 14), per quanto con le conclusioni differenti che abbiamo esposte. Al Wl. si riporta il BESELER, *Beiträge* 4, 219, appuntando questo testo per il *quis* (*potest quis defendere*). Il KRÜGER (*Summatim cognoscere*, in *Zeits. Sav. Stift.*, 45, 83 e n. 1) sospetta genericamente il nostro passo

è, a mio avviso, una glossa con cui si cercava di spiegare la apparente contraddizione, o con cui si proponeva semplicemente il problema, problema la cui soluzione o non è stata data, o è stata tagliata a mezzo dai compilatori. Dal *melius statuatur* prende la parola, (lo *statui* è tipico) l'imperatore.

Che il testo, così come è tramandato, sia dei compilatori, è cosa indubitabile, e gli indizi sono molti, e non solo formali, ma anche sostanziali. Tutto il brano, introdotto dal *melius statuatur*, fa vedere una innovazione. Esso è poi assai malfatto: si noti *statuatur... statui*, e *irrogandum... irrogandam* (25); *statuere poenas* (26) *saepius admoniti; desint* (27); *contingere existimationem*; l'impersonale *procedi* in coordinazione con lo *statui*; *quid gravius* indeterminato; l'errato accusativo *poenam*; l'espressione *poena in metallum* (28).

Dal lato sostanziale rileviamo che la categoria delle pene *quae existimationem contingunt* venne elaborata nell'epoca postclassica, e forse fissata definitivamente da Giustiniano; come giustiniano è il raggruppamento delle pene di stima con quelle pecuniarie, secondo accennerò a proposito del D. 49, 9, 1 e più largamente rileverò altrove. Postclassica è la gradazione delle pene, col permesso di procedere *usque ad relegationem* (29). La menzione della *poena capitis* accanto al metallo è anch'essa di un'epoca tardiva (30).

Che cosa dicesse il giureconsulto non è facilmente ricostruibile. Il Wlassak (31) pensa che spiegasse lo sviluppo giuridico posttraiano, per il quale si sarebbe addivenuti alla limitazione ai delitti capitali. Questi sarebbero quindi, di conseguenza, stati sostituiti dai *crimina*

insieme col D. 2, 12, 1, 1. Lo critica su rilievi formali, l'ALBERTARIO (*"Delictum"*, e *"crimen"*, p. 25 e sg.)

Un accenno al passo, per rilievi sul *secundum morem iudiciorum privatorum* è nel Wlassak, *Zur römischen Provincialprocess.*, p. 80 e sg.

(25) Albertario I, c.

(26) Questo *statuere* nel senso non di *stabilire*, ma di fissare, irrogare, mi sembra sospettabile.

(27) *Deesse* in questo senso lo ritroviamo nell'interpolato C. 9, 2, 6; v. più innanzi a pag. 32.

(28) V. anche Wlassak, p. 60 n. 20. Per l'interpolazione in genere v. lo stesso autore a p. 58, e nota 14.

(29) V. *Repressionem* cit., sezione V.

(30) eod.

(31) p. 58 n. 14.

graviora. Ma non possiamo accedere a tale opinione, come ho accennato.

Ulpiano quindi, (per tirare le linee), avrà parlato prima della impossibilità della condanna degli assenti. Poi (prescindendo dall'inciso sulle *suspiciones* (32), è passato alla condanna dei *contumaces*. Dopo doveva forse chiarire che quella distinzione si riconnette ai due tipi di repressione.

Passando ora all'esame del testo di Marciano (D. 48, 17, 1), troviamo in esso lo stesso contrapposto. Il giureconsulto, se nel principio ha esposto la regola della repressione ordinaria, passa dopo ad esprimere quella della straordinaria. L'ipotesi, accennata, degli editori, che sia caduto il brano riferentesi alle pene *leviores*, sembra logica, alla prima lettura ed al confronto col testo già esaminato di Ulpiano. Ma se per altro consideriamo che la distinzione dell'ultima parte di quel passo è interpolata, cade, per la redazione classica almeno, uno degli argomenti. Un nuovo dubbio sorge poi, anche pel diritto giustiniano, dalla lettura dei Basilici, in cui lo scolio ἀπὸν τις riproduce il testo con le stesse parole che leggiamo nel Digesto (33) il che dovrebbe farci pensare che l'errore sia stato contemporaneamente della redazione donde furono tratti il mano-

(32) Su questa questione, che del resto non ha attinenza col nostro problema, io penso che senza alcun dubbio vi sia stato realmente un rescritto di Traiano. Ma il giureconsulto lo menzionava in questo punto?

Certo i due quesiti sono profondamente diversi. Quello della condanna degli assenti riguarda un fatto *obbiettivo processuale* (l'esservi o non esservi il giudicando); l'altro una questione di *valutazione* (l'essere o non essere *provata* la domanda). La considerazione che segue (*satius* etc.), che io del resto ritengo spuria, si attaglia al secondo quesito. Essi possono riunirsi quindi solo con un certo sforzo, immaginando che si presumesse che la condanna degli assenti fosse, in fondo, una condanna pronunciata su semplice sospetto. Uno scrittore veramente giurista è difficile che li abbia avvicinati, senza nemmeno un passaggio intermedio giustificativo.

Distintamente i due casi sono enunciati anche dai Basilici (Hb. V, 854).

(33) Hb. V, 831:

Ἔστι διάταξις τοῦ θεοῦ Σεβήρου καὶ τοῦ μεγάλου Ἀντωνίνου λέγουσα, μηδένα ἀπόντα τιμωρεῖσθαι, καὶ τοῦτο τῇ νόμῳ κεχρήμεθα, ἵνα μὴ καταδικάζωνται οἱ ἀπόντες. οὐδὲ γὰρ ὁ τῆς δικαιοσύνης λογισμὸς ἀνέχεται πρὸ τῆς ἀκροάσεως τῆς δίκης καταδικασθῆναι τινα. ἐὰν οὖν βαρύτερόν τις καταδικάζεται λόγου χάριν εἰς ἔργον μετὰλλου, ἢ εἰς ὁμοίαν τιμωρίαν κεφαλικὴν, οὐ χρὴ κατὰ τοῦ ἀπόντος ἐπιφέρεισθαι...

scritto fiorentino e quello di cui si servirono i compilatori dei Basilici, il che è molto dubbio, per non dire assurdo. Dobbiamo quindi dedurre che tra il testo originario di Ulpiano e quello che i compilatori ci presentano vi fosse una sola differenza essenziale (oltre qualche altra secondaria (34): un *extra ordinem* al posto dell'attuale *gravius*. Il passo presentava quindi lo stesso contrapposto che abbiamo notato nel fr. 5. L'esempio fatto dopo, della pena del metallo, pena straordinaria (35), conferma l'ipotesi. I compilatori, essendo avvenuta la fusione tra le due repressioni, operano la sostituzione, Compilatoria è anche qui, per la stessa ragione dianzi accennata, la menzione della pena capitale.

Appare così chiaro il regime in tema di repressione straordinaria: nessuna distinzione tra reato e reato, o fra pena e pena (salvo forse una puramente di opportunità che il magistrato poteva fare col suo prudente arbitrio). L'accusato (36) che non si presenta in giudizio, viene ricercato. Se risulta essere in sede, il magistrato può citarlo, con *edicta* o *denunciationes*, o *citationes* (37), e se persiste, se cioè *contumax*, condannarlo. Se risulti essere assente,

(34) Il BESELER (*Zeits. Sav. Stift.* 45, 455) appunta tutta la frase *absentes... patitur*, in considerazione dell'*aequitas*. Invece il *ne abs. damnentur*, per quanto accennai (p. 12) è certo una correzione del giureconsulto. Sulla giustificazione successiva i dubbi sono ammissibili (dubbi già sollevati dal Beseler in *Zeits. Sav. Stift.* 42, p. 645 n. 8.).

Sospetto (come una glossa innocua) potrebbe essere l'*ut copiam sui praestet*. *Praestare* nel senso di *concedere* lo troviamo assai spesso (V. MAYR in *Zeits. Sav. Stift.* 42, 214 e sgg.); più sospetto è il *copia sui*, che peraltro ritroviamo anche altrove (p. es. in D. 42, 4, 7. § 19).

(35) Come spero di dimostrare nel lavoro citato, capo 13.

(36) intendendo questa parola non nel senso tecnico della procedura ordinaria.

(37) È noto come gli *edicta*, le *litterae*, le *denunciationes* siano mezzi per ottenere l'intervento del convenuto nel processo *extra ordinem* in materia di diritto privato. In tema di cognizione straordinaria, minori erano le differenze tra il processo privato ed il pubblico, tutto provenendo dal magistrato, innanzi a cui si svolgeva ogni atto del giudizio e dal quale molte volte dipendeva anche la chiamata del convenuto, o del giudicabile. Ritroviamo perciò qui gli *edicta*, atti senza dubbio magistratuali, e le *denunciationes*, in cui, in materia privata, era l'attore che rimetteva al funzionario l'ingiunzione pel convenuto da presentarsi (ARANCIO RUIZ, *Istituzioni*, 3^a ediz. p. 146), mentre in diritto penale dovevano essere proposte di iniziativa del funzionario stesso. Non possiamo trovare le *litterae*, che, se pure scritte dal magistrato, erano molto più di iniziativa di parte.

i suoi beni vengono *adnotati*, e viene ricercato con le conseguenze di cui al D. 48, 17 (38).

(38) Richiamo qui l'editto che il BRUNS (7^a ed., I, 251) chiama *de temporibus accusationum* (BGU 628), che abbastanza concordemente (CUQ in *Nouv. rev. d'hist. du droit* 32, 113; FERRINI, *Opera*, V, 183 e sgg.; ed infine anche MITTEIS, *Chrestom.*, 2, n. 371) si ritiene di Nerone (al III secolo lo riporta solo il MOMMSEN, *Strafr.* 472 n. 5. limitandosi per altro a brevi asserzioni). In esso l'imperatore ripete e modifica una disposizione del padre suo (adottivo, se era Nerone), in cui si cercava di evitare che si venissero protraendo le liti, con lo stabilire che le parti vengano dalle provincie *praefinitis temporibus, nec discederent priusquam ad disceptandum introducti essent*, e col sanzionare che si pronunzi, in mancanza di una delle parti, *secundum praesentem*: Nerone, poichè *capitales causae aliquid auxilium cunctationis admittunt*, ritiene di dover concedere *tempus prolixum*. Considera inoltre anche le cause che provengono dall'Italia.

Ora questo editto ha per noi un valore limitato, perchè dovette venir meno subito. A parte il fatto che non riguarda la procedura ordinaria (ed è per questo che non viene preso in considerazione dal WLASSAK, pag. 57 nota 13), diverse frasi dimostrano che esso riguarda solo le cause di appello: si parla di *servare sententiam*, di *stare sententiae*, e da ultimo (col. 11, 114 e sgg.), prospettandosi come non pertinenti altri tipi di appello, si viene a dimostrare che a questo solo l'editto è limitato. Ed anzi, aggiungendosi che *appellationes quae ad magistratus et sacerdotia et alios honores pertinebunt habend. formam temporis sui*, si mostra che le norme sono limitate all'appello imperiale. Inoltre, come osserva il Ferrini (p. 186), il fatto che in esso si dice che l'editto di Claudio non fu osservato, può far pensare che pure il nostro sia andato in disuso, anche prescindendo dalla cassazione degli atti di Nerone, per la condanna della sua memoria.

Esso, per altro, non si trova in contrasto con la mia tesi. Se il Ferrini deve assolutamente ritenere che l'editto sia caduto, troppo vivo essendo il principio *ne absens damnetur*, noi, che quel principio abbiamo visto dominare solo nella repressione ordinaria, mentre nella straordinaria l'assente, posto nella posizione di contumace, poteva essere condannato, e che vedremo (p. 46 e sg.) che, sempre nella repressione straordinaria, era ammessa la difesa dell'assente nella forma dell'*excusatio*, non troviamo l'editto in contrasto con quanto si è dimostrato. Infatti l'assente, se perseguito con editti, citazioni, etc., poteva essere condannato, poteva però scusarsi. Ora qui i ritardi che l'imperatore voleva evitare, secondo la tesi (verosimile) del Ferrini, derivavano appunto dalle troppe frequenti *excusationes*. Una semplice limitazione di tempo, che veniva di conseguenza a limitare le *excusationes*, non rappresenta nessuna divergenza dai principi.

Non credo poi che, tenuto conto che si parla di *causae capitales*, si possa pensare a qualche disposizione speciale pei crimini capitali, ed un appoggio quindi alla tesi sopra combattuta. A me pare che qui la parola *capitales* sia usata in un senso generico, e non tecnico, ma, in ogni caso, siamo sempre in tema di cognizione imperiale, e quindi di repressione straordinaria, quali che fossero le cause contro le quali si appellava.

Viene qui quindi in considerazione l'elemento dell'assenza dal luogo, cui non si guarda nella repressione ordinaria, dove si bada al fatto obbiettivo dell'assenza dal giudizio, e l'elemento della volontarietà del non presentarsi (presunzione di colpevolezza (39)) che legittima la condanna: elemento che non ha rilevanza nella procedura ordinaria (40).

Viene così eliminata la difficoltà di un processo che deve necessariamente svolgersi, per permettere al giudice di poter determinare la pena, e vedere quindi se può condannare, oppure no.

Che il principio della distinzione tra le pene comminande sia postclassico viene confermato dai seguenti rilievi:

a) la nota tendenza giustinianea alle soluzioni medie, per cui in numerosissimi casi, non elencabili qui, noi troviamo, anche nel diritto privato, una decisione transattiva, molto spesso non conforme alla perfetta logica. Ora se si dicesse che contro l'assente non si può pronunciare (o si può pronunciare) *ove si tratti di reato che commini questa e non quella pena* (cioè di pena in astratto), il far dipendere da questa la procedibilità sarebbe conforme a logica; tenuto conto invece che per numerosi fatti illeciti non solo la misura o la durata, ma il tipo della pena era rimesso all'arbitrio del giudice, o per lo meno era determinato da circostanze speciali del fatto, far dipendere la perseguibilità della pena comminanda, significa farla dipendere dalla pena in concreto, che si

Non ha pertinenza poi, col nostro argomento (se non, forse, per mostrare una tendenza di Claudio (v. pure STROUX, *Eine Gerichtsreform des Kaisers II.*, in *Sitzungsber. bayerl. Akad.*, 1929, p. 52, n. 1) e confermare l'epoca del B G U 628 il B G U 611 (BRUNS, 198 e sgg., e ripreso recentemente in esame dallo STROUX, o. c., e dal WOESS, *Zeits. Sav. Stift.* 51 (1931), p. 336 e sgg.) in quanto l'imperatore qui considera, e tende a frenare, la pervicacia e le tergiversazioni degli accusatori. L'argomento dell'assenza dal giudizio degli accusatori, in quanto implica anche la questione della *calumnia*, e, in genere, di quei reati che si possono commettere da chi dia origine ad un processo (sui quali v. ora LEVY, *Zeits. Sav. Stift.* 53 (1933), p. 151 e sgg.) esorbita dalla mia indagine.

(39) Quella presunzione di colpevolezza per cui si confiscano i beni di colui che si è suicidato in pendenza di giudizio *metu criminis*, e si fa giustizia sommaria di chi è fuggito dal luogo del processo, e si è andato a far soldato (v. innanzi a p. 21). Qui essa non vale a far condannare subito, ma per lo meno a fare iniziare il giudizio, che altrimenti non si potrebbe proseguire.

(40) Come non ne ha nella procedura moderna, come si accennò innanzi.

può determinare solo dopo l'istruttoria; il che rappresenta qualche cosa che, urtando contro i principi della logica, non poteva essere classico, e può essere tollerato più tardi solo per quanto dico sub c);

b) la tendenza postclassica al raggruppamento ed alla graduazione delle pene, anche di quelle di diversa natura: tendenza che ritroveremo più innanzi, a proposito del D. 49, 9, 1, e che in altro studio cerco di mettere in rilievo (41);

c) il fatto che l'incongruità della soluzione in base alle pene comminande meno poteva essere sentita nell'epoca postclassica, in quanto in quel tempo vi è una forte tendenza a passare dalla pena libera, *arbitrio iudicis*, alla pena vincolata, (42) onde si poteva da prima, in base alla rubricazione del crimine, già prevedere la pena comminanda. La valutazione quindi ora può essere fatta in base a quella pena in astratto cui sopra si accennava.

Il regime giustiniano, che, date le diverse manipolazioni, e dato il duplice concetto di assenza, non traspare troppo chiaramente dalla semplice lettura dei testi, appare da questa disamina più limpidamente, specialmente se si consulti la spiegazione, semplice e concludente, che del principio posto nel testo di Ulpiano fanno i Basilici (43): tale regime è per un verso più rigoroso, per un verso meno di quello classico: più rigoroso, in quanto non esistono più casi in cui la condanna è impossibile a priori, (come nella procedura ordinaria classica); meno rigoroso, in quanto l'*adnotatio*, che prima poteva verificarsi per tutti i fatti repressi *extra ordinem*, è ora limitato ai soli casi in cui si è puniti *gravius*. (48, 17, 1); meno rigoroso pure, in quanto gli assenti possono essere condannati, se siano soltanto ostinati a non comparire in giudizio (come prima per tutti i casi di repressione straordinaria), ma solo nelle ipotesi di reati importanti pene più leggere (D. 48, 19, 5). Altri-

(41) *Repressione* cit. sezione V.

(42) V. per questo LEVY *Die Infamie in röm. Strafrecht* in *Studi Riccobono*, II, p. 98 e sgg.; *Die Kapitalstrafe* p. 65.

(43) Hb. V, 854.:

Οὕτως ἐξ ὑπονοίας, οὕτως ἀπὸν τις καταδικάζεται, εἰ μὴ ὁ μετὰ πολλὰς ὑπομνήσεις καὶ προθέματα μὴ παραγενόμενος· καὶ αὐτὸς δὲ μέχρι χρηματικῆς ποινῆς, ἢ ἀτιμίας ἢ ἐξουρίας· κάλλιον γὰρ ἐστὶν ἀνεκδίκητον μένειν τὸν ἀμαρτήσαντα ἢ περ τὸν ρηστὶον καταδικάζεσθαι.

menti meglio che il colpevole resti impunito che condannare eventualmente un innocente.

7. — Con ciò si è anche spianata la via alla migliore determinazione di due concetti, che ritroviamo nella procedura *extra ordinem*: quello della *adnotatio*, e quello della *contumacia*.

L'*adnotatio*, - e propriamente l'*adnotatio* del *requirendus*, perchè poteva esservi l'*adnotatio* del *deportandus* (44) - già da altri si è sostenuto che sia un procedimento tardivo. In questa affermazione anzi si è anche ecceduto: è del tempo di Settimio Severo pel Mommsen (45), il quale per vero non fornisce la documentazione di tale sua affermazione. Che si risalga a Traiano, come sostiene il Wlassak, in base al D. 48, 17, 5 § 2 (46), non è assolutamente sicuro, in quanto dal contesto del frammento sembra, è vero, risultare che il rescritto di Traiano fosse stato emanato a proposito della vendita dei frutti appartenenti proprio ai beni del *requirendus*, ma poteva anche essere stato occasionato da altra questione (per cui l'imperatore ha dovuto affermare che i frutti devono considerarsi alla pari dei *moventia*), ed essere da Modestino applicato anche in questo caso. Ma certamente di *adnotatio* già parlava Antonino Pio (D. 48, 3, 6 § 1) (47).

Potendosi malgrado ciò essere sicuri che l'*adnotatio* non è originaria, quale che fosse l'epoca precisa in cui sorse, non impedisce che abbia fatto parte della procedura *extra ordinem*, questa essendosi affermata già dal primo secolo dell'impero.

Or tutti i testi si riferiscono alla procedura *extra ordinem*. Il § 2 dello stesso frammento 1 dove si è precedentemente enunciato il concetto dell'*adnotatio*, parla dei presidi delle provincie (48).

(44) D. D. 48, 22, 6 § 1; 49, 4 1 pr.; 49, 7, 1 § 3;

(45) p. 326.

(46) Sed et divus Traianus inter *moventia* fructus quoque haberi rescripsit Wlassak, p. 58 n. 15.

(47) "... Sic et divus Pius et alii principes rescripserunt, ut etiam de his, qu. *requirendi* adnotati sunt, non quasi pro damnatis, sed quasi re integra quaeratur, si quis erit qui eum arguat, ..

(48) " Praesides autem provinciarum circa *requirendos* adnotatos hoc debent facere, ut eos quos adnotaverint edictis adesse iubeant, ut possit *innotescere* eis quod adnotati sunt, sed et litteras ad magistratus, ubi consistunt, mittere, ut per eos possit *innotescere* *requirendos* eos esse adnotatos, ..

Si potrebbe anche pensare, tenuto conto che il testo ha la finalità di indicare ai presidi il modo migliore per far conoscere agli *adnotati* la loro situazione, che anche nei casi in cui il provvedimento non era emesso da loro, si facesse, per così dire, una circolare ai vari presidi perchè portassero a conoscenza dell'interessato il provvedimento preso contro di lui. Ma dalla migliore lettura traspare invece che sono stati proprio i presidi ad *adnotare*, e sono anzi essi che dirigono le lettere ai magistrati della provincia dove sono gli *adnotati* (*ubi consistunt*: evidentemente nel caso in cui consti la residenza attuale dell'imputando), perchè rendano notorio il provvedimento. Anche di preside della provincia parla Papiniano al § 4 (per quanto qui potrebbe pensarsi che l'*adnotatus* per sfuggire alla confisca, possa presentarsi in un primo momento al preside della provincia dove risiede, anche se la condanna fu emessa altrove (49)).

Un testo in cui sembra parlarsi di *adnotatio* in un *crimen capitale* è senza alcun dubbio interpolato:

D. 49, 16, 4 § 6 (Arr. Men. 1 de re mil.) Reus criminis capitalis voluntarius miles secundum divi Traiani rescriptum capite puniendus est, nec remittendus est eo, ubi reus postulatus est, § 7 sed, ut accedente causa militiae, audiendus: si dicta causa sit vel requirendus adnotatus, ignominia missus ad iudicem suum remittendus est, nec recipendus postea velens militare, licet fuerit absolutus.

Il caso del § 6 è limpidissimo: il reo di un crimine capitale, per sfuggire alla pena, si fa soldato. Traiano rescrisse che egli non deve essere rinviato innanzi alla autorità innanzi cui pendeva il processo, ma va subito giustiziato.

Il § 7 modifica la decisione. Già di esso il senso non è chiaro ed è stato anche emendato. Nella edizione della Glossa (50) tro-

(49) Non può obbiectarsi il fatto che il testo era in tema di pubblici giudizi. Come prospetto nel citato studio sulla *Repressione penale*, i giureconsulti non possono tenere perfettamente separati, e addirittura in opere diverse, i casi di repressione ordinaria da quelli di r. straordinaria. Marciano (il quale non ha nemmeno scritto un'opera sull'*officium* dei presidi, o simili) ha enunciato la regola dei giudizi pubblici (*ne absentes dammentur*), ma nulla gl'impedisce poi di prospettare nel § 1, la differenza con la repressione *extra ordinem*, e a questo proposito esporre la trattazione della *adnotatio*.

(50) GLOSSA ad h. l.

viamo un *ubi* al posto dell'*ut*, modifica che è persuasiva, solo che si aggiunga anche la sostituzione di un *accessit* all'*accedente*. Troviamo pure che si considera come una nuova ipotesi quella del periodo dall'*ignominia missus*, e mancano perciò i due punti tra l'*audiendus* ed il *si*. Di questa seconda modifica mi sembra non si possa essere troppo sicuri, e quindi sia da preferire la lezione ordinaria. Ora il passo sembra dire questo: il soldato va ascoltato nel luogo dove si trova per ragione militare, con la nuova imputazione, che è quella di essersi fatto soldato (51): se la causa precedente era stata *dicta*, o vi era stata *adnotatio*, va rimesso al primo giudice. La Glossa distingue due giudizi, il precedente, e quello che si svolge qui, e propone il dilemma: "*aut succumbitur in ista, et non remittitur in prima, aut absolvitur, et tunc remittitur in primam secundum quosdam. Sed prima placet*„. Parla poi addirittura di due *crimina*.

Tale distinzione è esatta e da essa deve dedursi, per diritto giustiniano, che il soldato va rimesso al primo giudice, se nel primo giudizio la causa fu *dicta*, cioè se la lite fu postulata, o se vi fu *adnotatio*. La sanzione del secondo reato rimane assorbita, se il soldato è condannato, consiste nel non poter essere più ricevuto, in caso di assoluzione. Ed in caso di lite non ancora contestata o di mancata annotazione? Mi sembra non si possa dare altra soluzione che quella che non vi era nessun provvedimento da prendere, pel momento.

Non è certo però questa la soluzione classica. Il passo in esame è uno di quelli in cui la mano dei compilatori ha lasciato traccia visibile anche attraverso gli errori materiali e la difficoltà di lezione. Rileviamo che il *dicta causa* non si può riferire che ad una *litis contestatio*, e questa non vi era nell'epoca classica. La *ratio* della decisione classica era poi tutta diversa: essa si fonda sulla presunzione di colpevolezza derivante dall'essere fuggito. Dimostrato tale presupposto, dimostrato cioè che l'imputato in tanto si è fatto militare in quanto è voluto sfuggire, egli deve essere punito seduta

(51) Tale è il senso che si può dare alla frase *ut accedente causa militiae*. È il reato che consiste nella *militia*, con la quale espressione si intende l'essersi fatto soldato: si tratta di un reato speciale, represso *extra ordinem*, secondo più largamente espongono in *Repressione* cit., capo VIII.

stante, (52) senza bisogno di altra istruttoria. È la stessa *ratio* per cui in molti testi troviamo la grave sanzione della *publicatio* applicata anche a colui che non sia stato mai condannato, ma possa dimostrarsi che si è suicidato *metu criminis*.

Nessuna *adnotatio* quindi in caso di *crimen capitale*, e perciò di processo ordinario, nell'epoca classica. Essa è introdotta dai compilatori, mediante il § 7, esaminato.

Potrebbe sollevarsi una obbiezione non lieve: l'*adnotatio*, oltre a costituire una spinta per l'assente a costituirsi e a rendere possibile il processo, fungeva indubbiamente anche, per dir così, da sequestro conservativo o ipoteca nell'interesse del fisco, il quale, sfuggendo il delinquente al processo, si sarebbe visto defraudare nelle sue ragioni. Ora è concepibile che nella repressione ordinaria sia mancato un mezzo che servisse contemporaneamente a spingere l'assente a promuovere il processo, e a garentire il fisco?

Il mezzo, anzi i mezzi, vi erano, ma erano differenti.

Abbiamo accennato già, e presto vi ritorneremo, che anche l'assente poteva essere postulato, ed iscritto tra i rei. Or la condizione di *reus* lo limitava in molte sue facoltà, e di diritto pubblico (53), e di diritto privato. Numerose limitazioni patrimoniali furono gradatamente introdotte, a salvaguardare i diritti del fisco e nello stesso tempo ad incoraggiare l'assente, il quale si vedeva molto menomato nei suoi diritti, a procedere al giudizio regolare:

Marc. 82 D. 39, 5, 15 (3 Instit.) Post contractum capitale crimen donationes factae non valent ex constitutione divorum Severi et Antonini, nisi condemnatio secuta sit.

Marcian. 154 D. 40, 1, 8 (13 instit.) Sed nec rei capitalium criminum manumittere servos suos possunt, ut et senatus censuit.

Pap. 6 D. 46, 3, 41 (1 de adult.) Reo criminis postulato interim nihil prohibet recte pecuniam a creditoribus solvi: alioquin plerique innocentium necessario sumptu egebunt.

(52) È un caso di *poena capitis extra ordinem*, di cui allo studio e al luogo citato.

(53) V. COSTA, *Cicerone Giurec.*, II, p. 136.

Paul. 14 D. eod., 42 (3 de adult.) Sed nec illud prohibitum videtur, ne a reo creditori solvatur.

Il terzo ed il quarto testo citati, risolvendo favorevolmente all'imputato la questione dei debiti e dei crediti, ci mostrano come vi fossero dei dubbi anche sul se si potessero far valere diritti già esistenti, il che fa pensare: a) o che atti diretti invece a porre in essere situazioni giuridiche nuove non si potessero compiere: b) oppure, se i passi, secondo potrebbe dedursi dalla *inscriptio*, rispondevano al quesito solo per l'adulterio, crimine non capitale, potrebbero far nascere il dubbio che persino la limitazione nelle riscossioni e nei pagamenti, negata nella specie, sussistesse invece pei rei di crimini capitali.

Il primo testo presenta una difficoltà di lettura, nell'ultima frase. Il Cuiacio (54) corresse il *nisi* con un *si*. Il Mommsen aggiunge un *et retro infirmantur si*. Io penso lo si debba mettere in correlazione col

Pap. 691 D. 39, 5, 31 § 4 (12 resp.) Ratae donationes esse non possunt post crimen perduellionis contractum, cum heredem quoque teneat, etsi nondum postulatus vita decesserit.

Per il *perduellis* dunque, poichè il processo si svolge anche contro gli eredi (55), non valgono le donazioni anche prima dell'inizio di esso. Per gli altri quindi non debbono valere quelle fatte dopo la *postulatio*.

Ancor più probante è

Mod. D. 48, 2, 20 (2 de poenis)... adeo ut Divus Severus et Antoninus rescripserunt ex quo quis aliquod ex his causis crimen contraxit, nihil ex suis bonis alienare aut menumittere eum posse.

Non è assolutamente il caso qui di prendere in esame il vastissimo testo, sul quale i compilatori si sono molto esercitati, e che andrebbe messo in rapporto con molti e complessi problemi, che qui non si possono trattare (56). Appunto per questo non posso

(54) Opp. IV. 1340 (edit. neapol.)

(55) È notorio. V. Mommsen, p. 987; Ferrini p. 160.

(56) V. ALBERTARIO in *Zeits. Sav. Stift.* 35, p. 305 e agg. e la larga disamina del Wlassak, nell'opera citata, a p. 142 e segg. Il testo coinvolge la questione della *litis-*

pronunziarmi se il rescritto di Severo ed Antonino, che sembra nel nostro testo riferirsi solo alla *maiestas* ed alle *repetundae*, fosse lo stesso della costituzione di cui in D. 39, 5, 15, che si riferisce ai crimini capitali in genere. Da questo insieme di attestazioni però, ed anche da Marciano (D. 40. 1, 8 cit.) si può già inferire con sicurezza che i rei di crimini capitali erano limitati nelle facoltà di compiere atti di liberalità, e forse in genere di alienare. Il testo del D. 39, 5, 15 quindi o deve essere corretto con l'inserzione di un *et* innanzi al *nisi*, o, se si legga invece *si*, espungendo l'ultima frase, che rappresenta una attenuazione, introdotta da una glossa o per via di interpolazione (57).

8. — Un altro punto viene meglio chiarito, ed è il concetto di *contumax*. Dall'esame fatto, e dalle altre fonti, possiamo dedurre:

a) che il concetto processuale di *contumace* era diverso da quello di assente in genere, e comprendeva solo l'accusato che era riottoso, quello cioè che invitato a presentarsi in giudizio, ed avendone avuto piena cognizione, si rifiutava;

b) che tale concetto di contumacia trovava applicazione solo nella procedura *extra ordinem*, in quella ordinaria evidentemente guardandosi solo il fatto obbiettivo dall'essere o non presente al giudizio.

a) Ho parlato di concetto processuale di contumacia, perchè essa nelle fonti si trova spesso in tutt'altra accezione. Il Volterra

contestatio nel processo penale, della *accusatio mota*, della differenza fra *crimina* e *delicta* (V. ALBERTARIO, "Delictum", e "crimen", in *Public. dell'Università Cattolica del S. Cuore*, p. 24), nonchè la grossa e complessa questione - sotto il quale profilo non è stato ancora esaminato - della *bonorum ademptio*, o confisca, e della persecuzione contro gli eredi. Per la pena della *bonorum ademptio*, alla quale ritengo dovesse riferirsi (e non alla *publicatio* in generale), v. il mio studio in corso sulla *Repressione*, al capo X; della trasmissibilità contro gli eredi, in caso di *perduellio*, mi propongo di occuparmi in altro studio sotto menzionato.

(57) Tenuto conto che la soluzione sostanzialmente è identica, si può lasciare, per ora, il dilemma. Del testo, come in generale dei problemi che possono sorgere dall'esame degli altri, citati, ed in genere di tutti quelli che si occupano della condizione del *reus*, tra l'accusa e la condanna, della condizione speciale di chi muoia prima della *postulatio* in uno di quei reati in cui vi è persecuzione contro gli eredi, o di chi, reo di altri crimini che si estinguono con la morte, si sia sui-

ha sostenuto (58) che il vocabolo si trova in due significati: α) nel linguaggio tecnico giuridico classico, esso si usa per indicare il fatto di coloro che non ottemperano all'ordine del magistrato di presentarsi dinanzi al giudice o di fare comunque atti processuali *in iudicio* o che non adempiono alla sentenza: β) nel linguaggio postclassico esso indica l'atto di violare volutamente una norma giuridica o di tenere un contegno arrogante e dispregiativo di fronte alla legge ed al magistrato. Il vocabolo viene ad assumere così anche nella lingua giuridica la varietà e larghezza che aveva già nella lingua letteraria, in cui esso significava in genere ostinazione superbia, arroganza.

Ora acutamente il Volterra ha trovato una differenza nell'uso, classico ed in quello postclassico della parola, ed in massima accettabile è la sua dimostrazione (59). La tesi va però spostata: dai testi traspare che *contumacia* non ha avuto due significati diversi, classico-giuridico e classico-letterario e postclassico: esso ha avuto sempre lo stesso significato, che, per quel che concerne le fonti giuridiche, più che di ostinazione, superbia, arroganza era di mala volontà, proposito dispettoso, riottosità: solo che nel periodo classico questa mala volontà, proposito dispettoso etc. era *limitata al campo processuale*, e valeva solo di fronte al magistrato. La differenza era quindi solo di *comprensione* della parola; ma anche nella *contumacia* classica vi era l'idea di un *deliberato proposito*: quello di non presentarsi in giudizio (60). Essa, se anche non costituì un

cidato *metu criminis*; come anche della ragione del divieto, non sufficienti sembrando le spiegazioni che si danno nel D. 48, 2, 20, mi propongo di occuparmi in altro studio sulle « *Conseguenze dell'accusa e della condanna nel diritto penale romano* ».

(58) *Bull. Ist. dir. romano* 38, 1930, 121 e sgg.

(59) V. p. 126 e sgg.

(60) Oltre i passi che debbo limitarmi a citare nel testo, quelli cioè attinenti alla materia penale, o, al più, di carattere generico, rilevo che in tutti quelli genuini citati dal Volterra appare questo elemento della *voluntarietà*. Nettamente, se classico il passo (sospettato dal BESELER, *Subsiviva* p. 7), si rileva dal D. 5, 1, 73 § 3 « si appellet non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit; si minus audietur »; dal C. 9, 2, 4, dal C. 7. 65, 1; dal « *contumaciter deesse* di C. 7, 43, 4; dall'*absentem quasi contumacem et indefensum gravi condemnatione adficere* di C. 2, 12, 12 § 1. dalla *poena* del D. 4. 8, 39 e 43, 5, 3 § 14 (v. nel testo a pag. 28 e la nota 61). *Contumacia* in un senso obbiettivo è menzionata solo dal D. 41, 1, 2 dove il *vel cont.* potrebbe per altro essere una glossa buttata giù, senza maggiori determinazioni. La *contumacia* è quindi qualche cosa di più di ciò che dice il KRÜGER

delitto, è cosa che però va punita (61) e si distingue nettamente dall'assenza. Tralasciando un esame analitico di tutti i testi, che mi porterebbero alla necessità dello studio della contumacia anche nel diritto privato, quanto si è detto traspare chiaramente dal fondamentale fr. 5, che nella parte indicata con (a) parla dell'assente, cioè di colui che è lontano dal giudizio e nella successiva del contumace, cioè di chi non ha ottemperato agli avvisi ed ordini dei presidi. Della materia penale si occupa anche il

(Zeits. Sav. Stift, 45, p. 83): "Das blosse abesse trotz der Ladungen begründet das Versäumnisurteil ...

(61) Delitto la considera il Mommsen (326). L'A. parla di nuovo delitto creato, sembra, verso l'epoca di Settimio Severo (sulla epoca in cui sorse l'*adnotatio* già ho esposto il mio pensiero, a p. 20) e consistente nel difetto di comparizione nel processo criminale, in seguito ad una citazione più rigorosa della ordinaria, cioè ad un mandato di ricerca diretto alle autorità competenti. La confisca quindi sarebbe la pena. E questo, dice il M., non ha alcuna influenza sulla soluzione dell'affare penale per il quale fu organizzata la procedura di ricerca.

Il Mommsen sembra fondare il delitto non sulla volontarietà del non presentarsi, ma su un fatto obbiettivo, l'essere stato citato con forme più complesse (la menzione che egli fa anche dei pubblici proclami dimostra che egli considera anche l'ipotesi di chi possa difficilmente venire a sapere del giudizio penale incoato). Ora già per questo non si può versare in ipotesi delittuosa. È dubbio poi in quale momento si consumerebbe questo delitto: nel primo tempo, quando con la mancata comparizione si è iscritti nella lista dei *requirendi*, o nel secondo tempo, quando dopo il decorso dell'anno il patrimonio è confiscato? Sembrerebbe più giusto in questo secondo momento; ma l'appello, di cui in C. 7, 66, 2, si può interporre contro la semplice iscrizione nelle liste, e questo sembra il momento in cui si compie il reato pel M. Delitto certamente non ve n'è: l'*adnotatio* (che del resto non è ancora un impossessamento del patrimonio, come la considera Mommsen) è soltanto un provvedimento cautelare. L'*appellatio*, di cui nella costituzione cit., è piuttosto un reclamo (e del resto la differenza tra appello e reclamo non poteva essere fortemente sentita dai Romani, pei quali l'appello era qualche cosa di speciale e straordinario). Nè il delitto si consumava con la mancata presentazione successiva, nè la confisca era una pena vera e propria: essa, qui, è molto diversa dall'*ademptio bonorum* fiscale (che mi propongo di trattare nello studio cit. capo X). Se anche, in definitiva, si risolveva in una punizione, era sempre un provvedimento speciale. Lo scopo di tutto il procedimento era non quello di punire, ma quello di costringere, di indurre a presentarsi.

Alcunchè di illecito vi è certo nel non presentarsi volontariamente, cioè in quella che abbiamo visto essere la vera *contumacia*; ma in materia penale manca una sanzione ad hoc, che possa far vedere un delitto. La contumacia produce solo una conseguenza *processuale*, la rimozione di un ostacolo al proseguimento del

C. 2, 12, 12 § 1 (Impp. Sev. et Ant. - a. 230) ... Sed multo iustius fuit vel huiusmodi defensorem audire, quam absentem quasi contumacem et indefensum gravi condemnatione adficere.

Generici sono

C. 9, 2, 4; 7, 43, 7 ed 8 (v. più innanzi).

C. 7, 65, 1 (Ant. - a 213). Eius, qui per contumaciam absens, cum ad agendam causam vocatus esset, condemnatus est, negotio prius summatim perscrutato, appellatio recipi non potest.

Richiamo anche la definizione di contumace del

D. 42, 1, 53 § 1 (Hermog. 1 iuris epith.) Contumax est, qui tribus edictis propositis vel uno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur, litterisve evocatus praesentiam sui facere contemnet.

b) Ma la possibilità della contumacia ricorreva solo nella repressione magistratuale. Che essa sia proprio del processo di cognizione, ed estraneo a quello formulare, venne già sostenuto dallo Steinwenter (62); non occorre ritenere la bilateralità del processo penale per attribuire molta importanza, in questa materia, al parallelismo col diritto privato (63); nel processo ordinario si guarda il fatto obbiettivo dell'assenza dal giudizio, che impedisce la procedibilità. Vi saranno, come nel processo privato ordinario, solo dei

processo, che si troverà ad essere, di fatto, pregiudicato per il contumace, ma ha il suo svolgimento normale, Circa la contumacia in genere, se anche molti testi parlano di *contumaciam punire* (D. 4, 8, 39; 12, 3, 8; 26, 7, 38 § 2; 27, 1, 35), non per questo bisogna pensare ad un vero e proprio *crimen*. Infatti in D. 4, 8, 39 pr. l'arbitro punisce la contumacia del litigante *pecuniam eum adversario dare iubendo*, ed anche negli altri casi la punizione è sempre intesa in un senso generico. Questo prescindendo da possibili sospetti (come pel D. 27, 1, 35, pel SOLAZZI, *La minore età* p. 266 e sg., pel LEVY, *Zeits. Sav. Stift.* 37, 1916, p. 63, pel BESELER, *Beiträge* IV, p. 154).

(62) *Studien der röm. Versäumnisverfahren*, specie a p. 108 e seg. Non è il caso qui di addentrarsi nell'esame del processo contumaciale privato, largamente disaminato dallo St. nelle diverse epoche.

(63) Si pensi che lo stesso Wlassak, il più fiero assertore della differenza tra i due ordinamenti, in materia, richiama, a dimostrazione del suo assunto che il processo deve continuarsi dove è stato iniziato, il parallelismo con lo stesso principio nel diritto privato (*Anklage*, p. 79 e seg.).

mezzi indiretti per costringere il convenuto ad intervenire, ma il magistrato non potrà intervenire esso stesso; nel processo magistratuale, viceversa, si incomincia a distinguere se si sia lontani dal luogo del giudizio, o non, per inviare gli avvisi, ordini, etc., onde si possa poi fissare la condizione di *contumax*. Nei rescritti imperiali infatti si parla di contumacia nei giudizi dei presidi delle provincie.

L'unico testo che ho trovato, riferentesi alla materia penale soltanto, è

C. 9, 2, 4 (Gord. a. 241). Si accusatoribus absentibus et non per contumaciam adesse iudicio cessantibus ex una postulatione aditus praeses provinciae non causa cognita sententiam dixit, qua eum de quo querimoniam detulisti liberandum existimavit, criminatione etiam nunc perseverante quae contumacia vel cessatione accusatorum non interveniente auferri non potuit, causa intentati criminis apud eundem vel successorem eius more iudiciorum tractabitur.

Altri passi sono generici

C. 7, 43, 7 (Diocl. et Max. a. 290). Ea, quae statuuntur adversus absentes non per contumaciam, scilicet denuntiationibus nequaquam more conventos, iudicatae rei firmitatem non obtinere certum est.

Si parla di *convenire denuntiationibus*, modo straordinario.

C. 7, 43, 8 (iidem - a. 290). Consentaneum iuri fuit temporibus ad praesentiam partis adversae praescriptis praesidem provinciae impleta iuris sollemnitate et adversario tuo trinis litteris vel nunc pro omnibus peremptorio edicto, ut praesentiam sui faceret, commonefacto, si in eadem contumacia perseveraverit, praesentis adlegationes audire. Quod vel successor eius facere curabit. A quo ter citatus si contumaciter praesentiam sui facere neglexerit, non abs re erit, cett.

8. — Al lume degli esposti principi (nessuna condanna per gli assenti nel processo ordinario, e nello straordinario distinzione tra assenti veri e propri e *contumaces*, con l'*adnotatio* pei primi, la condanna pei secondi), possiamo valutare gli altri testi.

(Paul) Sent. 5, 35, 1. Meritum appellationis causae capitalis et ipsam rationem status non nisi per nosmet ipsos prosequi possumus: nemo enim absens aut in servitutem duci potest aut damnari.

Il testo va ancora riguardato con la questione della difesa degli assenti. Per ora ci basta rilevare che esso enuncia, per la *damnatio*, la regola fondamentale dei giudici pubblici, cui si riferiva, dato che trattava dei capitali.

(Paul) Sent. 5, 5^a, 9 (v. p. 4).

Per quel che riguarda la *damnatio*, l'avere il giureconsulto, da cui fu tratta la sentenza, nominato la causa capitale, non significa che a questa era limitata la regola. La causa capitale poteva riguardare il quesito mi si rispose.

Alla *cognitio* si riferisce invece D. 48, 1, 10; (p. 4) come ci mostra il *cognitione suscepta* (64). Nel testo vi sono delle irregolarità, già rilevate dal Wlassak (65), il quale pensa, ed a ragione, che dopo il *nec* occorreva un *alias quam*. Non escludo che debba esservi stata una elaborazione sistematica, come debbono averne subito quasi tutti i brevi articoli del fondamentale D. 48, 1; ma la sostanza è classica; e classica potrebbe essere anche la menzione della *citatio* (66) che qui rappresenta quello che in altri testi sono le *denuntiationes* o gli *edicta*. Ad ogni modo la chiamata triplice era certo praticata, come desumiamo dalla definizione stessa di contumace, riportata a pag. 28 (67)

Non rilevante è qualche altro testo:

D. 48, 8, 4 § 1 (Ulp. l. 7 de off. proc.) Idem Divus Hadrianus rescripsit: constitutum quidem est, ne spadones fierent, Eos autem, qui hoc crimine arguerentur, Corneliae legis poena teneri eorumque bona merito fisco meo vindicari debere; sed in servos, qui spadones fe-

(64) Pel *suscipere cognitionem* v. Wlassak, o. c. p. 110 n. 30.

(65) O. c. p. 58 n. 14.

(66) "Per lo Steinwenter, o. c. p. 10 n. 1., *citare* aveva il significato della "Aufruf durch einen praeco", e più tardi, alla fine del terzo secolo, assunse quello di *admonitio*-Ladung. Io non escluderei che questo ultimo senso abbia potuto assumerlo prima, per la repressione straordinaria: nessun fatto nuovo si verificò più tardi, salvo il prevalere della *cognitio*; nella *cognitio* stessa, quindi, gli stessi concetti potevano essere espressi anche prima. Il *citare* di questo testo, a proposito della *potestas citandi accusatorem*, è preso in esame dallo STROUX, (*Eine Gerichtsreform* cit., p. 51, n. 2). Ora se in BGU 611, c. III l. 7 deve leggersi, con lo S., *citandi*, questa parola si ritrova fin dall'epoca di Claudio nel senso di cui al nostro passo.

(67) Anche C. 7. 43, 8 e 9 parla di triplice avvertimento, in alternativa con l'*edictum peremptorium*.

cerint, ultimo supplicio animadvertendum esse: et qui hoc crimine tenentur, si non adfuerint, de absentibus quoque, tamquam lege Cornelia teneantur, pronuntiandum esse.

Si tratta di un rescritto di Adriano, in cui l'imperatore richiama una precedente costituzione. La costituzione faceva rientrare il caso di chi evira sotto la legge Cornelia; Adriano aggiunge delle norme più dettagliate: il brano dall'*et qui* ammetterebbe la condanna anche degli assenti neanche, limitatamente, per una disposizione speciale per coloro che evirano, ma addirittura per la legge Cornelia. Ora in ogni caso una glossa potrebbe essere il *tamquam lege Cornelia teneantur*, e si potrebbe pensare, per il resto, ad una disposizione speciale di Adriano per gli evirati: ma lo stile è così contorto, e la sintassi così poco osservata, che si deve ritenere sia tutta una aggiunta postclassica. Nell'epoca in cui era cessata la distinzione tra repressione ordinaria e straordinaria, come vediamo che diversi casi prima repressi *extra ordinem* vengono subsunti sotto un *crimen* tradizionale, così è facile che siano state attribuite anche ad una legge disposizioni che riguardavano un fatto assimilabile a quelli da essa repressi. Il brano che segue, il cui contenuto è certamente genuino, è introdotto da un *plane*, che fa pensare che i compilatori abbiano voluto riprendere qualche cosa che avevano interrotto. Una tendenza postclassica ad introdurre casi speciali di condanna dell'assente la ritroviamo, del resto, nella condanna degli *apparitores*:

C. 9, 47, 21 (Grat. Valent. Theod et Arc. - a. 385) Ne diu apparitorum prava admodum venalisque perfidia in publica impune commoda desaeviret, censemus etiam in absentes eos pro competenti ultione debere consurgere.

9. — Con ciò va risolta anche l'altra questione dell'*accusatio* (v. n. 2). Abbiamo veduto come l'*adnotatio* fu limitata alla *cognitio extra ordinem*, per la quale non vi era un'*accusatio* tecnica, mancando le formalità della procedura delle *quaestiones*, e come nella procedura ordinaria invece la *damnatio absentium* fu sempre esclusa: or prendendo come punto di partenza il fatto che in origine l'*accusatio* è sempre permessa (legge *Memmia*), deve dedursi che nella procedura ordinaria, non essendovi l'*adnotatio*, ed effetti potendosi produrre solo con l'inizio della lite, l'*accusatio* anche più tardi fu permessa sempre ed in ogni caso. In caso contrario non sarebbe

stato possibile incriminare un fatto, limitare il reo nelle sue facoltà, e spingerlo, se riteneva di essere innocente, ed iniziare regolare giudizio. Dal punto di vista storico poi si osserva che manca un elemento da cui possa dedursi che dopo la legge *Memmia* vi sia stata una restrizione.

La cosa del resto è confermata da *Venuleio*, nel D. 48, 2, 12 pr., il quale, elencando i casi in cui non è lecito accusare, ed enumerando tra questi quello degli assenti *rei publicae causa*, direbbe, se esatta la tesi del *Wl.*, che la regola va applicata solo pei crimini meno importanti, cioè pei non capitali; ed anche da D. 48, 5, 13 (11) § 2 (68), (non avendo ragioni per ritenere che la rea di adulterio si sia resa assente dopo la *receptio*), nonchè da Sent. 5, 5^a, 9 (prescindendo qui dalla questione dell'accusa *per alium*).

Non può preoccuparci il rescritto riportato in C. 9, 2, 6 (p. 5). Il caso proposto all'imperatore, quale risulta dal contenuto del passo, era di alcuno che fosse stato condannato dal preside della provincia alla pena del metallo, ed *assente ed ignorante*, perchè non vi fu mai alcuna denuncia. Tutto mostra che si trattava di repressione in via straordinaria. Lo dimostra inequivocabilmente il magistrato che ha comminato la pena, lo dimostra la pena stessa, che, come spero di potere altrove porre in rilievo (69), è tipicamente *extra ordinem*. Lo dimostra la espressione *denuntiatio*, che, come rilevammo, è tipica della *cognitio*. I compilatori perciò hanno elaborato il testo, premettendo un principio generale che non poteva essere classico. Classica era la menzione dell'*adnotatio*, trattandosi di *crimen extra ordinem*: ma la menzione del *crimen capitale* è certo spuria, se si pensi che il metallo fu assimilato, o addirittura fuso, al *crimen capitale*, solo più tardi (70).

Ritoccato è pure C. 9, 40, 1, che si riferiva alla *cognitio* (pag. 5). Nella repressione ordinaria non si considera tanto la *sententia*, ma la *damnatio*, mentre la menzione della sentenza ha la prevalenza nella cognizione magistratuale. Non si parla poi in esso di *accusatio*, ma semplicemente di *intentare crimina*.

Per assumere in esame, infine, il D. 48, 5, 16 §§ 1-4 occorre tener conto anche dei seguenti rescritti di Gordiano:

(68) leggilo a pag. 37.

(69) *Repressione*, capo XIII.

(70) eod., sezione V.

C. 9, 9, 14 (a. 242) *Adulteram, si postea quam crimen contra eam inchoatum est, provincia excessit, etiam absentem inter reos recipi posse explorati iuris est.*

C. 9, 9, 15 (a. 242). *Si quondam uxor tua, antequam crimen adulterii peteretur, provincia excessit, neque absens accusari potest neque in eam provinciam in qua stipendium facis transmitti iure deposcitur.*

dai quali traspare che nel caso di adulterio la donna uscita dalla provincia non può più essere accusata in assenza. Il principio da noi or ora fermato, della ammissibilità dell'*accusatio absentium* viene ad essere infirmato? O si tratta di una norma speciale per l'adultera? o la singolarità dipende da altra ragione?

Un indizio di grande valore per combattere il primo dubbio viene, a mio avviso, dato dall'*absens* della c. 15. L'imperatore non dice: la donna uscita dalla provincia non può essere accusata perchè assente; nè semplicemente "non può essere accusata", (sottintendendo: in base a quel principio generale per cui gli assenti non possono essere accusati). Ma dice invece non può essere accusata *in assenza*, cioè: la facoltà dell'accusa in assenza qui non si applica; il che significa che in altri casi e in altre circostanze tale accusa è possibile.

Quale è allora il valore e la sfera della limitazione citata?

I due testi sono esaminati dal Wlassak (71). Contro il Naber, il quale vedeva nel primo la conferma della sua opinione della *litiscontestatio* anche nel processo penale, e la deduceva dall'*inchoare crimen* (72), il Wl. sostiene che la possibilità di proseguire il giudizio solo là dove *crimen inchoatum est* della c. 14, e la impossibilità di iniziarlo, se la donna sia uscita dalla provincia, non dipendano dal fatto dell'essersi contestata o meno la lite, ma dalla regola secondo cui il processo iniziatosi in un luogo deve essere proseguito nel medesimo.

La questione, pel Wlassak, viene ad assumere un aspetto ed anche una importanza diversa di quella che ha per noi, tenuto conto che quello studioso ritiene che nell'adulterio, come delitto non capitale, l'assente poteva essere condannato. Per noi la questione si limita al campo della accusa, con le conseguenze che ne derivano,

(71) o. c. p. 72 e agg.

(72) e così la GLOSSA ad. h. l.

già esposte (73). Or non vi ha dubbio, ammenocchè non si voglia supporre una alterazione dei due testi, alterazione sostanziale di cui non ci risulterebbero gli estremi e le ragioni, che l'adultera uscita dalla provincia non poteva nemmeno essere accusata: solo se fosse stata già accusata, si poteva *recipere inter reos*. Ma questa è una disposizione che concerne le provincie, e quindi non riguarda la procedura ordinaria. Non potremmo dire qui se il reato fosse giudicato dal preside o da *quaestiones* formate sul modello di quelle di Roma (74), e se quindi le forme processuali fossero del tutto diverse dalle ordinarie o simili a queste. Poco possiamo desumere dalla terminologia, in quanto, come accennai (75) non è difficile che le espressioni usate nella procedura ordinaria siano state applicate anche in quella *extra ordinem*. Di preside ci parla invero il D. 48, 5, 16 § 4, ma non escludo che la fine del passo sia un'aggiunta postclassica. Ad ogni modo, i magistrati o i tribunali municipali non saranno potuti andare oltre di quella che era la loro sfera di giurisdizione: accusare quindi chi era già fuori della provincia, iniziare cioè un atto di procedimento contro di lui significava esorbitare dalle attribuzioni. E questo anche più ove la cognizione fosse magistratuale.

Così va spiegato anche il D. 48, 5, 16 (15) § 4 (76).

Ulpiano enuncia nel § 1 la regola generale, che non si possono accusare gli assenti *rei publicae causa*, (onde abbiamo dedotto che

(73) V. p. 23 e sgg.

(74) L'ARANGIO RUIZ (*Storia*, 142), parla di creazione di un processo analogo alle *quaestiones*, ove il giudizio veniva sostanzialmente deciso dal *consilium* del magistrato, il quale finiva per pronunciare senz'altro quella sentenza che risultava dai voti del consiglio. V. pure *L'editto di Augusto ai Cirenei*, in *Riv. di fil. cl.* p. 329 e sgg.

(75) V. retro, nota 21.

(76) Lo riferisco per esteso: § 1 *Legis Iuliae de adulteriis capite septimo ita cavetur: "ne quis inter reos referat eum, qui tum sine detrectatione rei publicae causa aberit"; neque enim aequum visum est absentem rei publicae causa inter reos deferri, dum rei publicae operatur. § 2 Necessario adicitur "sine detrectatione"; ceterum si quis evitandi criminis id egit, ut rei publicae causa abesset, nihil illi comentum hoc proficiat. § 3 Quod si quis praesens sit, vice tamen absentis habetur (ut puta qui in vigilibus vel urbanis castris militat) dicendum est deferri hunc posse; neque enim laborare habet, ut se repraesentet. § 4 Et generaliter dicendum est eorum demum absentiam excusatam esse, qui in alia provincia rei publicae causa absunt quam in ea in qua deferuntur. Proinde si quis in provincia, in qua*

si possono invece accusare gli altri assenti), commenta nel § 2 una riserva fondamentale (*sine detractatione*), formula, nel § 3, una ipotesi speciale (di colui che, pure essendo presente, sia considerato *vice absentis*); viene poi a parlare delle provincie. D'accordo col Wlassak (77) che questo testo non sia elaborato sostanzialmente; d'accordo con lui che chi fosse in altra provincia non potesse essere accusato: soltanto questo è un principio che vigeva per la repressione ordinaria. Al posto dell'*et generaliter dicendum est* doveva esservi, a mio avviso, una frase che accennasse a questo trapasso alle provincie, e quindi alla repressione straordinaria. Solo nel diritto giustiniano, attuata la fusione fra le due repressioni, venuta meno la differenza tra l'Italia e le provincie, e tutto l'Impero essendo ripartito in provincie, è possibile una generalizzazione della regola.

Tenendo presenti quindi i problemi di cui al n. 1 e 2, e le premesse di cui al n. 3, l'assenza, nella repressione ordinaria, impedisce sempre la condanna, e non impedisce mai l'accusa; ed è sempre la assenza dal giudizio (78) obbiettivamente considerata. È nella repressione straordinaria, cioè in quella che, per la maggior semplicità delle forme, per l'influenza dei giureconsulti assume

agit, adulterium commiserit, accusari poterit, nisi sit ea persona, quae ad praesidis cognitionem non pertinet.

(77) p. 69, e nota 52. I compilatori hanno, per lui, alterato un paio di parole e sostituito coll'*et generaliter*: questo per modificare quello che si riferiva all'ordinamento dell'antica Italia, e sostituirlo con ciò che al tempo loro poteva ancora avere valore. Ma appunto coincidente con tale riferimento all'antica Italia, è, a mio avviso, la ipotesi che Ulpiano passasse, nel § 4, a parlare, come di cosa diversa, delle provincie.

(78) Non posso quindi accedere alla tesi, fondata su elementi del resto un pò indiziari, del Wlassak (p. 70 e sgg.), che nelle cause capitali (le sole in cui per lui non si potesse procedere, come ho esposto retro, alle p. 9 e sgg.) fosse ammessa, l'accusa se l'assente fosse nella stessa provincia, e quindi in rapporto all'accusa si considerasse non il semplice fatto di essere o non presente in giudizio, ma anche il luogo dove l'imputando realmente si trova. Il Wlassak molto sottilmente, trae da sostegno il duplice *absens* di Sent. 5, 5^a, 9 (leggilo qui a pag. 4), che, per lui, indica appunto che il significato, nella prima proposizione, riferentesi alla condanna, è diverso da quello della seconda, riferentesi all'accusa. Richiama pure le parole *si desit* di C. 9, 2, 6, che non sono una superfluità, ma rappresentano una migliore determinazione della parola *absens*. Ora per questo secondo testo la valutazione fatta a p. 32 non consente la proposta interpretazione. Quanto al primo, la deduzione del Wl. è, come dicevo, puramente indiziaria, potendo benissimo i due *ab-*

estensione sempre più ampia, e si viene imponendo, che si adottano misure più rigorose contro chi non vuol comparire, e in cui si distingue pure fra colui che sia nella stessa o in altra circoscrizione (79).

10. — Quanto all'altra questione, se sia possibile l'intervento di altri in giudizio a nostro favore, le fonti presentano una antinomia, che fu considerata "una ex nobilissimis et difficillimis totius iuris", (80.)

Pap. 721 D. 48, 1, 13 § 1 (l. 15 resp.) Ad crimen iudicii publici persequendum frustra procurator intervenit, multoque magis ad defendendum: sed excusationes absentium ex senatus consulto iudicibus allegantur, et, si iustam rationem habeant, sententia differtur.

Alex. C. 9, 2, 3 (a. 223) Reos capitalium criminum absentes etiam per procuratores defendi leges publicorum iudiciorum permittunt.

L'antitesi è nettissima, Papiniano parlando di tutti i giudizi pubblici, dei quali i più importanti sono i capitali.

Con Alessandro si accordano

Ulp. 322 D. 3, 3, 33 § 2 (l. 9 ad Ed.) Publice utile est absentes a quibuscumque defendi: nam et in capitalibus iudiciis defensio datur. Ubicumque absens quis damnari potest, ibi quemvis pro eo

sens derivare da abbreviazioni di una più lunga spiegazione del giureconsulto, ridotta e riassunta in una regola incisiva.

(79) Due concezioni di assenza troviamo nelle definizioni che ci danno: Ulpiano nel commento all'editto l. 1, in D. 39, 2, 4 § 5: *abesse autem videtur et qui in iure non est: quod et Pomponius probat* (per il caso del *damnum infectum*); Marciano (l. 9 institutionum): D. 40, 5, 51 § 5 *Abesse autem is intelligitur, qui a tribunali abest*. Dall'altro lato, Ulpiano stesso nell'opera *de omnibus tribunalibus*: (D. 50, 16, 199) *Absentem accipere debemus eum, qui non est eo loci, in quo loco petitur: non enim trans mare absentem desideramus*.

Questo ci mostra come si consideri l'assenza come assenza dal giudizio, in genere, là dove si parla della giurisdizione ordinaria, come assenza dal luogo dove si parla di giurisdizione straordinaria; ed indubbiamente malgrado la elaborazione dell'opera *de omnibus tribunalibus*, il nocciolo ulpiano dove poteva derivare si riferiva alla *cognitio extra ordinem*.

(80) Secondo la espressione del MATTHAEUS, *De criminibus* cit., p. 669, che riferisce largamente le varie teorie.

verba facientem, et innocentiam excusantem, audiri aequum est, et ordinarium admittere, quod ex rescripto imperatoris nostri apparet.

Paul. D. 3. 3, 71 (I Sent.) Absens reus causas absentiae per procuratorem reddere potest.

(Paul). Sent. 5, 16, 11. Neque accusator per alium accusare neque reum per alium defendere potest, nisi ingratum libertum patronus accuset aut rei absentia defendatur.

Pap. 20 D. 48, 5, 13 (11) (12 Lenel) § 2 (l. sing. de adult.) Ea, quae inter reos adulterii recepta est, absens defendi non potest

da cui si desumerebbe che negli altri casi l'assente possa essere difeso.

Viceversa da

Marcian. 20 D. 37, 15, 4 (l. 2 de publ. iud.) Per procuratorem ingratum libertum posse argui divi Severus et Antoninus rescripserunt

si dedurrebbe che in tutti gli altri casi non possa esservi l'intervento di procuratore (81).

Altri dubbi sorgono alla lettura dei testi concernenti l'appello. La possibilità di *appellare pro alio* condotto al supplizio traspare da

Ulp. 10 D. 49, 1, 6 (l. 2 de appell.) Non tantum ei qui ad supplicium ducitur provocare permittitur, verum alii quoque nomine eius, non tantum si ille mandaverit, verum quisquis alius provocare voluerit. Neque distinguitur utrum necessarius eius sit necne.

In contraddizione con se stesso appare Ulpiano (15) in

D. 49, 9, 1 pr. (4 de appell.) Quaeri solet, an per alium causae appellationis reddi possunt: quae res in rebus pecuniariis et in criminibus agitari consuevit. Et in rebus pecuniariis sunt rescripta posse agi. Verba rescripti ita se habent: " Divi fratres Longino. Si tibi qui appellavit mandavit, ut eum de appellatione, quam Pollia ad eum fecit, defenderes, et res pecuniaria est: nihil prohibet no-

(81) Conforme a quanto accennai alla nota 38 in fondo, che non mi occupo dell'assenza dell'accusatore, non posso occuparmi nemmeno dell'accusa *per alium*, e quindi di (Paul) Sent. 5, 5^a, 9.

mine eius te respondere., Sin autem non sit pecuniaria causa, sed capitalis, per procuratorem agi non licet. Sed et si ea causa sit, ex qua sequi solet poena usque ad relegationem, non oportet per alium causas agi, sed ipsum adesse auditorio debere sciendum est; plane si pecuniaria causa sit, ex qua ignominia sequitur, potest et per procuratorem hoc agi. Idque erit probandum et in ipso accusatore, si appellaverit, vel si adversus eum sit appellatum. Et generaliter quae causa per alium agi non potest, eius nec appellationem per alium agi oportet.

Da una serie di passi traspare quindi che per l'assente possa intervenire un altro. Ma ad essi si oppone:

1) categoricamente, Papiniano, per tutti i giudizi pubblici (D. 48, 1, 13);

2) Papiniano stesso, per l'adulterio (D. 48, 5, 13);

3) Ulpiano, per la prosecuzione dell'appello nelle cause capitali, ed in quelle da cui segue pena fino alla relegazione (D. 49, 9, 1 p.).

Nasce quindi questione. E questioni nascono se si connetta il problema agli altri due già accennati: se, infatti, l'assente non può essere accusato, come può sorgere il quesito se possa essere difeso *per alium*? Se il processo non può svolgersi, non si può sentire la necessità della difesa. - Se poi l'assente non può essere condannato, egualmente la difesa è inutile. Se invece è ammissibile la condanna, deve sembrare necessaria anche la difesa. Eppure, secondo C. 9, 2, 3 sono i rei di crimini capitali che possono *defendi per procuratorem*, mentre, se una distinzione va fatta sotto questo profilo, sono proprio i rei di crimini capitali che non vanno condannati (D. 48, 19, 5 pr.).

Ora la questione, come si è rilevato, affaticò molto gli interpreti dell'età di mezzo, che si divisero in quattro dottrine.

A parte una prima (Gomez, Farinacio) che ritenne categoricamente che proprio l'assente potesse essere difeso *per procuratorem*, sostenne il Cuiacio (82) che occorre far differenza tra delitti capitali e non capitali, ammettendo la difesa pei primi, negandola pei secondi. Ciò fondandosi sulla legge *Non tantum* (49, 1, 6) che permette

a ciascuno di appellare per colui che è condotto al supplizio, sulla legge *Addictos* (C. 7, 62, 29 (83), e sul passo di Cicerone in Verr. II, 47, 107, secondo cui a Stenio Termitano, reo di crimine capitale ed assente, fu dato un *cognitor*; mentre pei non capitali la impossibilità della difesa sarebbe dimostrata dalla legge *miles* (D. 48, 5, 12 § 2). L'opinione è dal Matthaeus combattuta sul rilievo che Papiniano (D. 48, 1, 13) esclude il *procurator* in tutti i crimini pubblici, che Ulpiano per di più (D. 3, 3, 33 § 2) dicendo *non mirum absentes per procuratorem defendi: nam et in capitalibus crim. defensio datur*, mostra di ritenere a maiori che la *defensio* era data in caso di crimini non capitali, che infine Ulpiano stesso (D. 49, 9, 1 pr.) non permette l'*agere causas appellationum pro alio* non solo nei capitali, ma nemmeno in quelli che portano pene fino alla relegazione. Rifiuta la testimonianza di Cicerone, riguardante in ogni caso il *cognitor* e non il *procurator*, perchè non probante per l'epoca di Giustiniano.

Altra teoria ritiene che la difesa dell'assente possa ammettersi nei soli casi in cui questi possa essere condannato, cioè in caso di pena non superiore alla relegazione (D. 48, 19, 5), o dopo la *litis contestatio* (desunta da D. 48, 1, 10), o nel caso di colui che è accusato *ex lege Cornelia* per avere evirato (48, 8, 4 § 1), o quando un *apparitor corruptus accusatur perfidiae* (C. 9, 47, 21) (84). La combatte il Matthaeus mostrando che Papiniano in D. 48, 13, 1, Ulpiano in D. 49, 9, 1, negando la difesa, parlano proprio dell'epoca posteriore alla *litis contestatio*, e Papiniano stesso, ammettendo che si possano soltanto *reddere causas absentiae*, esclude per ciò stesso ogni difesa.

L'ultima opinione, accettata dal Matthaeus, è quella della Glossa, di Duareno, Donello, etc.: il procuratore è ammesso sempre, non a difendere l'innocenza, per ottenere l'assoluzione, ma soltanto a

(83) C. 7, 62, 29 (Arc. et Hon. - a 398) *Addictos supplicio et pro criminum immanitate damnatos nulli clericorum vel monachorum, eorum etiam quos synoditas vocant, per vim atque usurpationem vindicare liceat ac tenere. Quibus in causa criminali humanitatis consideratione, si tempora suffragantur, interponendae provocationis copiam non negamus cett.*

(84) Grat. Valent. Theod. et Arcad. - a. 385. *Ne diu apparitorum prava admodum venalisque perfidia in publica impune commoda desaeviret, censemus etiam in absentes eos pro competenti ultione debere consurgi.*

scusare l'assenza. Nulla prova in contrario la parola *defensio* usata in D. 3, 3, 33, § 2, poichè nel concetto lato di difesa deve intendersi anche quello di *excusatio*: nulla oppone il fatto che la *defensio* vien data dalle leggi *iudiciorum publicorum* (C. 9, 2, 3), la *excusatio* da *senatusconsulti* (D. 3, 3, 33 § 2 e 48, 1, 13), perchè sovente si attribuisce alla legge ciò che è dato per *senatusconsulti*. L'unica obbiezione fondata, quella che Ulpiano in D. 3, 3, 33, § 2 parla di *excusatio innocentiae*, va eliminata sostituendo ad *innocentia*, *absentia* (85).

I Basilici mentre dicono (60, 33, 16, sch. 2 - Hb. V, 675)

οὐδὲν ἄλλο λεγόντων τῶν ἐντόλεων, εἰ μὴ ὅτι εὐλογός ἐστιν αἰτία δι' ἣν ἀπολιμπάνονται

affermano pure, mostrando così incertezza:

ἐάν τὸ ἔγκλημα τῶν τοιούτων ἐστὶν ἐφ' ᾧ καὶ κατὰ τοῦ ἀπόντος ἐκφέρεται ἀπόφασις, τοιούτοις τῶν εἰς ἐξορίαν ἐόντων τὴν καταδίκην, δεχόμεθα τὸν δεφενδούοντα * ἐάν δὲ μὴ ἐστὶ τοιούτον τὸ ἔγκλημα οὐ δεχόμεθα τὸν προκατονάρτηρα ἀπολογούμενον περὶ τῆς οὐσίας τὸν πρωτοτύπου.

11. — Anche questa questione, a mio modesto avviso, deve studiarsi sotto il profilo della distinzione tra la repressione ordinaria e quella straordinaria. Essa riceve quindi ausilio dalla soluzione precedente, per quanto, per la scarsezza delle attestazioni, e per la incertezza della materia nello stesso diritto romano, non si può essere sicuri di giungere a quella soluzione precisa ed univoca, cui si è giunti per l'altro problema. Qui i romani si sono trovati di fronte ad esigenze pratiche, in ipotesi in cui, pure in presenza della regola per cui gli assenti non possono essere condannati, appariva necessaria una particolare protezione in corso di giudizio, e quindi si riteneva opportuno l'intervento di altri.

Bisogna anzitutto premettere che, se in molti testi si parla di un procuratore, questi non potrà mai intervenire in giudizio come interveniva nel diritto privato, per addossarsi, cioè, la condanna, salvo ad agire contro il suo rappresentato. Il *procurator*, se interveniva, interveniva solo come difensore, per sostenere le ragioni dell'accusato, ma la condanna non poteva riguardare che questo. Sarebbe il

(85) La correzione è approvata ora dal FRESE, in *Studi Bonfante* IV, 427, n. 123

concetto della *defensio*, diverso dalla rappresentanza, come osserva anche il Lenel (86). Il difensore qui *assiste*, insomma, non rappresenta: potrà assicurare l'adempimento della condanna, se mai, con una *satisfactio* (87), ma non sopportarla in proprio, onde l'imputato, se manchi, è sempre un assente. Questo dovrebbe trarre ad approvare, in tesi (88), la teoria che sostiene che non può intervenire altri, qualora l'assente non possa essere condannato. Secondo quanto abbiamo dimostrato, quindi, il *procurator* non dovrebbe poter mai intervenire nei giudizi pubblici; e infondata sarebbe quindi l'opinione che fa distinzione tra crimini capitali e non capitali. Ma siccome, secondo si è pure veduto (89), nella repressione straordinaria l'assente può essere condannato solo quando abbia avuto notizia del procedimento e sia stato ribelle, anche nella procedura straordinaria un difensore non potrebbe intervenire, perchè l'intervento stesso, se valido, elimina la condizione di *contumax*. L'intervento sarebbe quindi necessariamente limitato, secondo ritengono gli altri, a scusare l'assenza.

Tali deduzioni trovano però un ostacolo formidale nei testi citati. Non preoccupa (Paul) Sent. 5, 16, 11, perchè esso poteva contemplare la sola persecuzione contro il liberto ingrato, ed essere stato esteso da un elaboratore, che intendeva riferirsi alle ipotesi di *excusatio*. Ma l'ostacolo maggiore è dato dal C. 9, 2, 3, che parla espressamente dei procuratori nei crimini capitali. Tale limitazione richiama alla mente la tesi della distinzione tra crimini capitali e non capitali (90), ma, considerandola, nasce addirittura una con-

(86) *Edictum perpetuum* p. 88 e sgg., fondandosi peraltro solo sul D. 3, 3, 33 § 2. V. pure p. 99 e sg.

(87) Lenel, eod. Impugna la classicità delle espressioni *procurator ad agendum* o *ad defendendum* il Frese, p. 425.

(88) Dico "in tesi", perchè non se ne potrebbe mai approvare la dimostrazione, sopra riassunta. Abbiamo visto infatti quale conto si possa fare del D. 48, 19, 5. Sappiamo poi quanto sospettabile sia la *litis contestatio* nel processo penale, e quindi come non si possa speculare su D. 48, 1, 10: desumere, del resto, come fanno quegli autori, la *litisc.* dal *cognitione suscepta* è anche eccessivo. Abbiamo poi già esaminato (pag. 30 e sgg.) il caso di colui che ha evirato, e quello degli apparitori, come casi speciali e quindi non probanti.

(89) V. retro p. 16 e sg.

(90) Eliminiamo la menzione del capitale i Basilici (Hb. V. 675)

δύνανται, οἱ ἐπὶ ἐγκλήμασιν εὐθυνόμενοι διὰ ἐντολῶν ἀποκρίνασθαι, ἀπόντας μὲντοι. Teodoro la enuncia nello scolio a questo passo.

tradizione, perchè, pel Wlassak, sono proprio i rei di crimini capitali che non vanno condannati. Lo scoliaste Teodoro (91) si richiama ai passi in cui si permette di appellare *pro alio*, e non potrebbe fare diversamente, tenuto conto che, come si rilevò, anche i Basilici ammettono la sola *excusatio* degli assenti, nei soli casi in cui si può essere condannati, e dopo che vi sia stata, per di più, la ripetuta *admonitio* (D. 48, 19, 5) Il testo è quindi inesplicabile, anche per l'epoca giustiniana.

La costituzione è appoggiata poi dal D. 3, 3, 33 § 2.

Questo passo presenta due singolarità: la difesa nei crimini capitali, al pari della costituzione ora citata; la difesa dell'assente in merito, che traspare dalla frase *innocentiam excusare*. La seconda, come si osservò, è corretta dagli interpreti con la sostituzione di *absentia* ad *innocentia*, la prima rimane, come nel passo precedente, senza una spiegazione che possa appagare. Ulpiano qui nomina un rescritto dell'*imperator noster*, ed Ulpiano era nel suo periodo migliore proprio tra il 222 ed il 228, sotto l'imperatore Alessandro. È da presumersi quindi che il rescritto di cui parla fosse proprio quello riportato in C. 9, 2, 3.

L'ipotesi più spontanea che sorge, ed anche un po' semplicistica, è quella di un capovolgimento operato dai compilatori, ipotesi che trova il suo fondamento sulla sicura alterazione del passo del Digesto. Tale ipotesi è stata accennata dal Frese (il quale per altro si è occupato solo per incidens della questione), ed è conforme alla sua tesi, che afferma giustiniana nel diritto privato la figura del semplice *defensor* "unbeauftragter". Il F. (92) ritiene in C. 9, 2, 3, compilatorio l'*etiam*, e soppresso un *non* innanzi al *permittunt*. Ora contro questa ipotesi è il rilievo che diverso dal contenuto del passo era il pensiero giustiniano in materia, esplicito come ora accenneremo.

Infatti, studiando se sia o meno ammissibile la difesa degli assenti, bisogna considerare un duplice punto di vista: essa potrebbe essere inammissibile a) per un criterio obbiettivo-processuale, per una ragione, insomma di forma, qualora fosse inconcepibile, perchè eventualmente incompatibile con la struttura del processo, che alcuno intervenga per altri per sostenerne le ragioni: b) per una ragione subbiet-

(91) Sch citato.

(92) p. 427 n. 123.

tiva, cioè se per caso manchi l'interesse, o, se meglio vogliamo, la necessità, o la utilità di essere difeso. Ora in diritto giustiniano può non ricorrere il primo impedimento, potendosi concepire la figura del terzo difensore, che, come vuole il Frese, non era invece ammessa pel diritto classico. Ma vi è invece il secondo impedimento, in quanto proprio nei crimini capitali, cui accennano i nostri passi, gli assenti non possono essere condannati, neanche se contumaci, e non si vede quindi per quale scopo potrebbero essere difesi.

Tale ragione fondamentale e sostanziale, che è contro una interpolazione radicale, è appoggiata da una serie di piccoli indizi: la corrispondenza, rilevata, tra il passo di Ulpiano e l'epoca della costituzione; il contrasto in cui si trova il principio del fr. 3, così genericamente concepito, con la restrizione che vien dopo, il che fa escludere che, nella sostanza, possa essere tutto di fattura dei compilatori; lo sforzo che si rileva nella sostituzione di *absentia* ad *innocentia*. Io son sicuro che vi è stato una elaborazione, anche nel C. 9, 2, 3, ma su uno spunto classico: quello cioè che affermò l'imperatore, pei crimini capitali, ed a cui Ulpiano si è riportato.

Ora se guardiamo la questione nel diritto classico sotto quel duplice profilo, cui ora si è accennato, vediamo da un lato (cioè esaminando la cosa sotto il profilo obbiettivo-processuale) che nemmeno pei classici era assolutamente inammissibile l'idea che altri sostenesse il giudizio, altri fosse condannato. Troviamo infatti vari passi in cui si dice che il servo può essere difeso da un estraneo, o dal padrone, o dal procuratore del padrone, e se anche è giustiniano l'intervento dell'estraneo, il che non escludo (93), è certamente classico l'intervento del *dominus*, o *procurator*, i quali per altro non sopportavano essi la condanna.

Pap. D. 48, 3, 2 (l. 1 de adult.) Si servus capitali crimine postuletur, lege publicorum cavetur, ut sistendum vel a domino vel ab extero satisdato permittatur: quodsi non defendatur, in vincula publica coici iubetur, ut ex vinculis causam dicat.

D. 49, 1, 15 (v. più innanzi nota 117).

(93) L'interpol. di D. 48, 3, 2; 48, 19, 19 (v. sotto, nel testo) e 49, 1, 15 (v. p. 5) è rilevata genericamente dal Frese, p. 443, senza precisazione, ma è attendibile.

Maec. D. 48, 1, 11 (10 iud. publ.) Servus per procuratorem domini aequè ac per dominum defendi potest.

Un complesso di ipotesi, dunque, in cui altri difende, altri sopporta la condanna, è quello della difesa dei servi per opera del padrone, di cui anche:

Modest. D. 48, 2, 17 (6 differ.) Si servum dominus in crimine capitali defendat, sistendum satisdato promittere iubetur.

Ulp. D. 48, 19, 19 (57 ad Ed.) Si non defendantur servi a dominis, non utique statim ad supplicium deducuntur, sed permittetur eis defendi vel ab alio, et qui cognoscit, debet de innocentia eorum quaerere.

Alex. C. 9, 2, 2 (a. 223) Si cuidam crimini obnoxius servus postulatur, dominus eum defendere potest, et in iudicio sistere, accusatoris intentionibus responsurum. Post probationem autem criminis, non ipse dominus, sed servus pro suo delicto condemnationem sustineat. Ideo enim servum suum domino defendere permissum est, ut pro eo possit competentes allegationes afferre.

Questi testi ci dimostrano quindi: a) che dei servi poteva essere assunta la *defensio* (94) dai padroni, anche pei crimini. Qui naturalmente non può parlarsi che di difesa vera e propria, e non di giustificazione dell'assenza, e domanda di differimento, poichè questo non avrebbe avuto alcuna utilità, la situazione non mutando anche col passare del tempo: b) che se i padroni - o altri per loro (fr. 19) - non assumevano la difesa, il servo veniva senz'altro giustiziato; c) che tutto ciò valeva pei crimini capitali. Quest'ultima limitazione però si spiega chiaramente, senza pensare ad una regola speciale, considerando che, come dissi, le pene dei giudizi pubblici erano capitali o patrimoniali, e i servi patrimonio non ne avevano; d) - ed è quel che più monta qui - che la condanna era in testa a persona diversa da quella che aveva sostenuto il giudizio (95).

(94) *Defensio*, naturalmente, assai diversa da quella che i padroni assumevano nelle azioni penali del diritto privato, ove valeva assumersi la parte di convenuto nel giudizio, e sopportare eventualmente la condanna.

(95) Dico: a persona, perchè il servo fungeva da uomo nella persecuzione criminale. V. anche BRONDI, *Actiones noxales*, in *Annali Palermo*, X, 1925, p. 191.

Ora le attestazioni troppo univoche e precise di Alessandro, di Ulpiano che richiama Alessandro, e di Meciano, la coincidenza con l'altro rescritto di Alessandro (C. 9, 2, 2) che, pur trattando dei servi, tiene a dire espressamente che la condanna è sofferta da persona diversa di chi ha sostenuto la difesa; il trovare altre ipotesi (quelle degli schiavi delinquenti) in cui altri delinqueva ed espiava la pena, ed altri sosteneva il giudizio (96), devono trarci a concludere che l'intervento di terzi nel processo, a sostenere ragioni anche di merito, non era inconcepibile, purchè si desse *satisfatio* per l'esecuzione (97). La soluzione positiva non trova, quindi, un ostacolo in esigenze obbiettive o formali.

Interviene per altro l'ostacolo *b*, di carattere subbiettivo: quale è l'interesse che spinge quest'altro, nella specie il procuratore, ad intervenire per l'assente? Il padrone, come abbiamo veduto, difende lo schiavo, cioè un elemento del suo patrimonio, così il *procurator* un elemento del patrimonio del padrone: elemento che, mancando questa *defensio*, verrebbe perduto. Ma quale è l'interesse del procuratore, se il padrone non può essere condannato (98)? E poi, può intervenire il procuratore se non vi è un interesse patrimoniale?

Teniamo presente allora quell'elemento che troviamo in entrambi i testi: la soluzione è limitata ai crimini capitali. Or se si considera che in questi già l'*accusatio* produceva conseguenze e limitazioni patrimoniali, innanzi accennate (99), possiamo bene spiegarci come il *procurator* (cioè quello nel senso classico della parola)

(96) V. anche MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, p. 236, che riconosce al *procurator* (*omnium bonorum*) la competenza di mettere alla tortura gli schiavi, e di difenderli nel processo penale.

(97) La figura giuridica della *defensio* è accennata dal LENEL, l. c., desumendola dal D. 3, 3, 33 § 2. Per questa figura, secondo il L., non vi era bisogno di un editto speciale, ma valeva la norma generale del *satisfare*, per cui, ogni qualvolta alcuno volesse difendere un altro senza essere *cognitor*, doveva dare garanzia per l'adempimento del giudicato. *Defensores* potevano essere, poi, anche persone che non potevano assumere la rappresentanza di altri.

Ora il FRESE (*Studi Bonfante cit.*), come si è accennato nel testo, con larga citazione di fonti, mostra come *defensor* nell'epoca classica sia sempre colui che già era legato per altro rapporto con la parte, mentre il *defensor* spontaneo deriva dall'*ἐνδίκτος* greco, ed è tardivo.

(98) V. retro p. 11 e agg.

(99) p. 23 e agg.

intervenissero per prospettare tutte quelle ragioni che potevano impedire la *receptio inter reos*, o eventualmente cancellavano la *receptio* già avvenuta. A questa facoltà doveva riferirsi l'imperatore, e a questa doveva riferirsi Ulpiano, in testi che sono stati malamente rabberciati, ora che l'*accusatio* tecnica, con le sue conseguenze, non esisteva più.

Avrà questo intervento facultato il procuratore a svolgere l'intero giudizio? È da pensare di no. I testi nulla ci dicono in proposito, ma dalla espressione di D. 3, 3, 33 § 2 *innocentiam excusare* possiamo intuire - tenuto conto che la intuizione è più conforme a logica - che il *procurator* poteva solo prospettare in un primo momento delle ragioni dirette, non a fare assolvere, ma ad impedire, o cancellare la *inscriptio inter reos* quando l'accusa si presentasse tale, che un primo esame potesse convincere della sua debolezza.

Così si spiega il testo del Digesto, senza dover ricorrere alla ipotesi della sostituzione di una parola all'altra. Esso, dal *nam* in poi, è stato certamente elaborato, per introdurre la corrispondenza tra *defensio* e *damnatio*, corrispondenza che non poteva esservi, dato che, viceversa, la *defensio*, sia pure nella forma limitata accennata, era possibile, la *damnatio* impossibile. È rimasta per errore la parola *innocentia*, che bene si attagliava coi concetti classici, e che non più collimava coi giustinianeî (100), e, come una riserva se non utile, almeno non dannosa, è stata fatta menzione della possibilità di tale difesa anche nei crimini capitali.

Così può spiegarsi anche il C. 9, 2, 3, quantunque eccessivo nella larghezza del principio generale posto. Se pure la menzione delle leggi non è stata una creazione della cancelleria imperiale, che non farebbe meraviglia alla metà del III secolo (101), può darsi che qualche legge abbia fatto una riserva, a proposito della *recep-*

(100) Che, come abbiamo svolto, ammettevano solo la giustificazione dell'assenza.

(101) Vi è da dubitare, per dir così, non della *veritas*, ma della *bonitas* dei riferimenti delle leggi dei giudizi pubblici che troviamo nei rescritti riportati nel codice di Giustiniano. Certo in epoca in cui già aveva preso il sopravvento la repressione straordinaria, gl'imperatori, o meglio le cancellerie, avranno potuto non avere più chiara la nozione di quelle regole che erano state poste dalle leggi, o che comunque si applicavano all'epoca in cui avevano vigore le sole *leges*, e di quelle che invece si affermarono successivamente sotto l'impulso della prassi.

tio nominis, per l'ipotesi in cui la innocenza possa essere scusata facilmente da altri, e che ciò sia stato generalizzato.

I passi, che contestano la possibilità dell'intervento del procuratore, si riferivano alla repressione straordinaria. Qui non vi era una *accusatio* formale, con *delatio nominis* e *receptio inter reos*. Quanto alle conseguenze patrimoniali, il magistrato poteva farle produrre o non, eseguendo l'*adnotatio* o astenendosene; poteva poi costringere il reo a comparire, come poteva essere con lui della massima benevolenza; in essa la trattazione della causa si poteva anche differire, e non si è perciò sentito il bisogno di fare intervenire il procuratore.

Solo così può spiegarsi, senza contraddizione, il D. 48, 1, 13 § 1. Questo ha dovuto subire una elaborazione di quelle che potremmo chiamare sistematiche, cui i compilatori hanno molto spesso assoggettato proprio quei testi che avevano maggior valore (come sono tutti quelli del breve, ma fondamentale titolo 48, 1): ma nella sostanza è classico, come può desumersi dalla menzione del senatoconsulto, non avendo certo l'imperatore bisogno di fondarsi sull'autorità di un senatoconsulto inesistente, e non potendo tale pronuncia, pel modo come il passo si esprime, dire cosa diversa da quella che in esso è riportata. Una alterazione, piccola ma fondamentale, vi è stata, ed è la sostituzione di *iudicii publici* ad un originario *extra ordinem*, sostituzione che non è esclusiva del nostro testo (102). Nella procedura *extra ordinem* l'assenza poteva essere solo scusata. Di *excusationes* parla infatti D. 48, 1, 10, esaminato a proposito della condanna (v. pag. 4 e 30).

Il D. 3, 3, 71 rappresenta un temperamento, in quanto si parla di *procurator* il quale per altro si limita a rendere le cause dell'assenza, con cui potrebbe intendersi le ragioni atte a giustificare l'assenza.

Isolato rimane il D. 48, 5, 13 (11) § 2. (103) Evidentemente i com-

Alla *lex Iulia* attribuisce, nella specie, la regola il VOIGT, combattuto peraltro dal GIRARD (*Zeits. Sav. Stift.* 34 (1913), 338 n. 1), il quale ritiene che il testo parlasse dei giudizi pubblici in generale.

(102) Altre credo di poterne rilevare altrove. Nei classici, il *crimen* era sempre collegato ai giudizi pubblici. Parlandosi nell'epoca postclassica di *crimen privatum* (V. ALBERTARIO, "*Delictum*," e "*crimen*," pag. 56 e sgg.) si è potuto parlare di *crimen publicum*, ed anche di *cr. iudicii publici*.

(103) leggilo a pag. 37.

pilatori hanno qui inteso *defensio* non come difesa in merito, ma come *excusatio*; ma i classici? Si era in tema di procedura ordinaria, e quindi doveva ammettersi, nei limiti accennati, la difesa *per procuratorem*. Possiamo pensare che in questa ipotesi valesse una norma particolare, data l'indole del reato, che richiedeva maggior rigore. Forse anche, dato che la donna anche quando era *sui iuris* difficilmente aveva un suo *procurator*, si dice che non può essere difesa, perchè colui che la potrebbe difendere non c'è (104). Possiamo poi ritenere, e ciò sarebbe una conferma della ipotesi sopra prospettata, che l'intervento del procuratore potesse esservi solo in un primissimo momento, cioè in quello tra l'*accusatio* e la *receptio inter reos*.

Avvenuta la fusione tra le due repressioni, il principio della repressione straordinaria, la semplice scusa della assenza, trionfa. La difesa quindi viene ricollegata alla ammissibilità della condanna (D. 3, 3, 33, § 2), e poichè questa, secondo quanto si disse, è possibile solo pei crimini importanti pene *leviores*, e se i *rei saepius admoniti per contumaciam desint*, bisogna pensare che colui che, reo di crimine meno grave, era perseguito da *edicta*, o *citationes*, e non poteva intervenire, potesse scusarsi. Pei crimini capitali, la cosa è più strana, ed ha infatti meravigliato gli stessi bizantini, (105) e possiamo spiegarlo, pel C. 9, 2, 3 (pel D. 3, 3, 33 § 2) si tratta solo di una frase innocua) ammettendo che si sia pensato alla *adnotatio*.

12. — Ho ritenuto più opportuno considerare a parte la questione dell'intervento *pro alio* in materia di appello. Un primo esame del passo fondamentale (D. 49, 9, 1, v. pag. 37) ci mostra una quadruplici distinzione e soluzione:

- a) *res pecuniaria*: è ammesso il *respondere nomine alieno*;
- b) *causa capitalis*: *per procuratorem agi non licet*;
- c) *causa ex qua sequi solet poena usque ad relegationem*: *non oportet per alium causas agi*;
- d) *causa pecuniaria, ex qua ignominia sequitur*: *potest agi per procuratorem*.

(104) Si potrebbe anche pensare che la *recepta* di adulterio non possa essere difesa in un altro processo, sorto per un crimine differente.

(105) come vedemmo a pag. 41 n. 90 e 42.

Si conclude con un principio generale: *quae causa per alium agi non potest, eius nec appellationem agi oportet*. Tale principio, approvato dalla Glossa (106) si rivela però come inutile per le cause criminali, perchè in queste vedemmo (107) che per altri si poteva intervenire, in diritto giustiniano, solo per scusare l'assenza.

Il passo può dare adito a dubbi. Se fosse consono al diritto giustiniano il principio di C. 9, 2, 3 e D. 3, 3, 33 § 2 (108), gli assenti potrebbero essere difesi nei crimini capitali, mentre proprio per questi il nostro testo non permette l'appello *pro alio*. La Glossa spiega poi le classificazioni ricollegandole al concetto della ammissibilità, o meno, della condanna in assenza: questa non è possibile nelle cause capitali, e quindi non è possibile l'appello per altri, e non è possibile nemmeno in quelle che portano pena fino alla relegazione, interpretando però la frase in senso discensivo: di pene, cioè, *non inferiori* alla relegazione. Or la corrispondenza è sforzata: essa la si può vedere nei soli crimini capitali (e si spiega che così l'abbia intesa un epitomatore visigotico (Sent. 5, 35, 1 (109), ma per i fatti importanti altre pene no. Già la interpretazione "discensiva", dell'*usque ad relegationem* non corrisponde a quella abituale, rivelataci da D. 48, 19, 5 e da altri testi (110) e che è in senso ascendente. Secondo il nostro passo poi è ammesso l'intervento di altri nelle sole cause pecuniarie, mentre l'assente può essere condannato, in diritto giustiniano, come risulta dal D. 48, 19, 5, esaminato, anche in quelle che importano pene *asque ad relegationem*, e quindi anche ammettendo l'assurdo che questa frase in un testo avesse senso ascendente, nell'altro discendente, almeno per il caso di sentenza che porta proprio la relegazione vi sarebbe contrasto. E all'opposto l'assente punibile, come vedemmo (111) è

(106) Genericamente, per altro, e senza metterlo in rapporto con altri testi, V. Glossa ad h. 1.

(107) V. retro p. 48

(108) Esaminato a p. 46 e sg.

(109) Sent. V, 35, 1: *meritum appellationis causae capitalis et ipsam rationem status non nisi per nosmet ipsos prosequi possumus: nemo enim absens aut in servitutem duci potes aut dammari*.

(110) Queste classificazioni e gradazioni di pene saranno da me esaminate in *Repressione pen. cit.* come accennai.

(111) Il FADDA, voce *Appello penale (romano)* in *Digesto Ital.*, IV, 1, p. 55 e sgg., prospetta che in diritto privato non era ammissibile l'appello contro una

in ogni caso solo il riottoso, il quale non si presenta perchè non vuole presentarsi, e quindi non si presenterebbe neanche a mezzo di altri.

La ragion d'essere quindi delle classificazioni del nostro passo va ricercata nel diritto classico.

Bisogna innanzi tutto distinguere due momenti: la nostra questione riguarda la *prosecuzione*, non la *proposizione* dell'appello. Tenuto conto della natura dell'appello, mezzo sempre straordinario anche se diretto contro pronunziati di giudici ordinari (112), la sentenza doveva essere esecutiva (113). Si è sentita quindi dalla giurisprudenza la necessità di facilitare la proposizione dell'appello, ammettendo che si potesse appellare, e mutarsi più tardi la causa,

sentenza contumaciale, fondandosi su alcuni testi, e ritiene applicabile il principio anche al diritto penale: questo perchè il contumace, non presentandosi deliberatamente, ha mostrato di confessare la sua colpevolezza, e colui che ha confessato non può appellare.

(112) La materia, come è noto, è tutt'altro che chiara, ma non può essere esaminata a fondo qui, nemmeno limitatamente all'appello penale. V. la voce citata dal FADDA, e quella *Appellatio* in PAULY e WISSOWA, *Real-Encicl.* (HARTMANN). V. pure GEIB, *Geschichte der röm. Crimproc.*, p. 675 e sgg., e i cenni di MOMMSEN, *Staatsrecht*, II, (p. 675 e sgg.) penso che nell'appello più che mai occorra tener presente la differenza tra repressione ordinaria e straordinaria per quanto riguarda, naturalmente, il procedimento che ha dato causa alla sentenza contro cui si appella, perchè il procedimento di appello è sempre *extra ordinem*, e perciò molto simile a quello dell'appello civile (per analogie V. GEIB o. c. 686 e sgg.). L'appello contro le sentenze dei giudici ordinari, soprattutto se deriva dall'antica *provocatio*, come sostiene il Fadda a pag. 52 e sgg., ha sempre un carattere eccezionale, e sempre tale appare, anche se, in pratica, è abituale. Un principio di ordinamento per gradi lo troviamo solo nella *cognitio* (v. p. es. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, p. 149). Nel diritto penale l'ordinamento delle tre istanze, innanzi ai magistrati delle province e delle diocesi ed innanzi al consiglio imperiale, con cui esso veniva ordinato analogamente al civile, fu istituito, per lo Hartmann, solo con la costituzione dioclezianea-costantiniana: ma un ordinamento forse meno perfetto e costante, per l'appello contro le sentenze emesse dal magistrato *extra ordinem*, dovette esservi anche in un'epoca anteriore.

(113) Lo mostra anche il fatto che l'appello aveva effetto sospensivo. Si propone la questione il Fadda (p. 49), per l'appello *ad magistratus et tribunos*, risolvendola favorevolmente per quello *ad tribunos*. Il dubbio può qui nascere dal fatto che quella che aveva efficacia non era l'*appellatio* ma la successiva *intercessio*. Non così nell'epoca imperiale, in cui molti testi dimostrano che la esecuzione veniva arrestata dall'appello (Fadda, p. 58). Tale questione non verrebbe in essere se la sentenza non fosse esecutiva.

(D. 49, 1, 3 § 3 (114)): che nel caso di appello *apud acta* fosse sufficiente pronunziare la parola *appello* (D. 49, 1, 2: cfr. pure C. 7, 62, 14): e quindi, che potessero appellare i *necessarii*, ed anche altri (D. 49, 4, 2 § 3 e 49, 1, 16) (115). Se pure non è genuina la seconda parte del D. 49, 1, 6 (116) secondo cui può appellare chiunque, e del D. 49, 1, 15, secondo cui può appellare lo stesso servo (117), è ben verosimile che l'appello potesse proporsi dal procuratore. La questione sorge quindi sul proseguimento successivo, per il momento in cui l'appellante doveva *reddere causas appellationis*, cioè fondare il suo appello (118), iniziare insomma la difesa vera e propria. E del resto il rescritto riferito fa appunto la ipotesi di uno che abbia già appellato si voglia far difendere (contro un altro appello?). Le questioni che possono sorgere sul se si tratti di un appello, per dir così incidentale, contro uno principale di Pollia, e se il difensore debba difendere nel principale, o nell'altro, è questione interessante, ma che non sposta ciò che è sicuro, che cioè la difesa si inizi dopo che è stato proposto l'appello, il quale, dati i poteri del magistrato avrà normalmente sospeso l'esecuzione.

(114) Ulp. 1 da appell. Puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit. V. KIPP, *Pauly e Wissowa*, 2, 206.

(115) Macer, 1 de appell. Si pro eo, qui capite puniri iussus est, necessaria persona appellet, an tertia die audiri possit, Paulus dubitat. Sed dicendum hanc quoque personam ut in propria causa secunda die appellare debere quia qui sua interesse dicit propria causam defendit. - Ulp. 2 de appell. Non tantum ei, qui ad supplicium ducitur, provocare permittitur, verum alii quoque nomine eius, non tantum si ille mandaverit, verum quisquis alius provocare voluerit. Neque distinguitur, utrum necessarius eius sit necne... v. MATTHAEUS, p. 882 e sgg. Pel GEIB (o. c. p. 686), in caso di pene che portano la morte possono appellare anche i dipendenti, o chiunque.

(116) Come ritiene il BRONDI, *Studi Bonfante*, IV, p. 100, n. 280.

(117) Marc. 1 dig.: Servi appellare non possunt: sed domini eorum ad opem ferendam possunt uti auxilio appellationis, et alius domini nomine id facere potest. Sin vero neque dominus neque alius pro domino appellaverit, ipso servo, qui sententiam tristem passus est, auxilium sibi implorare non denegamus.

L'interpolazione, già segnalata dal LENEL, è sostenuta dal FRESE, *Studi Bonfante*, IV, p. 443.

(118) Secondo l'espressione del Kipp, l. c. Che col *reddere causas appellationis* si alluda ad un momento successivo si desume da vari passi: DD. 49, 1, 28; 49, 1, 3 § 3; 49, 13, 1; 49, 10, 2, etc.

La questione si sarà presentata più volte per tutti i crimini, e sarà stata tutt'altro che pacifica, come risulta dall'inizio del passo.

La difesa per *procuratorem* dopo che si è fatto l'appello, per *reddere causas appellationis*, è ammessa dal

D. 49, 1, 18 (Mod. 17 resp.) *Lucius Titius pro servo suo, qui ad bestias datus est, provocationem interposuit. Quaero, an huiusmodi appellationis causas per procuratorem reddere possint. Modestinus respondit posse*

ma si tratta di difesa del servo, e quindi deve ricondursi, come vedemmo, all'ammissibilità della protezione di un elemento patrimoniale.

Ora eliminato per il profilo, su accennato, della distinzione tra proposizione e prosecuzione dell'appello, agli effetti dell'intervento di altri, l'ostacolo che sorgeva per gl'interpreti dal D. 49, 1, 6, (p. 37) e riprendendo il fr. 9, vediamo che, coerentemente al principio che non si poteva, in genere, assumere la difesa per altri, non si poteva trattare la causa di altri in appello, salvo per le *causae pecuniariae*. Questo, in generale, tanto in diritto classico che in diritto giustiniano.

Ciò non toglie, per altro, che il nostro testo abbia subito una duplice elaborazione, una più larga, l'altra più ristretta.

Questa seconda ci è rivelata dalla inesatta corrispondenza: *in rebus pecuniariis et in criminibus... sin autem non sit pecuniaria causa, sed capitalis*. Tenuto conto che la *summa divisio* dei giudizi pubblici era proprio di capitali e pecuniari (119), debbo pensare che la alterazione sia nel *criminibus*. I compilatori si pongono il problema separatamente per i crimini, e per le cause private, intendendo per *causae pecuniariae* solo queste ultime.

L'ipotesi affermativa del dilemma contenuto nella frase finale *quotiescunque* etc. è quindi estranea al diritto criminale, e riguarda solo le cause private (120).

Ulpiano invece guardava solo le cause criminali. Queste erano o capitali o pecuniarie, e quindi entrambe le categorie sono con-

(119) Come spero di dimostrare nello studio citato.

(120) I compilatori, come lumeggiò l'ALBERTARIO (*"Delictum"*, e *"crimen"*, p. 50 e sgg.) portando proprio il nostro testo come esempio che la parola *crimen* non vuole altra aggiunta, parlano piuttosto di *crimen publicum*. Questo per altro non può trarci a dover sostenere necessariamente la classicità.

siderate, per ammettere l'assistenza del *procurator* nella seconda, dove, essendovi una diminuzione patrimoniale da evitare, il *procurator* poteva intervenire, così come interveniva, secondo abbiamo visto, anche in altri casi, dove vi erano elementi del patrimonio da difendere.

Tale rilievo apre la via ad intendere la seconda e più radicale elaborazione. Delle quattro categorie sopra indicate, la quarta, introdotta bruttamente dal *plane*, è certo di fattura dei compilatori, i quali hanno voluto mettere in rilievo che l'intervento del procuratore, ammesso per le cause private, per dir così, puramente patrimoniali, doveva estendersi anche a quelle dove vi era un elemento personale, l'infamia. La prima, sostenuta dal rescritto dei *Divi fratres*, e la seconda, che consegue necessariamente alla prima, dato il contrapposto fondamentale accennato, sono certamente genuine. Elaborata da Triboniano è la terza, che tale appare per diversi indizi: l'*oportet* nel senso di occorre (121), l'*ipsum* senza che si sia precedentemente menzionata la persona cui si riferisce, lo *sciendum est*, la categoria delle pene *usque ad relegationem*, che assume uno speciale rilievo solo più tardi.

Ma quale la ragione della elaborazione? Altra non potette essere che anche qui il bisogno di eliminare la categoria dei fatti repressi *extra ordinem*. Non si spiegherebbe altrimenti, dato che la soluzione è negativa su tutta la linea, questa suddivisione delle cause criminali. Ulpiano invece, dopo di aver trattato la questione sotto il punto di vista della repressione ordinaria (cause capitali e pecuniarie), passa ad esaminarla nella straordinaria, decidendo anche qui negativamente. Ancora una volta rileviamo quindi come il giureconsulto, proponendosi il problema nella sua interezza, sente il bisogno di risolverlo per entrambe le repressioni. È il fondamentale criterio discriminatore, che si è osservato nelle altre questioni in tema di assenza dal giudizio (122) e che informa sempre il diritto penale (sostanziale e processuale (123)) romano. È la consueta fusione

(121) Non sarebbe il caso di fondarsi su questo solo indizio. Ma se si pensi al significato così tecnico dell'*oportere* classico, potremmo dire, al valore della parola non può non fare impressione questo *oportet* buttato giù, e quasi svuotato di ogni contenuto.

(122) Per ora mi richiamo ai testi, qui studiati, DD. 48, 19, 5 e D. 48, 17, 1 pr.

(123) Nei limiti in cui questo duplice profilo era notato dai giureconsulti romani, i quali nel campo penale, come nel campo privato, hanno guardato prima la repressione del fatto e poi il fatto reprimibile: come dopo di aver concesso l'azione hanno riconosciuto il diritto in sè, così dopo di avere stabilito la pena, avranno guardato il fatto punibile in sè e per sè.

tra le regole riferentisi alle due repressioni, anch'essa osservata in tema di assenza, e che anch'essa ritorna sempre nello studio del diritto penale (124).

UGO BRASIELLO

(124) Qualunque determinazione dei caratteri della evoluzione del diritto penale romano, e soprattutto qualunque comparazione con quelli della evoluzione del diritto privato, appare, allo stato, azzardata e prematura. Tengo solo qui a mettere in rilievo che elemento di grande importanza, benchè negativo, fu qui la mancanza dell'organo giudicante, costituito dal pretore. Questo fece sì che i casi nuovi, che nel diritto privato furono attratti nell'ordinamento giuridico pretorio, nel diritto criminale, se non erano tali da potere essere subsunti sotto una delle leggi preesistenti, dovessero rimanere fuori della repressione ordinaria, e ricevere la tutela solo *extra ordinem*. Fu perciò che questa, molto più presto e con molto maggior larghezza che nel diritto privato, si venne imponendo e padroneggiò il campo.

Quella fusione tra ordinamenti giuridici, che come ha messo in luce il RICCOBONO, in numerosi studi, tanto contribuì al rinnovamento del diritto ed alle evoluzioni e modifiche di istituti, si verifica poi anche nel campo del diritto penale, come fusione tra repressione ordinaria (corrispondente allo *ius civile* tipico) e repressione straordinaria, che raccoglieva i nuovi casi, reprimibili, le nuove repressioni degli antichi casi, per la maggiore elasticità di criteri, per i maggiori poteri dei magistrati, per la possibilità di tener conto di circostanze obbiettive e subbiettive. Quella *cognitio extra ordinem* che travolge il diritto civile (RICCOBONO, *Mél. Cornil*, II, 375 sgg.) finisce nel campo criminale col travolgere anche più presto il diritto delle *quaestiones*.

Quel che abbiamo veduto pel caso speciale della procedura contro gli assenti, si osserva, come spero di poter dimostrare, nella materia basilare delle pene, cioè dei mezzi con cui la repressione si attua: esistono regole od ordinamenti o istituti della repressione ordinaria: sorgono accanto ad essi nuove norme o nuovi casi facenti parte dell'ordinamento giuridico che con frase imprecisa potremmo chiamare magistratuale. I due ordinamenti si fondono nell'epoca postclassica, e si tenta una sistemazione unica nel diritto giustiniano. E così riscontriamo in molti passi, come abbiamo osservato in questa indagine, che il giureconsulto enuncia la regola della repressione ordinaria, enuncia poi subito dopo quella della straordinaria (soffermandovisi magari di più, come quella che era più viva, e meglio si prestava a quell'adattamento alla pratica, che è una delle doti più mirabili dei giuristi classici); a questa segue molto spesso il brano dei compilatori, con cui in diversi modi, che non è facile qui riassumere, si cerca una via di mezzo per conciliare quella che ormai sembra un contrasto, o annullando le regole già poste (ad es. D. 48, 19, 5 pr.) o ponendo nuovi criteri discriminatori (nuovi rispetto al testo, ma rispondenti in genere ad una prassi in uso).

INDICE DEI TESTI CITATI

D. 3, 3, 33 § 2	pag. 36, 39, 40, 42 ss., 45 nota 97, 46, 48, 49
„ 3, 3, 71	„ 37, 47
„ 4, 8, 39	„ 26 n. 60, 27 n. 61
„ 5, 1, 73 § 3	„ 26 n. 60
„ 12, 3, 8	„ 27 n. 61
„ 26, 7, 38 § 2	„ 27 n. 61
„ 27, 1, 35	„ 27 n. 61
„ 37, 15, 4	„ 37
„ 39, 2, 4 § 5	„ 36 n. 79
„ 39, 5, 15	„ 23, 25
„ 39, 5, 31 § 4	„ 24
„ 40, 1, 8	„ 23, 25
„ 40, 5, 51 § 5	„ 36 n. 79
„ 41, 1, 2	„ 26 n. 60
„ 42, 1, 53 § 1	„ 28
„ 42 4, 7 § 19	„ 16 n. 34
„ 43, 5, 3 § 14	„ 26 n. 60
„ 46, 3, 41	„ 23
„ 46, 3, 42	„ 24
„ 48, 1, 10	„ 4, 30, 39, 41 n. 88
„ 48, 1, 11	„ 44
„ 48, 1, 13 § 1	„ 4, 36, 38, 40, 47
„ 48, 2, 7 § 19	„ 16 n. 34
„ 48, 2, 12 pr.	„ 5, 6, 32
„ 48, 2, 17	„ 44
„ 48, 2, 20	„ 24, 25 n. 57
„ 48, 3, 2	„ 43
„ 48, 3, 6 § 1	„ 20
„ 48, 5, 12 § 2	„ 39
„ 48, 5, 13 § 2	„ 32, 37, 38, 47 s.
„ 48, 5, 16 §§ 1-4	„ 4, 5, 6, 9, 32, 34 ss.
„ 48, 8, 4 § 1	„ 35 s., 39
„ 48, 17, 1 pr. e § 1	„ 2 ss., 15 ss., 17, 19, 53, n. 122

D. 48, 17, 1 § 2	pag. 20
„ 48, 17, 5 § 2	„ 20
„ 48, 19, 5 pr.	„ 1 ss., 11 ss., 27, 38, 39, 41 n. 88, 42, 49, 53 n. 122
„ 48, 19, 19	„ 43 n. 93, 44
„ 48, 22, 6 § 1	„ 20 n. 44
„ 49, 1, 2	„ 51
„ 49, 1, 3 § 3	„ 51
„ 49, 1, 6	„ 38, 51, 52
„ 49, 1, 15	„ 43, 51
„ 49, 1, 16	„ 51
„ 49, 1, 18	„ 52
„ 49, 1, 28	„ 51 n. 118
„ 49, 4, 1 pr.	„ 20 n. 44
„ 49, 4, 2 § 3	„ 51
„ 49, 7, 1 § 3	„ 20 n. 44
„ 49, 9, 1	„ 19, 37, 38, 39, 48 ss., 52 ss.
„ 49, 10 2	„ 51 n. 118
„ 49, 13, 1	„ 51 n. 118
„ 49, 16, 4 § 6 e 7	„ 21 ss.
„ 50, 16, 199	„ 36 s., 79
C. 2, 12, 12 § 1	„ 26 n. 60, 28
„ 7, 43, 4	„ 26 n. 60
„ 7, 43, 7	„ 28, 29,
„ 7, 43, 8	„ 28, 29, 30 n. 67
„ 7, 43, 9	„ 30 n. 67
„ 7, 62, 14	„ 51
„ 7, 62, 29	„ 39
„ 7, 65, 1	„ 26 n. 60, 28
„ 7, 66, 2	„ 27 n. 61
„ 9, 2, 2	„ 44
„ 9, 2, 3	„ 36, 38, 40, 41 ss., 42, 46, 49
„ 9, 2, 4	„ 26, n. 60, 28, 29
„ 9, 2, 6	„ 5, 6, 10, 14, n. 27, 32, 35 n. 78
„ 9, 9, 14 e 15	„ 33 s.
„ 9, 40, 1	„ 5, 6, 32
„ 9, 47, 21	„ 31, 39
(Paul) Sent. 5, 5.a, 9	„ 4, 5, 6, 10, 30, 32, 33, 35 n. 78, 37 n. 81.
„ 5, 16, 11	„ 37, 41
„ 5, 35, 1	„ 4, 29, 49

B G U 611	pag. 17 n. 38, 30 n. 66
B G U 628	„ 17 n. 38
Cic. in Verr 2, 38, 44	„ 12 n. 19
„ 2, 39, 95	„ 12 n. 19
„ 2, 47, 107	„ 39
„ 4, 19, 40 e 41	„ 12 n. 19
Val. Max. 3, 7, 9	„ 5, 6, 31
Basil. 60, 33, 16 (Hb. V. 675)	pag. 40, 41, n. 90
„ 60, 49, 1 (Hb. V. 831)	„ 15 n. 33
„ 60, 51, 5 (Hb. V. 853)	„ 15 n. 32, 19 n. 43

La rapidità della correzione delle bozze del precedente lavoro, dovuta ad esigenze tipografiche, ha impedito di eliminare diversi errori. Si indicano i principali:

pag.	7 n.	7 riga	10 invece di	tenda in	leggasi	tenda, in
„	9	„ 9	„	<i>si osserva</i>	„	<i>osserva</i>
„	9 n. 13	„ 11	„	<i>accusando, il che</i>	„	<i>accusando che</i>
„	16 n. 38	„ 20	„	<i>habend</i>	„	<i>habent</i>
„	19 n. 42	„ 1	„	<i>inröm,</i>	„	<i>im röm.</i>
„	19 n. 43	„ 4	„	<i>ρναίτιον καταδικάζεσθαι</i>	„	<i>ἀναίτιον καταδικάζεσθαι</i>
„	20	„ 3	„	<i>7</i>	„	<i>6</i>
„	22	„ 18	„	<i>postulata</i>	„	<i>contestata</i>
„	25	„ 12	„	<i>8</i>	„	<i>7</i>
„	38 n. 82		„	<i>Opp. 20</i>	„	<i>Obs. 20, c. 20</i>
„	50 n. 112	„ 5	„	<i>sgg.) penso</i>	„	<i>sgg.) Penso</i>