

MARIAGRAZIA BIANCHINI

**LE FORMALITA' COSTITUTIVE
DEL RAPPORTO PROCESSUALE
NEL SISTEMA ACCUSATORIO ROMANO**

I

GLI ATTI INTRODUTTIVI DEL PROCESSO ACCUSATORIO NEL QUADRO DELLA « LEX SEMPRONIA IUDICIARIA »

SOMMARIO: 1. L'importanza della *lex Sempronia* nell'evoluzione del diritto penale sostanziale e processuale. — 2. Il contenuto e lo scopo della *delatio nominis*. — 3. La natura e la funzione della *petitio*. — 4. Il valore del termine *postulare* nel sistema della *lex Sempronia*. — 5. Lo *ius iurandum calumniae* e l'accoglimento dell'accusa da parte del magistrato. — 6. La posizione della *delatio* e della *receptio* rispetto alla definitiva instaurazione del processo. — 7. Conclusioni.

1. « ...Quei socium nominisve latini exterarumve nationum, quove in arbitrato dicione potestate amicitiae populi Romani... ab eo qui dictator consul... quod... ablatum captum coactum conciliatum aversumve siet: de ea re eius petitio nominisque delatio esto, praetoris quaestio esto, iudicium iudicatio leitisque aestumatio » ⁽¹⁾.

Con queste scarse, ma fin troppo precise parole, nettamente scandite, si apre uno dei documenti fondamentali della storia del processo penale romano, una pietra miliare, da cui dovremo necessariamente prendere le mosse per tracciare un quadro quanto più possibile fedele dell'evoluzione della fase preliminare del processo penale, nelle sue varie tappe, che costituisce appunto l'oggetto della presente indagine, e che, nel particolare momento storico a cui risale il documento stesso, ci appare ancora allo stato embrionale. Il documento in questione è rappresen-

⁽¹⁾ *Lex Sempronia*, ll. 2-3.

tato da alcune tavole di bronzo ⁽²⁾, sulle quali, a lungo, studiosi di ogni paese hanno speso le loro energie al fine di risolvere l'arduo problema della sua esatta identificazione. Tradizionalmente, esso veniva indicato come *Lex Acilia repetundarum*, proposta durante il tribunato di C. Gracco (123 a. C.) dal suo collega C. Acilio Glabrione ⁽³⁾. Recenti studi sembrano, però, aver portato prove valide a favore di una identificazione della nostra *lex* con la famosa *lex Sempronia iudiciaria*, proposta dallo stesso C. Gracco, proprio in funzione del suo ardito programma di riforme ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Più che di tavole vere e proprie, si tratta di frammenti di una grande tavola di bronzo (Così BERGER, in PAULY-WISSOWA, *Real Encyclopädie*, s. v. *Lex Acilia*), conservati a Napoli, nel Museo Nazionale, e a Vienna. Il primo di tali frammenti venne pubblicato per la prima volta nel 1521, ragion per cui si può fissare negli anni immediatamente precedenti la data del loro ritrovamento. Sul l'argomento v. anche DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico*, s. v. (*Lex*) *Acilia*.

⁽³⁾ Così MOMMSEN, nel *Corpus inscriptionum latinarum* (1863), n. 198, pp. 49-72, e in *Gesammelte Schriften, I Abteilung: Iuristische Schriften*, I, Berlin 1905, pp. 1-64; F. PONTENAY DE FONTETTE, *Leges reputandarum*, Paris 1954, p. 38, che a lui si richiama.

Altre teorie (in ordine di tempo): KLENZE pubblicò i frammenti nel 1825, a Berlino, sotto il titolo di *Fragmenta legis Serviliae repetundarum*, considerandoli, appunto, parte di una *lex Servilia* dell'anno 111 a. C.; CARCOPINO, *Autour des Gracques*, Paris 1928, identifica il testo con la *lex Servilia Glaucia* (103-100 a. C.); tale tesi è senz'altro confutata dal PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, pp. 41-45, tra l'altro perchè, se si trattasse veramente della *lex Servilia*, verosimilmente questa, accanto alla *lex Calpurnia* e alla *lex Iunia*, avrebbe dovuto far menzione anche della *lex Acilia*, indubbiamente anteriore.

⁽⁴⁾ Lo stesso PONTENAY DE FONTETTE, ad un certo punto della sua esposizione (*op. cit.*, p. 52), viene sfiorato dal dubbio — a dire il vero più insistente di quanto l'A. non voglia ammettere — che si tratti proprio della *lex Sempronia iudiciaria*, come già aveva affermato FRACCARO, *Sulle «leges iudiciariae» romane*, in «Rend. Ist. Lomb.», 1919, p. 362, ma si affretta a respingerlo con argomentazioni non pienamente convincenti. Recentemente l'ipotesi del FRACCARO è stata ripresa e confermata dagli studi in materia del TIBILETTI, *Le leggi de iudiciis repetundarum fino alla guerra sociale*, in «Athenaeum», n.s. 31 (1953), pp. 5-100. Richiamandosi a tale indagine, ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli 1960, p. 420, afferma: «uno dei principali risultati delle sue ricerche è di avere escluso che la legge parzialmente conservata nella tavola bronzea del Museo di Napoli sia la legge *Acilia* e che il tribuno C. Acilio Glabrione, suo proponente, sia stato collega di Gracco: il testo epigrafico ci dà invece... quella *lex Sempronia iudiciaria*, proposta da Caio stesso, di cui è parola in fonti delle quali era ben difficile com-

L'innovazione apportata dalla *lex Sempronia* assume tali proporzioni da presentarsi come il fattore determinante per la formazione del diritto penale sostanziale e processuale — fino ad allora praticamente inesistenti o, per lo meno, non esistenti in modo autonomo — come il primo nucleo fondamentale dell'uno e dell'altro; fino alla *lex Sempronia* era rimasta, infatti, assolutamente indifferenziata e indifferenziabile la persona del legislatore da quella del giudice in materia penale. Tale sovrapposizione di soggetti si era verificata nel c.d. processo comiziale: qui il popolo, di fronte ad un comportamento concordemente ritenuto pericoloso per la comunità, interveniva — in virtù della sua suprema ed indiscussa autorità ⁽⁵⁾ e indipendentemente dall'esistenza di un'apposita disposizione — a sanzionare tale comportamento con misure dettate da motivi politici, dalle circostanze, dalla gravità del fatto, quindi prive di uniformità di contenuto e di valutazione; nè può suggerire una diversa configurazione la presenza del magistrato, che pure convocava e presiedeva il comizio, in quanto, come concordemente ritiene la dottrina ⁽⁶⁾, essa si riduceva all'esercizio di un potere di polizia e restava estranea allo svolgimento del processo. Ugualmente incondizionato fu il potere del Senato riguardo alle malversazioni commesse fuori di Roma e nelle province (allorchè lo Stato romano cominciò ad estendersi) da magistrati municipali o da governatori ⁽⁷⁾. Successivamente,

prendere il senso finchè allo stesso anno si attribuiva la *lex Acilia*. Questa c'è stata, ma parecchi anni dopo, forse nel 111 a. C. o poco prima ».

⁽⁵⁾ Cfr. LABOULAYE, *Essai sur les lois criminelles des romains*, Paris 1845, pp. 105-6: « ...à Rome, où le peuple était souverain juge, souverain administrateur et législateur suprême, pour punir, il suffisait que l'acte lui parût coupable, fût-il ou non qualifié par des lois antérieures. Les comices avaient le droit absolu de déterminer comme ils l'entendaient la criminalité et d'appliquer l'amende qui leur plaisait... Le peuple ayant une pareille puissance, il ne faut plus nous étonner de l'infinie diversité des crimes que punissaient les comices et de la variété des peines qu'ils prononçaient ».

⁽⁶⁾ Vedi, per tutti, ARANCIO-RUIZ, *Storia*, cit., p. 80.

⁽⁷⁾ Cfr. ancora LABOULAYE, *op. cit.*, p. 126: « Cette juridiction [del popolo e del Senato], qu'on le remarque bien, était un pouvoir politique appartenant en

però, in seguito alle sempre più frequenti e fondate lamentele presentate al Senato da parte dei provinciali spogliati dall'avidità sfrenata dei governatori romani, si manifestò la necessità di apprestare un'idonea tutela degli interessi dei primi ed un concreto controllo sull'attività dei secondi: ciò è confermato da numerosi esempi ⁽⁸⁾ relativi a commissioni di *recuperatores*, nominate caso per caso, senza, tuttavia, uniformità di criteri; ma tale soluzione apparve ben presto insufficiente e assolutamente inadeguata. Giungiamo così alle due *leges* di cui ci parla anche la nostra *lex Sempronia*: *Calpurnia* e *Iunia*, le quali, pur tendendo a tutelare un interesse pubblico, perseguivano tale fine attraverso un procedimento a carattere spiccatamente privatistico: attraverso, cioè, l'esperimento della *legis actio sacramenti* ⁽⁹⁾. La loro concreta portata risultava perciò limitata alla sola reintegrazione patrimoniale, indipendentemente dalla dichiarazione di illiceità, anzi di antigiuridicità del comportamento del soggetto sottoposto a tale procedimento. La *lex Sempronia*, invece, non solo mette in giusta luce tale aspetto trascurato dalle due *leges* precedenti, ma anche e soprattutto — determinando nettamente (come vedremo meglio nel corso dell'esposizione) il reato perseguito nei suoi elementi soggettivi ed oggettivi e il tribunale cui è affidato in via permanente, e non più transitoria, di conoscere del reato stesso — pone veramente delle solide basi all'evoluzione non solo del fenomeno processuale, ma dello stesso diritto penale verso forme più mature e progredite.

propre au peuple ou au Sénat et non pas une magistrature confiée par la constitution ».

⁽⁸⁾ Cfr. PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, pp. 12-24.

⁽⁹⁾ In base alla testimonianza offerta dalla *lex Sempronia*, l. 23: « .. aut quod cum eo lege Calpurnia aut lege Iunia sacramentum actum siet ». Così anche PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, p. 29, il quale specifica che, pur parlando a tal proposito di *quaestio*, l'uso del termine non è sufficiente a conferire al procedimento disciplinato dalle due *leges* il carattere di *iudicium publicum*: l'uso del *sacramentum* l'avvicina ai rimedi di diritto privato e solo la sostituzione di questo con la *delatio* conferisce allo *iudicium repetundarum* il carattere di *publicum*.

La *lex Sempronia* è stata rogata in vista di uno specifico reato: il *crimen repetundarum*, ma si offre come modello originale cui si ispireranno le leggi successive per modellare nuove *quaestiones*, simili, ma non identiche, alla prima, ognuna avente ad oggetto un singolo specifico reato. Premessa tale considerazione, possiamo ora ben utilizzare i preziosi dati forniti dal testo conservato nelle tavole di bronzo del Museo Nazionale di Napoli, al fine di una ricostruzione del procedimento delle *quaestiones* nella sua fase iniziale e della sua configurazione.

2. La prima disposizione cui dedicheremo un attento esame sarà proprio quella, contenuta nella *l. 3*, con la quale abbiamo dato inizio alla nostra esposizione. Non sarà inopportuno richiamarne i punti salienti:

...quoi... ablatum captum coactum conciliatum aversumve siet: de ea re eius petitio nominisque delatio esto, praetoris quaestio esto iudicium iudicatio leitisque aestumatio...

Alla persona danneggiata è dunque riconosciuto contro il colpevole ⁽¹⁰⁾ il potere di compiere « de ea re eius petitio nominisque delatio ». Concentriamo l'attenzione su questi due termini: *petitio* e *nominis delatio*, che sembrano riferirsi a poteri specifici concessi all'offeso, quasi a tutela di due diversi, ma contemporanei, collegati, interessi, come meglio vedremo fra breve. Quale relazione sussiste, dunque, fra i due termini? La collocazione nel periodo e la congiunzione « -que » che li lega stanno a significare una stretta relazione, pur tuttavia ci sembra che non si

⁽¹⁰⁾ Diversamente dalle due *leges* che l'avevano preceduta e che chiamavano in causa solo i governatori delle province, la *lex Sempronia* assoggettava al procedimento anche i magistrati urbani, sia quelli maggiori che già sedevano in Senato, sia i minori che ancora non vi erano ammessi, i senatori ed i figli degli uni e degli altri, quando l'indebito arricchimento a danno altrui superasse una certa somma (cfr. *l. 3*); v. a questo proposito DE RUGGIERO, *loc. cit.*

tratti puramente e semplicemente di un'endiadi — ripetuta, tra l'altro, con una certa insistenza nel testo della *lex* — in quanto tale soluzione non appare pienamente rispondente all'economia ed alla sinteticità che caratterizzavano le *leges*. Ma la prova a nostro avviso inconfutabile è costituita da un successivo passo:

l. 9 (de patroneis dandis)

quei ex h.l. pecuniam petet nomenque detolerit...,

nel quale appaiono distintamente la funzione, lo scopo immediato dei due atti che pur fanno capo ad uno stesso soggetto: l'accusatore. Da un lato, infatti, abbiamo « pecuniam petere » e, dall'altro, « nomen deferre »: viene qui reso esplicito ciò che risultava implicito nella prima, più sintetica, disposizione. Ma anche in altre parti della legge i due atti sono menzionati distintamente, così alla *l. 58* e, più chiaramente, alla

l. 41

... quoniam ex hac lege nominis delatio erit ei eius rei petitio esto...;

senza considerare poi che diversi effetti sono ricondotti all'uno ed all'altro, come vedremo in seguito. Da tutto ciò sembra pertanto suffragata la nostra ipotesi circa l'esistenza di due atti distinti, se pur contemporanei, ambedue facenti capo all'accusatore; ma ciò che a noi ora particolarmente interessa è determinare l'esatta portata dell'uno e dell'altro.

Cominciamo dunque col prendere in esame la *delatio*, atto che costituirà uno dei cardini essenziali del processo penale, anche nelle età successive, e che fa la sua prima apparizione proprio nel testo della *lex Sempronia* ⁽¹⁾. La *delatio*, indubbia-

⁽¹⁾ Per la precisione, il termine appare già in Plauto e Lucilio: così KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit, Abhandlungen der Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse*, N.F. Heft 56, München 1962, p. 14 e nt. 23. Comunque, a parte le riserve da fare sul contenuto romano delle commedie (per cui vedi lo

mente, consiste nella « comunicazione del nome dell'accusato » (indicazione della persona e di tutto ciò che appare atto ad identificarla) come chiaramente ci confermano :

l. 5

seiquis eius nomen ad praetorem detolerit...

e

l. 19

is eum unde petet... nomenque eius deferto... :

tanto nell'uno che nell'altro frammento, infatti, « eius » sta evidentemente ad indicare la persona che si intende sottoporre a giudizio.

Trattandosi, poi, di un atto formale, di una dichiarazione verbale ⁽¹²⁾, la *delatio* deve, naturalmente, essere compiuta davanti al magistrato competente ⁽¹³⁾, come si rileva ancora dalla *lex Sempronia* :

l. 19

qui ex h.l. pecuniam ab arvorsario petet, is eum unde petet... in ious educito nomenque eius deferto ; sei deiuraverit calumniae causa non po[stulare, is praetor nomen recipito facitoque...]

Questo passo presenta un'importanza fondamentale ai fini della ricostruzione del procedimento delle *quaestiones* nel loro

studio del PAOLI, *Comici latini e diritto attico*, Milano 1962), lo stesso KUNKEL rileva che « *Nomen alicuius deferre* heisst nichts anderes als 'jemanden anzeigen' » (*op. cit.*, p. 60) e ancora che « ... *die nominis delatio* in der Plautusstelle als Anzeige und nicht als Anklage.. » (*op. cit.*, p. 69).

⁽¹²⁾ Caratteristica del diritto romano è, in linea di massima, l'oralità degli atti, oltre che, naturalmente, la formalità. Così nell'ambito del diritto processuale penale noi troviamo solo dichiarazioni orali, più o meno rispondenti ad uno schema prefisso, pur coesistendo la scrittura, ma solo come mezzo per conservare memoria di quanto è stato detto o fatto. La scrittura acquisterà rilevanza solo sul finire dell'epoca classica.

⁽¹³⁾ Sempre in base alla *lex Sempronia* sappiamo che si trattava del *praetor peregrinus*: *l. 12* « *praetor qui inter peregrinos ious deicet* ».

schema iniziale e ad esso ci richiameremo più volte; per il momento ci interessa, però, un inciso che ci permette di affermare con le dovute riserve — quali possono derivare dall'interpretazione di una legge il cui testo non è assolutamente certo — che la *delatio* viene effettuata alla presenza dell'accusato. Si ordina infatti che l'accusatore « in ious educito nomenque eius deferto »: egli deve cioè trascinare il presunto colpevole alla presenza del magistrato, dopodichè potrà fare la sua regolare accusa. Non si può non rilevare la corrispondenza tra l'espressione qui usata: « in ious educito » e quella propria del processo privato; tale corrispondenza è sintomatica e testimonia l'origine recente del procedimento che, mancando di una sua propria terminologia, oltre che di una autonoma struttura, utilizza ed assorbe termini, formule e principî del contemporaneo, più evoluto e meglio organizzato, processo privato.

Appare così in tutta la sua evidenza la prima fondamentale innovazione apportata dalla *lex Sempronia*: si riconosce ad un privato, in veste di rappresentante della comunità, il potere di mettere in moto il meccanismo processuale, attraverso la sua formale dichiarazione di volere accusare taluno, resosi, a suo giudizio, colpevole di malversazioni ⁽¹⁴⁾; si instaura cioè nel processo penale il sistema accusatorio, conquista dell'età repubblicana, che aveva, tuttavia, in sè, nel modo con cui veniva praticamente attuato, i germi della propria degenerazione. Il relativo principio resterà comunque immune dalle degenerazioni del sistema, possedendo un'intima sostanziale vitalità, tanto da continuare ad informare di sè il processo penale fin quasi alle soglie dell'età giustiniana.

3. Messo il punto sulla *delatio*, vogliamo ora passare allo studio del secondo atto: la *petitio*. Anch'essa deve sostanziarsi in una dichiarazione formale, mediante la quale l'accusatore

(¹⁴) Cfr. ll. 1-3 della *lex Sempronia*.

chiede la restituzione di quanto l'accusato ha indebitamente estorto, per conseguirlo praticamente attraverso la *litis aestimatio*, la liquidazione del danno, di cui sovente si parla nella *lex*. Tale è indubbiamente il valore di « pecunia », cui si fa riferimento nei passi precedentemente citati — *l. 9* e *l. 19* ⁽¹⁵⁾ — come all'oggetto della *petitio* dell'accusatore. Anche ammettendo, per assurdo, che l'espressione « *petitio nominisque delatio* » sia un'en-diadi, come spiegare, giustificare, l'esistenza di circostanze così determinanti, quali quelle da noi or ora messe in luce? Inoltre, frequentemente, nel corso del testo troviamo che talvolta l'accusatore è designato come « *is qui nomen detulerit* » e l'accusato « *is quoniam nomen delatum erit* »; talaltra, parallelamente: « *is qui petet* » e « *is unde petetur* »: pur non identificandosi, le due circonlocuzioni sono equivalenti, dal momento che si riferiscono ai due aspetti di una stessa situazione — aspetti, si noti bene, distinti e coesistenti — e sono altresì usate con perfetta aderenza al contenuto delle disposizioni. Troviamo, infatti, usata la prima allorchè si allude allo svolgimento del procedimento principale:

l. 30

Praetor de eo quoniam nomen ex h.l. ad se delatum erit... facito ut ei iudicium primo quoque die fiat...,

e la seconda allorchè si parla del procedimento della *litis aestimatio*:

l. 58 (de leitibus aestumandis)

quei ex hac lege condemnatus erit, ab eo quod quisque petet, quoniam ex hac lege petitio erit...

C'è tuttavia, un passo la cui interpretazione presenta una certa difficoltà e che sarà opportuno prendere in considerazione:

⁽¹⁵⁾ *l. 9 (de patroneis dandis)*: « quei ex h.l. pecuniam petet nomenque detulerit »; *l. 19*: « qui ex h.l. pecuniam ab arvorsario petet, is eum unde petet... ».

l. 4

sei quis deicet praetorem nomen ex h.l. ita non recepisse utei delatum esset, neque iudicium ex h.l. ita datum esse utei peteret: de ea re eius petitio nominisque delatio esto, praetoris quaestio esto iudicium iudicatio leitisque aestumatio.

Prima si enuncia la fattispecie, cui si fa seguire una disposizione: « de ea re *et rell* », che ha indubbio carattere sanzionatorio ⁽¹⁶⁾. Il caso cui si allude è il seguente: il pretore si è rifiutato di compiere la *receptio* in conformità della *delatio* e altresì di « iudicium dare » secondo le richieste dell'accusatore. Qual'è dunque il valore da attribuire ai termini « petere » e « iudicium dare »? Soprattutto su *iudicium* è necessario fermare la nostra

(16) Qualche dubbio può sorgere circa la pratica portata della sanzione, ma, fra le possibili interpretazioni che il passo può suggerire (sottoposizione del magistrato alla stessa *quaestio* istituita dalla nostra *lex*, ad una *quaestio* istituita per il caso particolare, ad una *quaestio extraordinaria*), noi pensiamo che la disposizione sia da intendere in questo senso: che cioè il magistrato denegante giustizia debba prendere il posto dell'accusato ed essere quindi sottoposto alla stessa *quaestio*, ovviamente allo spirare dell'anno di carica, come stabilisce un successivo inciso (cfr. l. 8). Tale interpretazione appare confortata anche dalla successione logica delle singole disposizioni della legge. In primo luogo, infatti, il testo legislativo precisa i presupposti oggettivi e soggettivi del reato, enunciando le varie fattispecie e le categorie di soggetti che per la loro particolare posizione possono incorrere nel reato stesso: magistrati maggiori o minori, provinciali ed urbani (ll. 1-3), si inserisce quindi la fattispecie del magistrato denegante giustizia (l. 4), l'accusa presentata prima o dopo le *Kalendae* di Settembre (con la precisazione che la prima dà luogo alla *quaestio*, la seconda alla nomina di un collegio di *recuperatores*) e, infine, accusa presentata *alieno nomine*; questa prima parte si conclude col divieto di sottoporre a giudizio il magistrato durante l'anno di carica (l. 8), divieto che deve essere messo in relazione, ovviamente, con tutte le precedenti disposizioni.

D'altra parte, poi, esaminando più attentamente il frammento in questione, con particolare riguardo alla connessione fra i singoli elementi logici, troviamo un'ulteriore riprova. Si dice, infatti: « Sei... peteret: de ea re (di questo fatto, cioè del rifiuto della *receptio* e della *datio iudicii*) eius (del pretore denegante) petitio nominisque delatio esto » (si compia una regolare accusa), con la limitazione, implicita nell'inciso, che deriva dalla interpretazione della l. 8: l'accusa, cioè, non potrà essere presentata se non alla scadenza del mandato.

attenzione, in quanto ricorre più volte nel testo della *lex Sempronia* e in posizioni diverse. Talvolta precede « iudicatio » nella formula « de ea re... », ma pensiamo che in tal caso si debba più esattamente leggere « iudicum », in quanto tale lezione appare chiaramente (senza ricorrere alla ricostruzione) proprio nel passo in questione ed analoga costruzione troviamo nella

l. 26

...quei ita lectei erunt eis in eam rem iudices sunt
eorumque eius rei ex h.l. iudicatio litisque aestu-
matio esto.

Restano due opposte interpretazioni da dare al termine, sulla base di alcune considerazioni:

1) che *iudicium* ricorre anche con l'indubbio valore di « giudizio, procedimento penale in genere », in tal caso « petere » avrebbe logicamente un generico valore;

2) che qui si parla di « iudicium dare », espressione che nel processo privato assume una particolare sfumatura in relazione al procedimento formulare.

Non possiamo certo pensare che l'identità fra le due espressioni vada oltre questa coincidenza puramente formale; escludiamo quindi che il termine possa essere stato introdotto nel linguaggio tecnico processuale penale con lo stesso specifico valore che ha nella sua sede originaria; d'altra parte, l'espressione, così come si presenta, non ci sembra genericamente interpretabile come: « essendosi il pretore rifiutato di concedere lo svolgimento del giudizio ». Dato il particolare — e degno di nota — accostamento di *iudicium* ⁽⁷¹⁾ a *dare* e date le nostre

⁽⁷¹⁾ Cfr. HUMBERT, in DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, s.v. *iudicium*; il significato più antico è « decisione », in senso lato vale: una qualsiasi decisione presa dal magistrato, in materia politica o amministrativa o istruttoria, « ou même l'ordre qu'il donnait d'appliquer la loi pénale à un individu ayant avoué ou pris en flagrant délit, quelquefois la résolution prise par un accusateur d'intenter une accusation, souvent le jugement du peuple ».

precedenti osservazioni in merito alla *petitio* ed alla sua funzione, preferiremmo mettere in relazione questo « iudicium dare » da un lato con la *petitio* dell'accusatore e dall'altro con la *litis aestimatio*, rappresentando esso l'oggetto immediato della prima (mentre l'oggetto mediato è lo svolgimento del giudizio di liquidazione del danno, accessorio, ma sempre intimamente legato al procedimento principale di condanna) e la condizione essenziale per lo svolgimento della seconda; in sostanza l'espressione è, a nostro avviso, da riferire, pur nella palese incertezza e frammentarietà dei dati a nostra disposizione, ad un'accessoria dichiarazione del magistrato di concedere la *litis aestimatio*, accogliendo la *petitio* col suo contenuto. Vorremmo cioè vedere anche in questa disposizione un riflesso di quella duplicità di aspetti, già osservata a proposito della dichiarazione formale dell'accusatore; si completa e si chiarisce così la fattispecie in questione: il pretore, di fronte alla *delatio* e relativa *petitio* dell'accusatore, si è rifiutato di accogliere e l'una e l'altra.

Nel passo troviamo ancora una volta una contrapposizione fra *petere* e *deferre*: all'uno si fa corrispondere *iudicium dare*, all'altro *recipere*. Tale osservazione, escludendo un valore generico di *petere*, conferma la nostra ipotesi di una *petitio* quale richiesta specifica di risarcimento. Il fatto che si parli talvolta di « *pecuniam petere* » ed altra volta di « *iudicium petere* », a nostro avviso, non fa che mettere in risalto l'intima connessione fra *pecunia* e *iudicium*: si chiede la restituzione, il risarcimento, attraverso una forma particolare di tutela; con *pecunia* si ha riguardo al fine, con *iudicium* al mezzo con cui tale fine si intende concretamente raggiungere, cioè a quella *litis aestimatio* che frequentemente è ricordata, ma l'oggetto di *petere* non cambia.

Che la restituzione del maltolto sia una delle finalità, se non quella determinante, dall'accusatore, risulta dal contesto

Significava anche l'insieme di un processo privato o pubblico, e in tal senso si parlava di *iudicia publica* e *privata*.

della legge: l'accusa deve infatti essere promossa dal danneggiato ⁽¹⁸⁾ e contro il magistrato che ha compiuto l'indebita estorsione ⁽¹⁹⁾, oltre certi limiti fissati alla l. 3 ⁽²⁰⁾, con l'unica limitazione relativa all'impossibilità di sottoporre a giudizio il magistrato ancora nell'esercizio delle sue funzioni ⁽²¹⁾.

Questo scopo non può certo raggiungersi per mezzo della *delatio*, la pura e semplice accusa, che non ci sembra comprendere in sé un'azione di risarcimento: essa porta alla sola « iudicium iudicatio », alla decisione dei giudici sulla innocenza o colpevolezza dell'accusato, come si rileva dalle ll. 55, 56 ss.

L'esistenza e l'importanza della *petitio* si possono spiegare considerando il fondamento, l'origine delle *quaestiones* ⁽²²⁾, cui

⁽¹⁸⁾ ll. 1-2: « quoi socium nominisve latini exterarumve nationum, quoive in arbitrato, dicione potestate amicitiae populi romani... »; l. 19: « quei ex h.l. pecuniam ab arvorsario petet... ».

⁽¹⁹⁾ Mentre le due leggi precedenti, come già accennato (cfr., *retro*, p. 7 nt. 10), chiamavano in causa solo i magistrati provinciali, la *lex Sempronia* si riferiva anche a quelli urbani.

⁽²⁰⁾ « ...in annos singulos pecuniae quod siet amplius HS nummum... ».

⁽²¹⁾ Cfr. l. 8: « De heisce dum mag(istratum) aut imperium habebunt iudicium non fiet ».

⁽²²⁾ Sull'origine del procedimento ARANCIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 176, asserisce: « Non si può negare che la procedura così organizzata rappresenti in qualche modo il compromesso tra il processo criminale preesistente... e il processo privato. Ma queste regole che hanno potuto essere in parte determinate dallo svolgimento storico della *quaestio repetundarum* (le cui origini sono appunto in un processo privato), non tolgono la differenza essenziale fra l'uno e l'altro procedimento »: cioè unilateralità dell'uno e bilateralità dell'altro.

Vicina a questo è l'opinione di MOMMSEN, *Le droit pénal romain* (trad. fr. Duquesne), Paris 1907, I, pp. 208 e 215, il quale, studiando l'evoluzione del processo penale romano, riporta le *quaestiones* agli *iudicia publica*, posti in essere a seguito di azioni intentate dal singolo davanti al pretore competente per le cause civili, ma nell'interesse della comunità. Questo termine *iudicia*, indicando genericamente gli organi giurisdizionali collegiali, comprende anche le *quaestiones*, che sono una forma particolare di giuria, finché, usato nel senso più ristretto, ne diviene sinonimo. In precisa opposizione alle tesi di MOMMSEN, v. la recente indagine di KUNKEL, *cit.*, che si propone appunto una ricostruzione del processo penale fino a Silla, prospettando tutta una serie di problemi che in questa sede non è certo possibile analizzare. Sul lavoro di KUNKEL v. l'interessante lettura di CRIFÒ, in « Labeo » 10 (1964), p. 1 ss.

più volte abbiamo fatto indiretti riferimenti. Questo tipo di procedimento, originato dalla necessità di reprimere adeguatamente il *crimen repetundarum*, è caratterizzato dal combinarsi di fondamentali esigenze di ordine pubblicistico, che sono alla base delle più antiche forme di repressione penale e delle singole *quaestiones extraordinariae* (su cui torneremo in seguito) con alcuni elementi, forme e principî propri del processo privato (più organico ed evoluto), ritenuti più idonei al fine reipersecutorio — che appare essenziale soprattutto nelle prime manifestazioni — e particolarmente utilizzabili per disciplinare lo svolgimento del nuovo processo pubblico, ancora privo di una propria organica struttura.

La combinazione di questi diversi elementi, nelle dovute proporzioni, non si realizza immediatamente, ma per gradi; perciò, mentre in un primo momento, con le *leges Calpurnia* e *Junia*, abbiamo solo un procedimento speciale, in cui l'elemento privatistico presenta ancora un'indubbia prevalenza su quello pubblicistico ⁽²³⁾, in seguito il primo tende ad essere

⁽²³⁾ Innanzitutto per il fine preminente, se non esclusivo, di ripetizione del malto, secondariamente anche per la forma: *legis actio sacramenti*, come ci informa la stessa *lex Sempronia*, l. 23 (cfr., retro, p. 6 nt. 9). A conclusioni in parte diverse giunge SERRAO, *Appunti sui « patroni » e sulla legittimazione all'accusa nei processi repetundarum*, in « Studi De Francisci », II, Milano 1956, p. 471 ss. Studiando l'istituto dei patroni, il SERRAO tratteggia la linea di sviluppo dei processi *repetundarum*, dalle prime giurie create dal Senato *una tantum* (ad es., nel 171 a. C., secondo Liv. 43, 2) in seguito alle recriminazioni dei provinciali, purchè assistiti dai patroni, alla *lex Calpurnia*, che costituì per la prima volta un tribunale permanente e stabile che i processi venissero introdotti da una *legis actio sacramenti*, esperibile, ovviamente, dai soli patroni (cittadini romani) e, infine, alla *lex Sempronia* che riconobbe « la piena capacità degli stranieri di assumere il ruolo di accusatori in un processo pubblico, ll. 1-6 » (p. 481), e, in particolare, « ordinava, per la prima volta, accanto al processo pubblico delle *quaestiones*, un processo di ripetizione a carattere privato » (p. 483). L'A. si oppone a MOMMSEN — per il quale i precedenti dei processi *repetundarum* devono ricercarsi in un antico giudizio privato di ripetizione e già con la *lex Calpurnia* gli stranieri potevano usufruire di un'azione privata autonoma — dimostrando che di un'autonoma azione privata le fonti non conservano tracce, ma anzi fanno apparire assurda l'esistenza, pur riconoscendo, al tempo stesso, che, sia nell'organizzazione dei più

sempre più assorbito, una volta esaurita la sua funzione, per dar luogo ad un autonomo processo penale. La *lex Sempronia* si riporta a questo preciso momento storico, in quanto conferisce un più spiccato carattere penale (e insieme, ovviamente, pubblicistico) ⁽²⁴⁾ al procedimento stesso, pur non riuscendo a superare, per taluni aspetti, la più antica concezione di delitto (cfr. il regime del furto, della rapina) come danno patrimoniale e di pena come riparazione patrimoniale.

In relazione a ciò, non ci sembra del tutto azzardato, dopo aver scorso l'intero testo della *lex Sempronia*, mettere in rilievo due serie di atti che presentano uno sviluppo parallelo: da un lato, *delatio, receptio, iudicium iudicatio*; dall'altro, *petitio, datio iudicii, litis aestimatio*. Si nota una certa corrispondenza fra i termini dell'una e dell'altra serie e, mentre attraverso i primi ci sembra che si tenda ad attuare un interesse pubblico, i secondi si riportano, a nostro avviso, alla tutela di un interesse meramente privato, patrimoniale.

antichi processi straordinari, sia nell'ordinamento della *quaestio*, è stata fatta larga applicazione di principi propri del processo privato.

La nostra divergenza dal SERRAO è più formale che sostanziale, in quanto, senza dubbio, le *quaestiones* non possono essere considerate come la diretta filiazione del processo privato; d'altra parte noi abbiamo parlato di compromesso fra due sistemi, fra due categorie di interessi e affermato che l'evoluzione del processo penale riposa sul diverso modo di configurarsi, di combinarsi, di questi sistemi, di questi interessi. Infatti, allorchè si creano le prime giurie straordinarie (che indubbiamente perseguono una finalità di ordine pubblico), viene data loro una configurazione che appare strutturata sul contemporaneo processo privato (in questo senso ad esso le *quaestiones* si riallacciano) ed appare perciò più idonea al fine previsto di condannare il magistrato malversatore alla restituzione del maltolto. Tale caratteristica rimane pressochè immutata nella *lex Calpurnia*, notevolmente attenuata nella *lex Sempronia*, con la quale si può veramente cominciare a parlare di processo penale, fino a scomparire, allorchè il processo penale acquista piena autonomia, pur conservando, ormai completamente assorbiti, assimilati, canoni e principi propri del processo privato.

⁽²⁴⁾ E' la *lex Sempronia*, infatti, che introduce l'istituto della *delatio*, nella quale si concreta il diritto di accusa e che costituirà uno dei cardini del procedimento penale. In tal senso v. anche PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, p. 30.

Ad ulteriore conferma di quanto siamo venuti dicendo, non ci resta che considerare le

ll. 58-59 (de leitibus aestumandis)

quei ex h. l. condemnatus erit, ab eo quod quisque petet, quouis ex h.l. petitio erit, id praetor, quei eam rem quaesierit, eos iudices, qui eam rem iudicaverint, aestumare iubeto... idque ad quaestorem, quantum siet quouisque nomine ea lis aestumata siet, facito deferatur.

In questa disposizione si stabilisce che, dopo la condanna, la *iudicium iudicatio* di cui si parla alla *l. 55 ss.*, il pretore « aestumare iubeto » — e qui si allude con sufficiente chiarezza allo *iudicium* (al mezzo previsto per la tutela degli interessi patrimoniali dell'offeso) — ingiunga cioè agli stessi giudici che hanno accertato la colpevolezza dell'accusato di valutare l'ammontare del danno, in relazione alla *petitio* fatta. A questo punto ci sembra pienamente dimostrato che la *petitio* è una richiesta autonoma e contemporanea alla *delatio* e se ne distingue per il fine che le è connaturato, di tendere ad una pena pecuniaria: abbiamo visto, infatti, nel passo or ora citato, come la *litis aestimatio* ne costituisca la diretta conseguenza.

La natura e la funzione della *petitio* ci permettono, altresì, di spiegare perchè tale atto perda sempre più d'importanza e, conseguentemente, le tracce ne divengano sempre più deboli ed incerte (il termine si trova in Cicerone usato ormai con valore generico), man mano che le *quaestiones* vengono ad organizzarsi come il vero e proprio processo penale, del tutto autonomo, e la pena pecuniaria passa in una posizione di secondo piano, fino a scomparire del tutto ⁽²⁵⁾.

⁽²⁵⁾ A questo proposito FERRINI, *Diritto penale romano*, in « Enciclopedia del diritto penale italiano », I, p. 410, dice: « La pena è rimasta pecuniaria anche nei primi tempi dell'impero: però, dalla legge *Servilia* in poi, alla condanna per *repetundae* si erano venute aggiungendo altre conseguenze, come la perdita dei diritti politici... remozione dal Senato... ineleggibilità alle pubbliche cariche. Nei giudizi

4. Nel testo della *lex Sempronia* fa la sua fugace apparizione anche il termine *postulare* — destinato ad avere in seguito, nel corso del I secolo a. C. soprattutto, una grande importanza — termine che, letteralmente, ha un valore analogo a quello di *petere* ⁽²⁶⁾. I passi che ci interessano sono:

l. 19

... nomenque eius deferto; sei deiuraverit calumniae causa non po[stulare, is praetor nomen recipito...]

l. 40

...aut adferatur coram eo qui postulaver[it...]

Si può parlare di un'assoluta identità ⁽²⁷⁾ fra *petere* (e *petitio*) e *postulare*, sia per il valore che per gli effetti? Tale sovrapposizione non ci sembra ammissibile. Per qual motivo, infatti, nello stesso testo sarebbero stati usati, nel medesimo significato, due termini analoghi, ma pur sempre diversi, ed uno due sole volte? Questa circostanza farebbe piuttosto pensare a due atti differenziati, anche se coesistenti, senza considerare poi che mal si adatta a *postulare* il preciso specifico valore che abbiamo attribuito a *petere* e *petitio*, tanto nell'uno quanto nell'altro dei passi considerati. Se *postulare* non si identifica con *petere*, a cosa

imperiali prima, e poi generalmente, le pene mutarono e, secondo la gravità dei fatti, si applicò la relegazione e la deportazione ».

Del resto, sulla funzione della *petitio*, già MOMMSEN, *op. cit.*, II, p. 53, affermava: « La formation de la demande est désignée dans la *lex Acilia repetundarum* par le terme technique usité dans la procédure civile pour l'action personnelle, à savoir par le mot *petere*; mais cette appellation ne convient plus à la procédure développée des *quaestiones*, où l'on admet des condamnations supérieures aux condamnations pécuniaires; en fait elle a disparu dans la suite ».

⁽²⁶⁾ Cfr. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, s.v. *Postulare*: « postulare... est petere, poscere, requirere; et videtur dici proprie de iis, quae iure aliquo nobis deberi putamus ».

⁽²⁷⁾ Così BRASIELLO, in « Nuovo Digesto Italiano », s.v. *Processo penale romano*, senza peraltro fornire spiegazioni, ma limitandosi a citare *lex Sempronia*, ll. 3, 4, 5, 6.

⁽²⁸⁾ V., *infra*, cap. II.

dunque si riferisce? Ad un atto autonomo, come vedremo all'epoca di Cicerone?

Una serie di considerazioni esclude, a nostro avviso, tale soluzione.

Prima di tutto, si parla di *postulare* e mai di *postulatio*, circostanza che ci appare piuttosto significativa: se il sostantivo si forma o, per lo meno, entra a far parte del linguaggio tecnico processuale molto più tardi rispetto al verbo corrispondente (e noi lo troviamo in Cicerone, quindi circa un secolo dopo), è molto probabile che, fino a tale momento, esista un termine generico, cui non corrisponde, di conseguenza, un atto preciso e determinato.

Possiamo anche notare che di per sè il verbo, più generico, si riferisce meglio all'azione, all'attività materiale del soggetto, mentre il sostantivo, per sua natura più specifico, si riferisce all'atto in sè: si determina quindi, in ordine di tempo, un passaggio dal *genus* alla *species*; e, infatti, noi troviamo qui *postulare* e non *postulatio*, mentre in età ciceroniana incontreremo frequentemente anche il secondo termine.

E' altresì sintomatica la circostanza che si parli di *delatio* e di *deferre*, di *petere* e di *petitio*, ma solo di *postulare*; il fatto è che con i primi due ci si riferisce ad una certa attività e ad un atto specifico dell'accusatore, mentre la stessa cosa non si può dire del terzo, cui corrisponde una generica attività, non meglio determinata. Certo, si potrebbe anche sostenere che, siccome il testo risulta in più parti frammentario, la menzione del termine *postulatio* si trovasse in una disposizione a noi non pervenuta; ma tale mancanza sarebbe, per lo meno, alquanto strana; molto più logico è ritenere che *postulare* sia qui usato per indicare genericamente e semplicemente che un accusatore si è presentato per svolgere una certa attività (*petitio nominisque delatio*), ma ciò non implica affatto che egli abbia inoltrato una precisa richiesta di essere ammesso a svolgerla, come, invece, si verificherebbe successivamente.

Infine, considerando più da vicino i due frammenti sopra citati, alla *l. 40* « *coram eo qui postulaverit* » ci appare niente altro che una circoloncuazione, da rendere più semplicemente con « in presenza dell'accusatore », cioè in presenza di colui che ha compiuto gli atti necessari (*petitio* e *delatio*) a deferire taluno alla *quaestio* competente. Analoghe conclusioni si traggono dall'altro frammento, che non sarà inopportuno richiamare :

l. 19

nomenque eius deferto ; sei deiuraverit calumniae causa non po[stulare, is praetor nomen recipito...]

E' evidente che qui non può essere attribuito al termine *postulare* il valore con cui lo abbiamo trovato usato in Cicerone, di richiesta presentata al magistrato, precedentemente alla *delatio*, per il semplicissimo fatto che la *delatio* è già stata compiuta.

A nostro avviso quindi, — e d'altra parte ci sembra la soluzione più aderente al testo — *postulare* è una espressione generica, diretta ad indicare l'attività dell'accusatore e, di conseguenza, comprensiva tanto della *delatio* quanto della *petitio*.

5. Contemporaneamente alla *delatio* ed alla *petitio*, l'accusatore compie un altro atto, del quale vien fatta menzione alla *l. 19*, sopra citata. Vi si parla infatti del giuramento, *ius iurandum calumniae*, che deve essere appunto prestato dall'accusatore e che si sostanzia in una dichiarazione solenne di non aver presentato la sua accusa *calumniae causa*, cioè senza fondamento, per fini di vendetta. Circa lo *ius iurandum calumniae*, del quale ci resta ancora qualche traccia in un passo di Cicerone e in uno di Livio ⁽²⁹⁾, non troviamo nelle fonti successive alcuna esplicita

(29) Cic., *ad fam.* 8, 8, 3: « nam de divinatione Appius, cum calumniam iurasset, contendere ausus non est Piliusque cessit »; Liv. 33, 47, 5: « nisi velut accusatores calumniam in eum iurarent ac nomen deferrent ». In questo passo Livio si riferisce ad Annibale ed a titolo esemplificativo fa un'allusione allo svolgimento

menzione: questa circostanza costituisce, a nostro avviso, un probabile indizio della progressiva decadenza dell'istituto, almeno per quanto riguarda la sua specifica funzione. Il giuramento, comunque, in base alla *lex Sempronia*, appare come una condizione (*condicio iuris*) per l'accoglimento dell'accusa e deve quindi trovar luogo tra la *delatio* e la *receptio* ⁽³⁰⁾.

Dobbiamo infine notare come nel frammento risultino nettamente distinte l'attività dell'accusatore: « in ious educito nomenque ius deferto » e quella del magistrato: « recipito », atto formale di recezione dell'accusa, con cui la *quaestio* sembra definitivamente instaurata. Abbiamo detto « sembra » e, infatti, fino a questo momento, non si è ancora proceduto alla scelta dei giudici che comporranno il *consilium quaestionis*: ora, se il rapporto processuale si costituisce fra accusatore, accusato e giudice, nel nostro caso parrebbe dunque necessario attendere l'*editio* e l'*electio* (designazione dei singoli giudici). Ma è pur vero che, mentre gli atti finora compiuti sono pressochè contestuali e costituiscono un unico blocco, l'*editio* e l'*electio* ci appaiono trop-

del processo penale: l'esplicita menzione del giuramento sta a significare che questo atto aveva avuto, nel processo stesso, una funzione determinante, tanto da restarne un così nitido ricordo.

⁽³⁰⁾ Sul frammento vedi anche PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, p. 59, il quale afferma che l'accusatore formulava la sua accusa unitamente al *ius iurandum calumniae*, la dimostrata falsità del quale avrebbe determinato l'applicazione della *lex Remnia*. Contra LABOULAYE il quale, *op. cit.*, p. 341, richiamandosi altresì al passo di Cicerone citato nella nota precedente, sostiene che il giuramento doveva essere prestato prima della *delatio*. Ora, se tale affermazione è senz'altro conforme al passo di Cicerone, non appare affatto giustificata dal testo della *lex Sempronia*, come crediamo di avere sufficientemente mostrato in più occasioni, tra l'altro anche a proposito della *postulatio* (cfr. *retro*). L'errore in cui appare incorso l'A. citato consiste nell'aver chiamato a conferma della propria tesi due passi relativi allo stesso atto solo apparentemente, ma riflettenti, in sostanza, due diversi momenti della storia del processo penale. Si parla prima e dopo di *ius iurandum*, ma la funzione di questo è nei due casi molto diversa, come pure la sua importanza. Avremo modo di ritornare su questo punto e di notare, a suo tempo, le modificazioni intervenute, in materia, all'epoca di Cicerone. Del resto, tutta la ricostruzione del LABOULAYE, pur preziosa sotto molti aspetti, presenta il difetto di ricorrere indiscriminatamente a documentazioni relative a periodi storici diversi.

po nettamente distinte anche nel tempo ⁽³¹⁾ per poter essere messe sullo stesso piano degli altri; inoltre, anche prima del loro compimento, risulta determinata la persona che presiederà la *quaestio*, il *praetor peregrinus*, e, potenzialmente, c'è già una *quaestio*, preesistendo la lista dei 450 cittadini: si tratterebbe solo di individuare la persona fisica dei singoli componenti.

Vi è tuttavia una circostanza che induce a considerare con maggior attenzione il valore da attribuire a questa *editio* (ed *electio*), circostanza messa in luce dalle

ll. 26-27

Praetor... facito eos Lviros, quos is qui petet et unde petetur ex h.l. legerint ediderint, eosque patronos, quos quei petet ex h.l. dederit... in taboleis popliceis scriptos habeat. Ea nomina quei petiverit et unde petitum erit, quei eorum volet ex taboleis popliceis describendi is praetor potestatem facito...

Dopo la costituzione del *consilium quaestionis*, dunque, il pretore attua una forma di pubblicità: iscrive cioè « in taboleis popliceis » i nomi dei giudici scelti e degli eventuali patroni, il che presuppone, ovviamente, il compimento dell'*editio*. Tale *inscriptio* ha quindi lo scopo di rendere nota l'accusa formulata, i nomi dei giudici che su di essa sono chiamati a pronunciarsi e, probabilmente, anche il nome dell'accusato, come sembra potersi desumere dalla

l. 5

de quo ex h.l. ioudicatum erit sei contra h.l. fecisse deicetur, postquam ea res ioud]icata erit, aut quouis

(³¹) In diversi passi della *lex Sempronia* (l. 21 ss.) si stabilisce che l'*editio* da parte dell'accusatore deve avvenire 20 giorni dopo la *delatio*, e l'*electio* da parte dell'accusato ben 60 giorni dopo tale termine, con l'ulteriore precisazione che, nel caso di un rifiuto, questi andrà incontro a certe conseguenze, non precisabili, tuttavia, allo stato del testo. Inoltre, l'ordine del magistrato ai due contendenti di presentarsi entro un certo termine (che si fa decorrere dal compimento

nomen praevaricationis causa delatum erit, aut quoum
nomen ex h.l. ex reis exemptum erit.

Exemptum allude, infatti, proprio all'atto esattamente contrario all'*inscriptio* e, indirettamente, la conferma.

Al momento di stabilire la natura dell'*editio*, ci troviamo di fronte a dati apparentemente contrastanti, in quanto l'affermazione contenuta nelle ll. 26-27 ci impedisce di sottovalutarla, relegandola assolutamente al di fuori del rapporto processuale ⁽³²⁾ mentre, d'altro canto, le precedenti osservazioni ci impediscono di metterla sullo stesso piano della *delatio* e della *receptio*.

Ridotta la questione entro questi termini, la soluzione ci sembra scaturire proprio da quello che appariva un insanabile contrasto: l'*editio* tende infatti a configurarsi come elemento integrante o perfezionatore del rapporto, peraltro già costituito attraverso le dichiarazioni formali dell'accusatore e del magistrato, e cioè come una sua condizione di efficacia, tanto che proprio ad essa fa seguito l'iscrizione, quale forma embrionale di pubblicità.

6. A questo punto potremmo legittimamente chiederci quale sia la posizione rispettiva della *delatio* e della *receptio*, che appaiono come i cardini del sistema. Ci troviamo di fronte a due distinte manifestazioni di volontà: una dell'accusatore e una del magistrato. Sono ambedue sullo stesso piano o c'è una prevalenza dell'una sull'altra? Per rispondere a tale domanda dobbiamo esaminare ancora due passi della *lex Sempronia*. Vediamo innanzitutto la

della *delatio*) potrebbe addirittura apparire, nel modo in cui ci si presenta, come uno degli effetti immediati della costituzione del rapporto stesso: « recipito facitoque... » (l. 20).

⁽³²⁾ Dal momento che, come abbiamo detto, solo dopo il compimento di tale atto si fa luogo all'*inscriptio*.

l. 29

quoium nomen ex h.l. delatum erit, sei is ante mortuos erit... aut in exilium abierit, quam ea res iudicata erit, eam rem... item quaerito... quasi sei is quouis nomen ex h.l. delatum erit viveret inve civitate esset.

Si dice dunque che, nel caso di morte o assenza di colui il cui nome è stato oggetto di una *delatio*, prima tuttavia della pronuncia della sentenza, si procede come se egli fosse presente. Il passo può essere messo in relazione con quello precedentemente considerato (l. 19): infatti, se si discute sulla possibilità di assenza dopo la *delatio*, quindi nel giudizio, e si risolve la situazione mediante un *fictio*, indirettamente si conferma che l'accusato deve essere presente al momento della *delatio*. A parte queste considerazioni, è importante notare come, nel caso contemplato, il rapporto si sia già costituito, dal momento che si parla di giudizio e, pur tuttavia, si accenni alla *delatio* e non anche alla *receptio*; inoltre, nel testo complessivo della legge, si parla sempre della prima, molto raramente della seconda. Questo rilievo non deve tuttavia portare alla conclusione — paradossale — di una assoluta preminenza della *delatio* stessa e quindi di un'unica manifestazione di volontà sufficiente a costituire il rapporto, riducendo la *receptio* a una condizione di efficacia della prima; pur non potendo sottovalutare, da un lato, l'attività e la volontà dell'accusatore, non possiamo, dall'altro, minimizzare la funzione magistratuale, soprattutto in una società, come la romana, che considerava l'*imperium* cardine e fondamento della propria organizzazione politica. Ma riprendiamo brevemente in esame la

l. 4

sei quis deicet praetorem nomen ex h.l. ita non recepisse utei delatum esset neque iudicium ex h.l. datum esse utei peteret; de ea re eius petitio nominisque delatio esto, praetoris quaestio esto...

Tralasciando altri elementi, non essenziali ai fini della presente indagine, concentriamo la nostra attenzione sulla prima parte, in cui si considera l'ipotesi che il pretore non abbia compiuto la *receptio* conformemente alla *delatio*, nè abbia voluto « iudicium dare » conformemente alla *petitio*. E' evidente che questa disposizione e la relativa sanzione (tale è senz'altro la seconda parte) non si spiegherebbero se la *receptio* non fosse essa stessa essenziale al fine della costituzione del rapporto. Pur essendo, tuttavia, necessaria, la *receptio* si configura come atto dovuto: il magistrato, infatti, una volta che l'accusatore abbia formulato la sua dichiarazione di accusa, la richiesta del malto e prestato giuramento, è inderogabilmente tenuto ad accogliere la *delatio* e, conseguentemente, la *petitio*.

7. Concluso l'esame del testo epigrafico, limitatamente alle disposizioni che ci interessano in modo immediato, cioè a quelle relative al procedimento preliminare, vogliamo ora, per completare e chiarificare l'esposizione, riassumere e inquadrare i risultati raggiunti.

Abbiamo innanzitutto cercato di mettere in giusta luce le innovazioni apportate dalla *lex* che, istituendo per prima un tribunale stabile ⁽³³⁾ con competenza in materia criminale, sia pure solo per un particolare *crimen*, ha operato una differenziazione fra giurisdizione e legislazione penale, organizzando, al tempo stesso, un tipo di procedimento che non sempre riesce a liberarsi dai vincoli di un compromesso di struttura e di forma, determinato da necessità contingenti, ma che, tuttavia, ha in sè la possibilità di un'autonoma evoluzione, i cui frutti non tarderanno a prodursi e manifestarsi.

⁽³³⁾ Già alla *lex Calpurnia* si fa risalire la prima *quaestio perpetua*, il cui procedimento non ha tuttavia carattere pubblicistico; di conseguenza preferiamo riportare l'istituzione delle *quaestiones perpetuae*, nella loro fondamentale e tradizionale funzione, nella loro struttura di processo pubblico, alla *lex Sempronia* e soltanto ad essa.

L'articolazione del procedimento preliminare trova la sua naturale spiegazione nell'insieme dei fattori che hanno determinato la legge e nei fini che essa si proponeva di realizzare. Da un lato essa infatti tendeva ad una riparazione patrimoniale (stabilendo un'ammenda pari al doppio valore di ciò che era stato indebitamente estorto): apparentemente nulla innovava rispetto alle *leges Calpurnia* e *Iunia*, ma, in realtà, mentre queste se la proponevano come unico fine, la *lex Sempronia* la realizzava in via secondaria, con una decisione degli stessi giudici cui competeva l'emissione della sentenza di condanna, pronunzia che era prima, quindi, non solo in ordine di tempo, ma anche di importanza; dall'altro lato essa tendeva a sanzionare il fatto illecito in sè. In un primo momento abbiamo la *iudicium iudicatio*, poi la *litis aestimatio*: si è perciò operata una rivalutazione dell'aspetto antigiusdittico in senso pubblicistico dell'atto illecito, ossia dell'atto compiuto *non iure*.

Dati questi interessi che la legge si propone di tutelare, l'accusatore (nel procedimento delle *quaestiones* l'iniziativa è appunto affidata ad un privato, sia pure in veste di rappresentante della comunità, e non ad un organo pubblico), presentatosi al magistrato competente (il *praetor peregrinus*), compie la *delatio* (dichiarazione di accusa) al fine di ottenere la condanna dell'accusato e formula altresì la *petitio*, ossia richiede la restituzione del maltolto attraverso la *litis aestimatio*. Abbiamo cercato, a questo proposito, di spiegarci la funzione e l'importanza della *petitio* nell'economia del procedimento preliminare e le ragioni della progressiva decadenza dell'istituto in questione, escludendo la possibilità di una sua identificazione con la *delatio*, prima, e con la *postulatio*, poi, anzi, per essere più precisi, col termine *postulare*, che ricorre due sole volte e con un valore assolutamente generico, non certo riconducibile a quello di « istanza che apre il procedimento preliminare ».

Ai due atti si accompagna anche il giuramento dell'accusatore di non aver formulato calunniosamente la sua accusa. Esple-

tate queste formalità, alla presenza dello stesso accusato, il magistrato dichiara a sua volta di *recipere* il *nomen* indicato, impegnandosi, quindi, a che si svolga regolarmente il giudizio, prima, la *litis aestimatio*, poi. Seguono l'*editio* e l'*electio* dei componenti la giuria, dopo di che il magistrato provvede a far incidere su tavolette i nomi dei giudici, degli eventuali *patroni*, sembra anche del reo, realizzando così una primitiva forma di pubblicità. Il sistema tratteggiato dalla *lex Sempronia* è estremamente semplice e si esaurisce in un tempo relativamente breve: le dichiarazioni dell'accusatore e del magistrato sono senz'altro contemporanee, con un'indubbia preminenza della prima sulla seconda che si configura come atto dovuto, mentre successiva è la formazione della giuria.

Su questo pur semplice schema si impernierà, tuttavia, il processo accusatorio delle età successive.

II

IL PROCEDIMENTO PRELIMINARE NEL PROCESSO ACCUSATORIO DELL'ULTIMA ETÀ REPUBBLICANA

SOMMARIO: 1. Premesse. — 2. La *postulatio* come atto introduttivo del procedimento preliminare. — 3. Il contenuto della *delatio nominis*. — 4. L'attività magistratuale: *receptio* e *inscriptio*. — 5. La funzione dei *subscriptores*. — 6. Di alcuni problemi relativi a Cic., *de inv.* 2, 19, 58. — 7. Osservazioni conclusive sulla struttura del procedimento preliminare nell'ultima età repubblicana.

1. Il processo penale, del quale la *lex Sempronia iudiciaria* ⁽¹⁾ segna la nascita, inizia, fino dagli ultimi anni del II secolo a. C., attraverso molteplici tappe, la sua lenta evoluzione che trasformerà l'embrionale organizzazione, tracciata con poche scarse disposizioni, in una entità più organica e complessa, indice di una più matura coscienza giuridica.

Pur determinando con una certa precisione il punto di partenza, non possiamo invece stabilire con altrettanta precisione il momento in cui tale evoluzione si esaurisce. Ma, a dir vero, quel momento non può nemmeno esistere: sarebbe, infatti, storicamente, un assurdo, in quanto ogni istituto è naturalmente soggetto a trasformazioni intrinseche ed estrinseche, dipendenti da una pluralità di fattori, non sempre esattamente individuabili, sempre comunque dal diverso grado di maturità morale, giuridica, politica della società in cui vive. Fin dal momento della sua creazione esso ha in sè i germi della trasformazione che si svilupperanno con manifestazioni più o meno intense, ed an-

⁽¹⁾ Cfr., *retro*, p. 5 ss.

che quando sembrerà di non poter riconoscere l'originario istituto in quello più evoluto, più rispondente alle nuove esigenze, che volta a volta ci si presenta, non dovremo pensare che il primo abbia completamente esaurito la sua funzione, dando vita al secondo, ma che ne abbia piuttosto mutato l'oggetto, anzi la direzione, mantenendo, tuttavia, immutato il principio animatore. Potranno modificarsi alcune forme, alcuni elementi, ma non si avrà mai una completa scissione, storicamente, tra una fase e l'altra: ciascuna troverà il suo fondamento, la sua giustificazione, in quella che l'ha preceduta. Più esattamente forse potremmo parlare di cicli evolutivi, la conclusione di uno dei quali non rappresenta che il punto di partenza per il successivo e così via verso posizioni sempre più avanzate, con un movimento a spirale, senza sostanziale soluzione di continuità.

Verso la metà del I secolo a. C. la trasformazione in atto ha già acquistato tali notevoli proporzioni da indurci a considerare ormai concluso il primo ciclo. Infatti, allorché rivolgiamo la nostra attenzione all'opera di Cicerone, non tardiamo ad accorgerci come, trascorsi ormai tre quarti di secolo dalla *lex Sempronia*, nuove leggi più organiche, in particolar modo quelle legate alla riforma sillana ⁽²⁾, abbiano dato al procedimento preliminare, che soprattutto ci interessa, una fisionomia ben diversa, e cioè una configurazione meglio definita.

2. Al fine di una esatta ricostruzione della configurazione assunta dal procedimento preliminare in età ciceroniana, sarà

⁽²⁾ Dopo la *lex Sempronia*, abbiamo, in ordine di tempo: la *lex Servilia Caepionis* (106 a. C.), che segna un passo indietro rispetto alla prima, soprattutto per quel che concerne la composizione della giuria, non più privilegio esclusivo dell'*ordo equester*; la *lex Servilia Glauciae* (100 a. C.), la quale, oltre a ripristinare il regime della *lex Sempronia*, introduce l'istituto della *comperendinatio* e la procedura 'quo ea pecunia pervenerit'; le brevi riforme di L. Druso (91 a. C.) e Plauzio (89 a. C.), la *lex Cornelia repetundarum*, cui si affiancano: una *lex Cornelia iudiciaria* (81 a. C.) e una *lex Aurelia iudiciaria* (70 a. C.); infine la *lex Iulia repetundarum*, con la quale si conclude la produzione normativa penale dell'età repubblicana. Sull'argomento, cfr. PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, p. 71 ss.

opportuno cogliere dapprima i singoli aspetti del problema, e cioè le sue singole manifestazioni, per raggiungere infine l'unità, ovvero sia la visione sintetica del fenomeno processuale nel particolare momento storico, di cui ci stiamo interessando.

Il primo elemento importantissimo ci è fornito da

Cic., *ad fam.* 8, 6, 1:

Illud mihi occurrit, quod inter postulationem et nominis delationem uxor a Dolabella discessit.

Dalla lettura del passo risulta infatti una contrapposizione fra la *postulatio* e la *delatio*, presentate come due momenti ben differenziati l'uno dall'altro, non solo riguardo alla struttura, ma altresì al tempo, poichè il termine *postulatio* non ha qui certo la funzione di indicare genericamente l'attività dell'accusatore nella fase preliminare ⁽³⁾, e dall'altra è inequivocabile il riferimento ad un intervallo di tempo fra la prima e la seconda. Da tutto ciò consegue, ed il passo citato conferma pienamente tale interpretazione, che qui si parla di *postulatio* con riferimento a qualcosa di ben preciso, ad un atto autonomo, precedente alla *delatio* stessa. Qual'è la struttura e la funzione di tale atto? Innanzitutto *postulare* e *postulatio*, letteralmente ed in generale, significano « chiedere » e « richiesta » e, nel linguaggio tecnico processuale, sono usati per indicare la presentazione di una richiesta al magistrato, nel corso di un procedimento, sia nell'ambito del processo privato che pubblico ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Valore che avevamo invece attribuito al termine *postulare* nel testo della *lex Sempronia*, cfr., *retro*, p. 21.

⁽⁴⁾ Confermano tale applicazione nell'ambito del processo penale: Cic., *Verr.* I, 2, 6: « Itaque, cum ego diem inquirendi... postulavissem... iste qui diem postulare... » (si tratta qui di una richiesta, presentata dopo l'accoglimento dell'accusa, sia dall'accusatore che dall'accusato, di un certo termine per raccogliere la documentazione necessaria ai fini del giudizio); Cic., *pro R. Am.* 2, 7: « Si vobis aequa et honesta postulatio videtur, iudices, ego contra brevem postulationem adfero et, quo modo mihi persuadeo, aliquanto aequiorem » (dove *postulatio* allude a precise richieste degli oratori nel corso della discussione). Esatto riscontro e piena conferma dell'appartenenza dei termini *postulatio* e *postulare* al linguaggio tec-

Una volta stabilito il valore generico di *postulatio* e *postulare*, dobbiamo determinarne la funzione specifica, con riferimento al procedimento preliminare del processo penale, funzione che ci viene illustrata da

Cic., *Div. in Q. Caec.* 20, 64 :

Nuper, cum in P. Gabinium vir fortissimus et innocentissimus L. Piso delationem nominis postularet et contra Caecilium peteret...

La *postulatio* si configura, dunque, come la richiesta che taluno presenta al magistrato al fine di essere ammesso all'accusa ⁽⁵⁾, in altri termini al fine di ottenere quella che altrove viene

nico processuale ci sono dati da alcuni passi relativi al processo privato, dove si parla, ad es., di « iudicem postulare » (Gai. 4, 7), di « postulare exceptiones » (Cic., *de inv.* 2, 19, 58) e, inoltre, da due testimonianze di Ulpiano che ne riassumono le diverse applicazioni: D. 3, 1, 1, 2 (6 *ad ed.*): « Postulare autem est desiderium suum, vel amici sui, in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere vel alterius desiderio contradicere »; D. 39, 2, 4, 8 (1 *ad ed.*): « Hoc autem iudicium certam conditionem habet, si postulatum est, ceterum qui non postulavit, experiri non potest. Postulare autem proprie hoc dicimus, pro tribunali petere, non alibi ».

Sull'argomento cfr. anche PUGLIESE, *Il processo formulare*, Genova 1948-49, II, p. 64.

⁽⁵⁾ Anche FORCELLINI, *loc. cit.*, mette in luce i due diversi valori del termine *postulare*; in generale: « postulare... est petere, poscere... et videtur dici proprie de iis, quae iure aliquo nobis deberi putamus », valore specifico: « ...petere ut alicuius nomen deferre liceat, eumque reum facere: quod quum impetratum est, tunc rei nomen deferitur: isque accusatur ».

Il passo ciceroniano ci offre lo spunto per mettere in evidenza un certo parallelismo nel valore dei termini *petere* e *postulare*. Indubbiamente, tanto l'uno che l'altro entrano ben presto a far parte del linguaggio tecnico processuale, con un analogo valore: ambedue i verbi — ed i relativi sostantivi — sono riferibili e riferiti ad istanze presentate nel corso di un procedimento, quindi ad una serie indefinita di atti; ad un certo momento, tanto l'uno che l'altro, pur non venendo meno il loro più ampio significato, acquistano una particolare sfumatura, indicando specificatamente una fra le innumerevoli possibili richieste. Nell'ambito del processo penale ciò si verifica per la *petitio* con la *lex Sempronia* (dove appunto *petitio* = istanza di risarcimento) e per la *postulatio* nella prima metà del I secolo a. C.: vi possono essere infinite *postulationes*, ma *postulatio* per antonomasia è quella che apre il procedimento preliminare. Naturalmente, allorchè la successiva evoluzione renderà superfluo tale atto, verrà meno anche questa partico-

definita « potestas deferendi » (*ibid.* 19, 63): una istanza preliminare, dunque, all'effettivo esercizio del diritto di accusa — del quale costituisce il necessario presupposto — strutturata in modo tale da indicare: il nome dell'accusatore e dell'accusato, il reato e, talvolta, anche la disposizione legislativa istitutiva della *quaestio*. Ciò risulta chiaramente dal contemporaneo esame testuale di

Cic., *ad fam.* 8, 8, 2 :

Q. Pilius necessarius Attici nostri, de repetundis eum postulavit...,

Cic., *ad fam.* 8, 8, 3 :

... et ipse de pecuniis repetundis a Serviliis est postulatus...,

Cic., *ad Q. fr.* 2, 3, 5 :

Sextius ab indice Cn. Nerio Pupinia est postulatus...,

Cic., *in Vat.* 14, 33 :

Quaero etiam illud ex te... postulatusne sis lege Licinia et Iunia.

Ora, se la *postulatio* consiste nella richiesta, specifica, di essere chiamato all'accusa vera e propria, da ciò consegue che qualcuno dovrà dichiararla o meno ammissibile, cioè il magistrato, che si pronuncerà dopo aver accertato preliminarmente l'esistenza di alcuni presupposti e la mancanza di impedimenti. Questo accertamento non esiste certo nel sistema della *lex Semproniana*, dove *postulare* ha solo un valore generico ⁽⁶⁾, ma viene introdotto successivamente, forse con le riforme di Silla, tanto che, all'epoca di Cicerone, appare organicamente inserito nel procedimento introduttivo e ormai completamente disciplinato.

lare sfumatura di significato, come del resto abbiamo già avuto modo di osservare a proposito della *petitio*.

(⁶) Cfr., *retro*, p. 21.

Abbiamo parlato di accertamento preliminare e su questo punto non esistono dubbi; dobbiamo ora precisarne l'oggetto ⁽⁷⁾, cominciando dai presupposti soggettivi riguardanti la capacità processuale del postulante. Innanzi tutto si richiede il possesso della cittadinanza romana e della civica onorabilità ⁽⁸⁾, non devono inoltre preesistere fra accusatore ed accusato rapporti di *pietas*, in relazione a magistrature insieme gerite ⁽⁹⁾; un impedimento temporaneo è rappresentato poi dal possesso della dignità magistratuale, che persegue l'evidente finalità di escludere ogni interferenza, ogni ingiustificata e ingiustificabile influenza sui giudici a causa della posizione di particolare rilievo rivestita dal postulante ⁽¹⁰⁾; infine l'accusatore deve essere unico, pur potendo essere affiancato da altri soggetti, senza veste ufficiale, in una posizione di secondo piano. Nel caso in cui siano presentate, perciò, da più accusatori, contemporaneamente, diverse *postu-*

(⁷) A questo proposito vedi HITZIG, in PAULY-WISSOWA, *RE.*, s.v. *Delatio*. L'A. afferma che tra la *postulatio* e la *delatio* si pone un esame dei presupposti processuali e, in particolare, della capacità processuale del postulante e della accusabilità del postulato. Analogamente ARANCIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 175, dice che l'accusa è preceduta da una *postulatio*, con la quale si richiede al magistrato la facoltà di accusare, facoltà che può essere negata se il richiedente sia persona indegna. Cfr. anche COSTA, *Cicerone giureconsulto*², II, Bologna 1927, p. 135 ss., e relativa ampia documentazione. Il LABOULAYE, *op. cit.*, p. 342, afferma: « La *postulatio* avait probablement pour but de mettre le préteur a même de vérifier si l'accusateur n'était pas dans la catégorie des personnes auxquelles les lois interdisaient le droit d'accusation ».

(⁸) Cfr. Cic., *Div.* 11, 34: « Concedas oportet iis, qui nullo suo peccato impediuntur, quo minus alterius peccata demonstrare possint » e il relativo commento di Pseudo Ascon. (197 Stangl): « ..Certae etiam personae sunt quae indices fieri possint... Index est autem qui facinoris cuius ipse est socius latebras indicat impunitate proposita. Est autem sensus: 'Index potes esse, si tibi hoc licet; accusator, de qua re agimus, esse non potes' ».

(⁹) Su questo punto ritorneremo nel corso dell'esame del testo della *Divinatio*, poichè Cicerone si richiama proprio all'esistenza di questo impedimento contro la candidatura di Cecilio. V., *infra*, p. 36.

(¹⁰) Cfr. *pro Murena*, 28, 59: « Nolo accusator in iudicium potentiam adferat... »; 32, 67: « remove auctoritatem quae in iudiciis aut nihil valere, aut ad salutem debet valere »; *pro Cluent.* 34, 94: « ... quod accusante tribuno plebis condicione aequa disceptari posse non putarunt ».

Sull'inegnità dell'accusatore, l'accusato può provocare un *praeiudicium*: così COSTA, *loc. cit.*

lationes nei confronti della stessa persona e per lo stesso reato, si fa luogo ad un autonomo accertamento cui viene dato il nome di *divinatio* ⁽¹¹⁾. Questa eventuale *divinatio*, che tende a determinare chi fra tutti presenti le maggiori garanzie di disinteresse e imparzialità, non è dunque che un aspetto, anche se il più appariscente, della fase di accertamento originata dalla *postulatio*, della quale viene a costituire, perciò, un'ulteriore conferma. Circa la *divinatio* esaminiamo alcuni passi tratti dalla più celebre orazione relativa ad essa, pervenutaci integralmente: la *Divinatio in Q. Caecilium*, preliminarmente all'accusa contro Verre, nella quale Cicerone ha come avversario Q. Cecilio; la sua lettura potrà ben illuminarci circa la struttura di tale procedimento. Cominciamo da un passo, precedentemente citato, che non sarà inopportuno riportare qui nella sua integrità.

Cic., *Div.* 20, 64:

nuper cum in P. Gabinium vir fortissimus et innocentissimus L. Piso delationem nominis postularet et contra Q. Caecilium peteret; isque se veteres inimicitias... persequi diceret, cum auctoritas... Pisonis valebat plurimum, tum erat illa causa iustissima, quod eum sibi Achaei patronum adoptarant.

(11) Cfr. la definizione che suggerisce Pseudo Asconio (186 Stangl) proprio in relazione alla *Divinatio in Q.C.*: « *Divinatio* dicitur haec oratio quia non de facto quaeritur... sed de futuro, quae est *divinatio*, uter debeat accusare ». Vedi anche la spiegazione che dello stesso termine ci offre Aulo Gellio, *Noctes Atticae* 11, 4: « Cum de constituendo accusatore quaeritur iudiciumque... redditur, cuinam potissimum... accusatio... in reum permittatur; ea res atque iudicium cognitio *divinatio* appellatur. Id vocabulum quam ob causam ita factum sit quaeri solet. Gabio Bassus... 'Divinatio — inquit — iudicium appellatur, quoniam divinet quodammodo iudex oportet, quam sententiam sese ferre par sit... Sed videtur eum significare velle, idcirco dici *divinationem*; quod in aliis quidem causis iudex ea quae didicit... sequi solet: in hac autem re... parva admodum et exilia sunt... et propterea, quoniam magis ad accusandum idoneus sit, quasi *divinandum* est'. Sed alii... et idcirco, quod adhuc usque deest et latet, *divinatione* supplendum est, quisnam sit accusator futurus ».

Due sono i soggetti che si contendono il diritto di accusa e si allude abbastanza chiaramente ad un dibattito in piena regola davanti al magistrato che, al termine, dovrà dichiarare chi di loro è ammesso alla *delatio*. Una rapida lettura della *Divinatio in Q. Caecilium* mette in luce lo svolgimento di questo dibattito: sappiamo infatti che, nel corso dell'orazione, Cicerone indica i motivi per cui Q. Cecilio non può essere legittimato all'accusa contro Verre. E, infatti, l'oratore rileva che il fatto di essere stato questore con l'accusato, in rapporti di *pietas* quasi filiale, dà adito a sospetti circa l'onestà delle sue intenzioni e induce piuttosto a pensare che Cecilio cerchi di favorire l'antico superiore; mette al tempo stesso in evidenza la ferma volontà dei Siciliani — spogliati dalle malversazioni di Verre — di avere lui, Cicerone, quale vendicatore dei torti subiti. E non a caso Cicerone riporta qui l'episodio di Pisone, la cui *postulatio* nei confronti di P. Gabinio era stata ritenuta più autorevole, e quindi più degna di essere presa in considerazione, di quella, contemporanea e di ugual contenuto, presentata da Cecilio, proprio per il fatto che i provinciali danneggiati avevano designato il primo quale difensore dei loro diritti violati. E' innegabile la corrispondenza fra la situazione di Pisone e quella attuale di Cicerone: anch'egli, infatti, può citare a suo favore l'esplicita designazione da parte dei danneggiati e, con la consueta abilità, sfrutta a suo vantaggio tale autorevole precedente. L'importanza della volontà dei danneggiati è comunque uno degli argomenti su cui Cicerone ama ritornare: argomento molto probante, dunque, che troviamo più chiaramente svolto in

Cic., *Div.*, 3, 10:

Cum de pecuniis repetundis nomen cuiuspiam deferatur, si certamen inter aliquos sit cui potissimum delatio detur, haec duo in primis spectari oportere: quem maxime velint auctorem esse ei quibus factae esse dicantur iniuriae, et quem minime velit is, qui eas iniurias fecisse arguatur.

Secondo Cicerone, dunque, qualora si presenti la necessità di una *divinatio*, al fine di stabilire «cui potissimum delatio detur», il magistrato, nel corso del dibattimento, dovrà tener presente la volontà degli offesi (in questo caso i Siciliani) ed anche quella dell'accusato (Verre, infatti, non voleva che Cicerone fosse ammesso alla *delatio* contro di lui: circostanza che, indubbiamente, testimoniava a favore di Cicerone stesso).

Per quanto concerne poi il problema dell'accusabilità del postulato ⁽¹²⁾, di cui ci parla anche lo Hitzig ⁽¹³⁾, dobbiamo tener presente un passo, tratto dalle Verrine, dal quale sembra potersi desumere l'impossibilità di compiere la *delatio* nei confronti di un assente ⁽¹⁴⁾. Tuttavia, prima di procedere all'esame di questo passo, è necessaria un'importante precisazione: allorché si parla degli abusi compiuti da Verre e, in particolare, di quelli compiuti nel campo processuale, è chiaro che non ci si può riferire alle *quaestiones*, come tali funzionanti solo a Roma. Nelle province il regime è in parte diverso: la massima autorità è qui il governatore, il quale assume personalmente la persecuzione dei delitti più gravi, in particolare di quelli capitali. Tale persecuzione, mentre nei confronti degli stranieri è determinata dalla libera e indiscriminata *cöercitio* del magistrato romano, nei confronti dei cittadini romani — e soprattutto dove si erano costituite stabili comunità — ha luogo con forme, principî e disciplina analoghi a quelli vigenti per le *quaestiones*: così, ad es., si parla anche nella giurisdizione provinciale di *postulatio*, *delatio*, *receptio* e, quel che è più notevole, si lascia in genere l'iniziativa ad un privato accusatore ⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ La *lex Sempronia* la escludeva, sia pure temporaneamente, nei confronti dei magistrati in carica.

⁽¹³⁾ *Op. cit.*: cfr. *retro*, p. 34 nt. 7.

⁽¹⁴⁾ La *lex Sempronia* richiedeva che l'accusatore formulasse la sua accusa alla presenza dell'accusato, dopo averlo trascinato davanti al magistrato.

⁽¹⁵⁾ Cfr. COSTA, *op. cit.*, II, p. 65.

Alla luce delle considerazioni fatte possiamo esaminare ed utilizzare il testo cui abbiamo accennato.

Cic., *Verr. II*, 2, 38, 94 :

... palam de sella ac tribunali pronuntiat si quis absentem Sthenium rei capitalis reum facere vellet, sese eius nomen recepturum ; et simul, ut ad accusam accederet nomenque deferret, Agathinum coepit hortari... ; hic tum repente Pacilius quidam, homo egens et levis, accedit ; ait, si liceret nomen absentis deferre, se velle : iste vero et licere et fieri solere, et se recepturum.

Un certo Pacilio si presenta a Verre e dice — dopo esservi stato invitato dallo stesso governatore — di essere pronto ad accusare un assente, sempre che ciò sia lecito ; compie dunque una *postulatio*, i cui successivi momenti sono indicati da « accedit » : si presenta davanti al magistrato, e « ait deferre se velle » : manifesta la sua intenzione di voler accusare taluno. Verre risponde che si tratta di cosa perfettamente lecita, anzi che ciò corrisponde ad una norma consuetudinaria (*fieri solere*) e che pertanto, una volta compiuta la *delatio*, egli senz'altro l'accoglierà. Ora, se si imputa a Verre di avere accolto una tale *postulatio* e aver successivamente permesso la *delatio* di un assente, non si può negare che la presenza sia un requisito necessario per potersi procedere, requisito la cui sussistenza deve essere accertata proprio durante il procedimento preliminare. Naturalmente, quando si parla di presenza, non la si deve intendere in modo assoluto, ma nel senso di possibilità, per l'accusato, di conoscere quanto sta accadendo e di presentarsi, eventualmente, in giudizio. Questo principio, originario degli *iudicia populi*, era ordinariamente applicato nel sistema delle *quaestiones* ⁽¹⁶⁾ e,

⁽¹⁶⁾ Cfr. *de domo* 29, 77 e 33, 88 ; *Phil.* 2, 23, 50, dove, espressamente, per trovare una giustificazione, un fondamento, ad un'indebita *restitutio*, si ricorre pro-

normalmente, anche nell'ambito della giurisdizione provinciale, tanto che, nel caso di Stenio, venne richiamato in vigore da una apposita deliberazione del Senato, sollecitata dai suoi amici come ci informa

Cic., *Verr. II*, 2, 39, 95 :

itaque in Senatu continuo Cn. Lentulus et L. Gellius consules faciunt mentionem, placere, si patribus conscriptis videretur, ne absentes homines in provinciis rei fierent rerum capitalium : causam Sthenii totam et istius crudelitatem et iniquitatem Senatum docent... erat enim summa voluntas Senatus ; itaque sententiae dicebantur : Cum Sthenius absens reus factus esset, de absente iudicium nullum fieri placere, et, si quod esset factum, id ratum esse non placere.

Da notare, però, che il principio, almeno qui, appare condizionato dalla natura di « crimen capitale » rivestita dal reato ⁽¹⁷⁾.

Nell'ambito della fase di accertamento originata dalla *postulatio*, un passo di Cicerone sembra collocare quello *ius iurandum calumniae*, del quale già si parlava nella *lex Sempronia*, ma con diversa funzione.

Cic., *ad fam.* 8, 8, 3 :

sic nec absolutus nec dannatus Servilius de repetundis saucius Pilio traditur ; nam de divinatione Appius, cum calumniam iurasset, contendere ausus non est Pilioque cessit, et ipse de pecuniis repetundis a Serviliis est postulatus...

prio a questo motivo, presentato come assolutamente valido: « absentem, credo, in reos relatum » ; v. anche COSTA, *loc. cit.*

(¹⁷) Altre disposizioni in merito non ne troviamo se non per particolari situazioni, quali, ad es., l'*absentia reipublicae causa* (Val. Max. 3, 7, 9, col quale concorda poi D. 48, 5, 15, 1). Ricordiamo anche che la *lex Sempronia* prevedeva l'impedimento temporaneo a procedere nei confronti dei magistrati in carica.

Proprio con riferimento a questo passo, il Blum sostiene ⁽¹⁸⁾ che chi è scelto al termine della *divinatio* deve personalmente giurare ed è ciò che lo rende accusatore, ma non ci sembra che la sua affermazione vi trovi conferma; se mai, il periodo suggerisce una ben diversa interpretazione, e cioè che il giuramento deve esser prestato prima di affrontare l'incognita della *divinatio* o, almeno, nel corso della stessa e, comunque, prima della decisione, con lo scopo evidente di costituire un elemento a favore di colui o coloro che l'hanno prestato. Infatti l'interpretazione letterale è, a nostro avviso, questa: Appio, pur avendo prestato il giuramento, non osò poi impegnarsi in una *divinatio*, ma preferì lasciar campo libero all'altro concorrente. Non può destare eccessiva meraviglia questo spostamento, sol che si pensi alla diversa struttura raggiunta ormai dal processo: all'epoca della *lex Sempronia* non esisteva un accertamento, da parte del magistrato, relativo all'esistenza di determinati presupposti o, meglio, di alcuni requisiti nella persona dell'accusatore; una volta che viene introdotto tale accertamento e, con esso, la eventuale *divinatio*, appare chiaro come il giuramento, anzichè costituire una condizione per l'accoglimento dell'accusa, trovi la sua ragion d'essere nell'esistenza e nella necessità di una valutazione circa l'opportunità e l'ammissibilità dell'accusa ⁽¹⁹⁾ e possa anzi avere un certo peso ai fini di una decisione favorevole. Non ci sembra, tuttavia, il caso di insistere su questo elemento, le cui originarie funzioni sembrano essere adempiute, come meglio vedremo più oltre ⁽²⁰⁾, dai *subscriptores*, tanto più che mancano altre conferme testuali: infatti l'unico passo, oltre quello di Cicerone, che ci parli ancora del *ius iurandum* è Livio, 33, 47, 5 ⁽²¹⁾, riferito, però, ad una epoca molto più antica — vi si parla di

⁽¹⁸⁾ *La procédure 'quo ea pecunia pervenerit'*, in « RHD. » 5 (1926), p. 293.

⁽¹⁹⁾ LABOULAYE, *op. cit.*, p. 341, nt. 2, dice: « Un passage de Cicéron (*ad fam.* 8, 8) prouve que ce serment se faisait dès le premier acte de la procédure ».

⁽²⁰⁾ V., *infra*, pp. 52-53.

⁽²¹⁾ V., *retro*, p. 21 nt. 29.

Annibale — circostanza, questa, che induce a pensare ad una progressiva decadenza del giuramento nell'ambito del procedimento preliminare.

Questi mutamenti — ed altri ben più notevoli incontreremo nel corso della nostra indagine — non si spiegano se non nel quadro dell'ininterrotta evoluzione del processo dallo stato embrionale ad istituzione organica e complessa.

3. Conclusa positivamente la fase di accertamento, il magistrato conferisce al postulante la « potestas deferendi » ⁽²²⁾, in altri termini quest'ultimo viene ammesso all'accusa, alla *nominis delatio*, alla comunicazione formale del nome della persona che intende sottoporre a giudizio. Riprendiamo in esame

Cic., *Div.* 19, 63 :

...in Servilium nominis deferendi potestas data est...

e il successivo inciso :

cum in P. Gabinium... delationem nominis postularet...

Richiamando alla memoria uno dei tanti passi della lex Sempronia, ad es.

l. 19

...in ious educito nomenque eius deferto...,

notiamo una sintomatica diversità di costruzione : al « nomen aliquis deferre » si contrappone un « nomen deferre in aliquem ». La differenza è più notevole di quanto non possa apparire ad un esame superficiale e determina importanti conseguenze circa l'interpretazione, anche letterale, delle due espressioni : nel primo caso si parla di « delatio » del nome di taluno, nel secondo,

⁽²²⁾ Cfr. Cic., *Div.* 19, 63 : « ...neque L. Philoni in Servilium nominis deferendi potestas data est ».

invece, abbiamo una « *delatio nominis* » o « *nomen deferre* » nei confronti di taluno.

Questo da un punto di vista puramente formale; da un punto di vista più sostanziale, contenutistico, le conseguenze sono ancor più rilevanti, in quanto la diversità si pone in questi termini: per la *lex Sempronia* l'accusa si concretava nella comunicazione ufficiale (*delatio*) del nome del sospettato, all'epoca di Cicerone, invece, si ha un formale atto di accusa (*delatio nominis*) nei confronti di una determinata persona (*in aliquem*), qualcosa dunque di più e di diverso dalla pura e semplice indicazione di un nome. Certo, troviamo nell'opera di Cicerone anche espressioni del tipo « *nomen cuiuspiam deferatur* » ⁽²³⁾ o « *nomen absentis deferre* » ⁽²⁴⁾, ma questa circostanza non vale ad escludere o a limitare la portata delle nostre precedenti conclusioni: infatti espressioni quali « *in aliquem nomen deferre* » non possono che suggerire e indurre altresì a ritenere che, forse dapprima solo insensibilmente, poi più coscientemente, si è cercato di adattare la forma alla mutata sostanza, in quanto, indubbiamente, dall'epoca della *lex Sempronia*, per un processo di astrazione, del quale si acquisterà piena coscienza solo in età classica, la formula, coniata per esprimere adeguatamente la materiale azione di « accusare », è passata ad indicare, comprensivamente, l'attività dell'accusatore. Ora si può veramente parlare di *delatio* come concreto esercizio del diritto di accusa.

Una simile interpretazione ci pone di fronte ad altri problemi; certo, è il testo stesso che suggerisce « attività dell'accusatore », ma se la *delatio* non consiste più o, meglio, non consiste soltanto nell'indicazione del nome del presunto reo — che viene senza dubbio mantenuta, come risulta dai passi sopra citati — in qual modo essa praticamente si articola? Il problema è arduo e scarsi, per non dire pressochè inesistenti, sono gli argomenti ed

⁽²³⁾ *Div.* 3, 10.

⁽²⁴⁾ *Verr.* II, 2, 38, 94.

i testi a nostra disposizione. Rivolgiamo pertanto la nostra attenzione ad un passo di Pseudo Asconio (207 Stangl) relativo a Cic., in *Verr.* I, 2, 5:

Quid est reum fieri nisi apud praetorem *legibus interrogari*? Cum enim in ius ventum esset, dicebat accusator apud praetorem reo: aio te Siculos spoliasses. Si tacuisset, lis ei aestimabatur ut victo; si negasset, petebatur a magistratu dies inquirendorum eius criminum et instruebatur accusatio.

Un primo problema ci si pone circa la validità delle conseguenze che si possono trarre dal passo in esame. E' chiaro che esse dovranno essere accettate non senza riserve, poichè chi parla qui non è Cicerone, ma un ignoto commentatore; questi, tuttavia, può anche aver attinto a fonti attendibili, purtroppo a noi non pervenute. Pur avanzando delle naturali riserve, non possiamo comunque dissimularci l'importanza delle affermazioni contenute nella succitata testimonianza ⁽²⁵⁾ che si riferisce indubbiamente allo svolgimento della fase preliminare. Vi si afferma esplicitamente che nessuno *reus fit* (cioè nei suoi confronti non si può compiere la procedura di accusa) se non in seguito ad un « interrogari » ⁽²⁶⁾ in presenza del pretore presidente la *quaestio* (*apud praetorem*), da parte dell'accusatore, che precisa altresì i capi d'accusa. Il resto del passo lascia supporre che si svolga un contraddittorio ⁽²⁷⁾, al fine di precisare i termini della

⁽²⁵⁾ Lo stesso COSTA, *op. cit.*, II, p. 135 nt. 1, vi si richiama a riprova della consuetudine del ricorso ad interrogatori durante la fase preliminare ed anche HUMBERT, in DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire*, cit., s. v. *iudicia publica*.

⁽²⁶⁾ A questo proposito vedi LABOULAYE, *op. cit.*, p. 345: la finalità dell'*interrogatio* da parte dell'accusatore « était le même que celui de l'*interrogatio in iure* dans les procès civils, c'était la position des questions sur lesquelles devait rouler le procès ».

⁽²⁷⁾ Sul risultato di questo contraddittorio, il comportamento dell'accusato sembra avere una importanza decisiva: se, infatti, di fronte alle precise affermazioni dell'altro, tace, si fa luogo ad una *litis aestimatio*; se nega, l'accusatore ri-

questione. Possiamo allora ricollegare questa attività dell'accusatore all'espressione « *delatio in aliquem* »? In tal caso potremmo affermare che, accanto alla dichiarazione di voler accusare taluno, si pone anche l'indicazione dei singoli capi d'accusa. Ma questo testo, sul quale gravano dubbi, non può costituire una prova inconfutabile, nè, d'altra parte, disponiamo di molte testimonianze corroboranti; per l'esattezza abbiamo, limitatamente all'*interrogari*, Cic., *de domo* 29, 77 e soprattutto *de inv.* 2, 19, 58. Quanto al primo:

...non fuit in me poena ulla peccati; at fuit iudicii,
cuius? quis me unquam *ulla lege interrogavit?* quis
postulavit? quis diem dixit? potest igitur damnati
poenam sustinere indemnatus?....

Cicerone allude alla mancanza di un accusatore, anzi, più precisamente, alla mancanza di un regolare interrogatorio da parte di questi (interrogatorio, del resto, previsto dalla legge),

chiede un certo termine per raccogliere una completa documentazione (cfr. Cic., *Verr.* I, 2, 6) e il processo viene instaurato. Particolarmente degne di rilievo sono le conseguenze che il commentatore riconnette al « *tacuisset* », cioè al silenzio, il cui valore, in diritto romano, è, allo stato delle fonti, imprecisabile. Sembra qui invece che il silenzio equivalga ad una *confessio in iure*: e, infatti, non si fa luogo al giudizio, dal momento che risulta già accertata la colpevolezza, ma solo ad una *litis aestimatio*, tendente a stabilire l'ammontare del risarcimento dovuto. Che la *litis aestimatio* sopravviva anche in età ciceroniana è logico e così pure che si tratti di un procedimento secondario, accessorio a quello di condanna, come afferma anche il COSTA il quale, tuttavia, ad ulteriore riprova (*op. cit.*, II, pp. 155-56) cita Cic., *pro Rab.* 4, 8: « *Est enim haec causa 'quo ea pecunia pervenerit' quasi quaedam appendicula causae iudicatae atque damnatae* ». Ma nel passo citato non ci si riferisce alla *litis aestimatio*, alla liquidazione del danno, bensì ad una diversa procedura, disciplinata per la prima volta dalla *lex Servilia Glauciae* (e poi ripresa dalla *lex Cornelia*) diretta ad ottenere dal terzo, che in qualche modo ne sia venuto in possesso, l'ammontare della somma addebitata ad altri a conclusione di un processo di *repetundae*. Del resto, si parla chiaramente di una *litis aestimatio* già conclusa, nei confronti di Gabinio. Cfr., a questo proposito, PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, p. 111, e, soprattutto, BLUM, *op. cit.*, p. 283, che ha dedicato la sua indagine espressamente alla procedura 'quo ea pecunia pervenerit'.

con un indiretto accenno, perciò, al contraddittorio che si dovrebbe svolgere nella fase preliminare.

Quanto al secondo, rimandando a fra poco ⁽²⁸⁾ la esegesi del testo ed ogni altra questione relativa alla sua interpretazione, ci interessa qui anticipare le importanti conseguenze che se ne possono trarre. Da cotesto passo si rileva infatti che al momento dell'accusa formale (*delatio nominis*) l'accusatore, oltre a dichiarare il nome dell'accusato, il reato ascrittogli, nonchè ad interrogare eventualmente l'accusato stesso alla presenza del pretore, indica altresì gli elementi di prova su cui essa si fonda ⁽²⁹⁾, non per un loro esame sostanziale (che avrà luogo solo nel corso del giudizio), ma come conferma della serietà delle intenzioni e di una apparente fondatezza dell'azione (*fumus boni iuris*).

4. Alla *delatio* corrisponde, da parte del magistrato, un atto formale di recezione: la *receptio*, nei confronti della quale si è senza dubbio operata una notevole trasformazione, perchè, a nostro avviso, in età ciceroniana non si può più parlarne come di un atto dovuto. A questo proposito vogliamo brevemente richiamare

Cic., *Verr.* II, 2, 38, 94:

...ait, si liceret nomen absentis deferre, se velle: iste vero et licere et fieri solere et se recepturum.

Nel momento in cui viene presentata la *postulatio* il pretore compie una valutazione — superficiale ed illegale nel caso specifico, ma pur sempre una valutazione — sull'ammissibilità dell'accusa, emettendo infine una decisione favorevole con la motivazione: « et licere et fieri solere » e impegnandosi, praticamente, ad effettuare in seguito la *receptio*. E' solo in seguito a questo accertamento, compiuto in virtù di un limitato potere

⁽²⁸⁾ V., *infra*, p. 54 ss.

⁽²⁹⁾ « ...cum... in accusatione... alia... crimina testibus et argumentis confirmarentur ».

discrezionale che sembra ora potersi riconoscere al magistrato ⁽³⁰⁾, che questi si dichiara pronto a ricevere l'accusa; ciò, è vero, avviene al momento della *postulatio*, e, una volta accolta questa, il procedimento preliminare segue il suo corso naturale fino alla *receptio*. In altri termini, mentre nel regime instaurato con la *lex Sempronia* l'obbligo di « recipere nomen » derivava direttamente dalla legge, tanto che il magistrato non poteva sottrarvisi (incorrendo altrimenti in apposite sanzioni) ⁽³¹⁾, ora egli assume volontariamente l'obbligo con un suo proprio atto: « (ait) se recepturum », accogliendo la *postulatio* che nessuna disposizione costringe ad accogliere inderogabilmente ⁽³²⁾. L'ac-

⁽³⁰⁾ Un altro passo sembrerebbe riportare questa discrezionalità proprio al momento della *receptio* (in tal senso PONTENAY DE FONTETTE, *op. cit.*, p. 112) e cioè Cic., *ad fam.* 8, 8, 2: « Neque Laterensis praetor expostulante Pausania, nobis patronis, quo ea pecunia pervenisset, recipere voluit, Q. Pilius... postulavit... », ma poichè chiaramente si riferisce non già al procedimento principale, ma a quello accessorio 'quo ea pecunia pervenerit', non può senz'altro infirmare la più sicura testimonianza contenuta in Cic., *Verr.* II, 2, 38, 94, sopra esaminata.

⁽³¹⁾ V., *retro*, p. 12 e p. 25, le nostre osservazioni a proposito di *lex Sempronia*, l. 4.

⁽³²⁾ A questo riguardo il COSTA, *op. cit.*, II, pp. 134-35, afferma: « che la *nominis receptio* avesse luogo da parte del magistrato, davanti al quale il privato accusatore aveva esperito la *nominis postulatio*, in seguito ad una deliberazione degli argomenti addotti a sostegno di questa, è certissimo. Che per porre in atto siffatta deliberazione il magistrato o promagistrato godesse di larghe facoltà, e precisamente anche quella di far comparire l'accusato nel suo cospetto, di interrogarlo personalmente alla presenza dell'accusatore e spesso in contraddittorio con lui, sui fatti cui si riferiva l'accusa, è del pari accertato ».

L'affermazione è troppo decisa e precisa, data la gravità della sua portata e induce a riflettere. Indubbiamente l'A. si è lasciato alquanto trasportare a conclusioni troppo affrettate, anche se il suo accenno ad « argomenti addotti a sostegno dell'accusa » collima con l'ipotesi da noi avanzata. A parte il fatto che le fonti a nostra disposizione non documentano tale deliberazione, l'ipotesi risulta insostenibile allorchè si consideri che già esiste una fase di accertamento da parte del magistrato, al momento della *postulatio*. Ci si può allora domandare se siano ammissibili e giustificabili più procedimenti complementari nell'economia della fase preliminare, il cui unico scopo è quello di stabilire i termini della questione: accusatore, accusato e reato contestato. Ora, mentre è indiscutibile l'esistenza e la funzionalità di un accertamento preliminare circa l'opportunità di un'accusa, la capacità del postulante (con l'eventualità di una *divinatio*), l'accusabilità del postulato, non vi è ragion d'essere per un ulteriore accertamento, il cui oggetto

certamento preliminare sulla *postulatio*, in sostanza, costituisce il necessario presupposto tanto della *delatio* quanto della *receptio*, che appaiono, dunque, poste su di uno stesso piano.

Oltremodo evidente ci appare altresì il contenuto di quest'ultima: si tratta dell'atto formale con cui il magistrato accoglie l'accusa e, attuando un controllo che possiamo qualificare di pura legittimità, la dichiara conforme alla legge. Tale atto, concludendo questa fase preliminare al giudizio, determina particolari effetti nei confronti dell'accusato; questi, infatti, va incontro ad alcune limitazioni dei diritti civili e, in particolare, non può presentarsi come candidato alle magistrature, nè come accusatore⁽³³⁾. Giustamente, a proposito della *receptio*, il Costa afferma⁽³⁴⁾: « L'atto introduttivo del processo che ha luogo davanti alle *quaestiones* e che nel tempo del Nostro predomina di gran lunga su quello comiziale consiste nella *nominis receptio*, ossia nell'accettazione, da parte del magistrato o promagistrato preposto alla *quaestio* competente, dell'accusa presentatagli da un cittadino mediante la *nominis delatio*; accettazione che si concreta formalmente nell'*inscriptio* di colui, contro il quale l'accusa è promossa, nel ruolo degli accusati. E' invero cotesta *receptio* che segna il momento in cui l'attività del privato accusatore vale a porre l'accusato nella condizione di *reus* (*reum facere*) ed a provocare l'intervento del magistero punitivo sul fatto criminoso che forma il titolo dell'*accusatio* o *postulatio* ».

sarebbe imprecisabile, in quanto, dopo l'accoglimento della *postulatio*, il meccanismo si muove ormai per forza propria, in modo che, attraverso l'adempimento di formalità prescritte, quali la *delatio* dell'accusatore e la *receptio* del magistrato, quasi ricalcando un formulario, la questione sia ben precisata nei suoi elementi e pronta per essere sottoposta alla valutazione ed alla decisione della giuria.

Può apparire alquanto strano il riferimento del COSTA (nel periodo sopra riportato) ad una *nominis postulatio*, quando ci aspetteremmo, piuttosto, una *nominis delatio*; ma dobbiamo tener presente che l'A. citato non sembra stabilire alcuna discriminazione fra *delatio* e *postulatio* (cfr. *op. cit.*, II, p. 113 ss.).

⁽³³⁾ Cfr. HUMBERT, *loc. cit.*; COSTA, *op. cit.*, II, p. 136 e nt. 4; LABOULAYE, *op. cit.*, p. 346.

⁽³⁴⁾ *Op. cit.*, p. 133.

Alla *receptio* che costituisce, indubbiamente, l'atto di maggior rilievo, atto formale e, di conseguenza, orale — come del resto anche la *delatio* — si affianca un'*inscriptio* ⁽³⁵⁾, iscrizione dell'accusato in apposite liste tenute nei tribunali, e forse anche documentazione degli estremi dell'accusa: questo per garantirne anche una certa pubblicità. A conferma citiamo

Cic., *pro Cluent.* 31, 86:

Haerebat in tabulis publicis reus et accusator.

Tabulae publicae ⁽³⁶⁾ erano appunto tavole di pietra, legno, metallo, tenute esposte probabilmente nel *Forum*, sulle quali venivano incisi ⁽³⁷⁾ i nomi dell'accusatore e del reo in relazione ad ogni singola causa. Ora, se si parla di *tabulae publicae*, si intende senz'altro qualcosa di destinato alla conoscenza da parte della comunità; inoltre, si parla anche di « reus et accusator », il che vale ad escludere la limitazione suggerita dal Costa di « *inscriptio* = iscrizione del nome del reo », limitazione che sembrerebbe trovare una indiretta conferma in

Cic., *Phil.* 2, 23, 56:

...Licinium Denticulam de alea condemnatum, conluisorem suum, restituit...; quam actualisti rationem populo Romano cur eum restitui oporteret? absentem, credo, *in reos relatum*...

⁽³⁵⁾ Cfr. LABOULAYE, *op. cit.*, p. 345. Dopo avere affermato che « le préteur dressait procès verbal (*inscriptio*) de l'action intentée » richiama in nota, tra l'altro, Paul., D. 48, 2, 3. A parte il fatto che tale frammento non si riferisce affatto alla *inscriptio*, bensì al *libellus inscriptionis*, non vediamo come l'opera di quel giurista classico possa essere utilizzata al fine della ricostruzione del procedimento preliminare all'epoca di Cicerone.

⁽³⁶⁾ Cfr. *retro*, *lex Sempronia* l. 27, nella quale già si faceva menzione di « *tabulae popliceae* ». Circa il termine, cfr. LAFAYE, in DAREMBERG-SACLIO, *Dictionnaire*, cit., s.v. *Tabularium*.

⁽³⁷⁾ Nel testo si usa il verbo *haerere* che, propriamente, significa « essere attaccato »; in senso traslato, può tuttavia essergli attribuito, come noi abbiamo fatto, il valore di « essere inciso ».

La prima testimonianza è indubbiamente più chiara e più significativa, tuttavia ambedue, pur non contenendo un esplicito riferimento all'atto, ce ne confermano l'esistenza ed il contenuto. Un'altra indiretta conferma si può trovare nella circostanza, oltremodo significativa, che si parla con una certa frequenza di *subscriptio* e di *subscribere*: *sub-scribere* presuppone necessariamente un qualcosa che già risulti scritto, cioè l'*inscriptio* dei due nomi e, con ogni probabilità, degli elementi dell'accusa; non possiamo perciò accogliere la tesi ⁽³⁸⁾ che identifica *inscriptio* e *subscriptio*.

5. A questo punto ci sembra indispensabile fermare la nostra attenzione sulla *subscriptio*, or ora menzionata, nonchè sui *subscriptores*, data la più che evidente connessione con l'attività processuale dell'accusatore e del magistrato. Innanzitutto, *subscriptio*: come il termine stesso suggerisce, si tratta di una scrittura, effettuata dopo che già qualcosa è stato scritto (*sub-scribere*), evidentemente — come si diceva ora ora — dopo che si è compiuta l'*inscriptio* da parte del magistrato. Essa viene eseguita dallo stesso accusatore che precisa, al tempo stesso, gli estremi dell'accusa, come sembra potersi desumere da

Cic., *pro Cluent.* 47, 131:

Nam in L. Popillium, qui Oppianicum condemnarat, subscripsit L. Gellius, quod is pecuniam accepisset, quo innocentem condemnaret;

ma non soltanto dall'accusatore, in quanto a questo punto entrano in scena altri personaggi che svolgono una funzione rilevante proprio in relazione all'atto or ora considerato: non per niente essi vengono designati con l'appellativo di « *subscriptores* » ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Vedi per tutti, MOMMSEN, *op. cit.*, II, pp. 57 e 58.

⁽³⁹⁾ Molti autori (cfr. tra gli altri: LABOULAYE, *op. cit.*, p. 343 e SERRAO, *op. cit.*, p. 493) pensano che *subscriptores* divengano in primo luogo gli accusatori esclusi in seguito a *divinatio*. E' comunque piuttosto logico e notevolmente probabile (cfr. Cic., *Div.* 16, 51) che essi debbano godere la fiducia dell'accusatore.

Uno dei passi più significativi in proposito ci sembra

Cic., *ad Q. fr.* 3, 3 :

Gabinium de ambitu reum facit P. Sulla, subscribente
privigno Memmio, fratre Caecilio, Sulla filio.

L'attività dei *subscriptores* accompagna quella svolta dall'accusatore che, appunto, in quanto tale, « reum facit » l'accusato ⁽⁴⁰⁾. Tale espressione sintetizza chiaramente l'attività del primo, indicando proprio il fine che si vuol raggiungere attraverso l'accusa : *receptio* e *inscriptio* del *reus*. La *delatio*, cioè l'insieme delle dichiarazioni dell'accusatore, in altre parole non è che un presupposto, necessario, ma non di per sè produttivo di tutte le conseguenze processuali, finchè non abbia ricevuto il suo crisma attraverso la formale *receptio* magistratuale. Ma, leggendo molto attentamente il testo, possiamo dire qualcosa di più : in tanto Silla ottiene che Gabinio sia iscritto nella lista degli accusati, in quanto quei tali Memmio, Cecilio, il figlio Silla, sottoscrivendo in quelle tavolette, di cui abbiamo poc'anzi parlato, praticamente garantiscono che l'azione intentata da Silla non è del tutto infondata.

Un'altra importante e penetrante funzione, analoga alla precedente (poichè costituisce una ulteriore garanzia circa l'onestà delle intenzioni dell'accusatore), e cioè quella di sorvegliare e di impedire il verificarsi di una *praevaricatio*, viene attribuita ai *subscriptores* da un altro passo di Cicerone,

Div. 16, 51 :

'Custodem -inquit- Tullio me apponite'; quid? mihi
quam multis custodibus opus erit, si te semel ad causas
meas admisero? qui non solum ne quid enunties, sed
etiam ne quid auferas, custodiendus sis...

⁽⁴⁰⁾ Più indietro (p. 43) avevano trovato « reus fieri »: sostanzialmente si tratta della stessa espressione, usata una prima volta in forma passiva (considerando la funzione della fase preliminare dal punto di vista dell'accusato) e una seconda volta in forma attiva (considerando la stessa funzione dal punto di vista dell'accusatore).

Per illustrare ancor più la portata pratica della testimonianza, riportiamo anche il commento di Pseudo-Asconio (201 Stangl), relativo al passo citato :

'Subscriptorem' non dixit sed 'custodem', ut, quia acerbè responsurus erat, lacessitus convicium facere videatur; nam subscriptores non solum capsarum causa, neque iuvandi accusatoris adhiberi solent, sed etiam, ut non facile corrumpatur.

Accanto a questi compiti più rilevanti, i *subscriptores* appoggiano e sostengono in molte circostanze l'accusatore, integrandone talvolta l'attività; ciò spiega l'interesse di costui a cercare persone pratiche di certe faccende, interesse esplicitamente confermato da

Cic., *Div.* 15, 47-48 :

Esto : ipse nihil est, nihil potest ; at venit paratus cum subscriptoribus exercitatis et disertis. Est tamen hoc aliquid, tametsi non est satis ; omnibus enim rebus, is qui princeps in agendo est, ornatissimus et paratissimus esse debet. Verum tamen L. Appuleium esse video proximum subscriptorem, hominem non aetate, sed usu forensi atque exercitatione tironem. Deinde, ut opinor, habet Alienum... in clamando... bene robustum atque exercitatum...

Coloro che si presentano come *subscriptores* (persone di fiducia dell'accusatore ufficiale, « is qui princeps in agendo est ») devono essere pronti a sostenere in ogni modo colui che ha intentato l'accusa.

Pseudo-Asconio (199 Stangl), così commenta il passo :

Subscriptores autem dicuntur, qui adiuvare accusatorem causidici solent : quos oportet summissius agere, quam dicat ille quem sequuntur.

A questo punto non possiamo fare a meno di rilevare una certa analogia tra la funzione svolta dai *subscriptores* e quella che abbiamo, a suo tempo, attribuito allo *ius iurandum* previsto dalla *lex Sempronia* e caduto poi in desuetudine, almeno per quanto concerne la sua originaria funzione. Infatti, se pure troviamo anche in età ciceroniana un atto di ugual nome, il rapporto fra il primo ed il secondo si esaurisce in una identità puramente nominale, in questa coincidenza suggestiva, ma esclusivamente formale. Il più recente *ius iurandum* ha solo la funzione di aggiungere un ulteriore elemento a vantaggio di chi eventualmente l'abbia prestato, soprattutto al fine di ottenere una pronuncia favorevole circa la *postulatio* presentata, elemento che, come gli altri sarà oggetto di valutazione da parte del magistrato, mentre il primitivo giuramento si presentava come una condizione indispensabile per l'accoglimento dell'accusa, una *condicio iuris* il cui venire in essere obbligava il pretore alla *receptio*. Analogamente, esiste una indiscutibile relazione fra l'attività posta in essere dai *subscriptores* e l'accoglimento dell'accusa: anch'essa tende a determinare la pronuncia del magistrato, pur se non appare condizionante nella stessa misura del giuramento; l'evidenza del nesso logico tra la funzione dello *ius iurandum* più antico e la funzione dei *subscriptores* induce a pensare che proprio questi ultimi ne abbiano raccolto l'eredità.

Possiamo dunque dire che gli uni rappresentano il frutto dell'evoluzione dell'altro? Certo, è piuttosto strano che da una garanzia prestata da sè medesimo, si passi poi ad una garanzia prestata da terzi: ci aspetteremmo piuttosto la successione inversa. D'altra parte, però, dobbiamo considerare che il giuramento di per sè non costituisce una vera e propria garanzia; all'epoca della *lex Sempronia* sono senza dubbio ancora molto notevoli le interferenze di carattere religioso e, inoltre, in un meccanismo così primitivo, forse solo il giuramento e le sue conseguenze di ordine morale potevano dare un certo affidamento sulla sincerità dell'accusatore: il giuramento consisteva senza

dubbio in una invocazione alla divinità, chiamata così a testimone della veridicità dell'accusa, quindi solo indirettamente, creando un obbligo di natura morale, poteva rappresentare una forma embrionale di garanzia. Man mano che, col progressivo evolversi della coscienza giuridica, tali interferenze si fanno sempre meno determinanti, non si richiede il giuramento, che non è più in grado di offrire una certezza sull'attendibilità delle affermazioni dell'accusatore, nè costituisce un mezzo di coazione psicologica tale da impedire accuse false o temerarie, ma gli si sostituiscono, invece, le dichiarazioni di una o più persone (⁴¹), dichiarazioni che,

(⁴¹) Qualcosa di analogo si era verificato nell'ambito del processo privato, circa l'evoluzione dalla *litis contestatio* sacra alla *litis contestatio* laica. Cfr., per tutti, BISCARDI, « *Testes estote* ». *Contribution à l'étude du témoignage en droit romain*, conferenza tenuta all'Istituto di Diritto Romano dell'Università di Parigi il 18 gennaio 1963, di prossima pubblicazione (ma del cui testo si è potuto intanto prendere visione, grazie alla cortesia dell'autore): se ne veda comunque una sintesi — a cura di R. MARTINI — in « *Annali Genova* », 2 (1963), pp. 530-31, cui fa eco l'accurata rassegna di E. PAPA, in « *Labeo* », 9 (1963), p. 267 ss., del seminario che il BISCARDI ha tenuto sullo stesso argomento presso la Scuola di perfezionamento in diritto romano dell'Università di Napoli alcuni mesi dopo (29 maggio 1963). Secondo l'Autore citato, il processo più antico si imperniava infatti sul *sacramentum* inteso come giuramento: il che comportava « un appel au témoignage des dieux » (*loc. cit.*). La funzione degli dei testimoni, tenuto conto delle influenze religiose in una società primitiva, era quella di « arbitri » e di « garanti », con un'attiva partecipazione agli atti per cui erano stati invocati. Nella procedura più recente l'appello alla testimonianza è rivolto non più agli dei ma ad uomini: questi nuovi testimoni sono ricercati in precedenza e non scelti occasionalmente, e fanno parte della struttura dell'atto processuale in questione. Il BISCARDI si richiama a vari testi, dall'esame dei quali deduce che i testimoni sono cittadini romani, la cui presenza non è meno necessaria di quella degli dei nel *sacramentum* primitivo: rafforzano la pretesa o la difesa di chi li ha chiamati, sono sostenitori, fautori, garanti morali, sono quindi scelti, di regola, tra parenti, amici, protettori, persone legate da vincoli di solidarietà. Solo in seguito essi diverranno un mezzo di prova e le parti se ne varranno per dimostrare il fondamento delle loro affermazioni. Sono veramente stupefacenti l'analogia fra la posizione di questi testimoni e quella dei *subscriptores* e i punti di contatto, oltremodo evidenti, fra la funzione degli uni e degli altri. Tale nostro accostamento non può e non deve essere considerato abusivo (a causa della indiscutibile mancanza di contemporaneità delle due trasformazioni), ove si rifletta che le manifestazioni dello spirito, in qualunque campo, seguono sempre un'analogia linea di sviluppo. Ora, tanto il processo privato che quello pubblico, istituti affini, si svolgono nella stessa società, sia pure in tempi diversi; il primo raggiunge anteriormente all'altro un notevole grado di maturità

avallando quelle dell'accusatore, in pratica ne assicurano una certa fondatezza e svolgono in tal senso una funzione di garanzia ⁽⁴²⁾.

6. Prima di concludere la nostra indagine, relativamente all'ultima età repubblicana, riteniamo opportuno esaminare un ultimo passo di Cicerone, il cui contenuto ci appare piuttosto rilevante. Si tratta di

Cic., *de inv.* 2, 19, 58 :

... quae in iure plerumque versantur. Ibi enim et exceptiones postulatur et agendi potestas datur et omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur. In ipsis iudiciis rarius incident, et, tamen, si quando incident, eiusmodi sunt ut per se minus habeant firmitudinis, confirmentur autem adsumpta alia aliqua constitutione; ut in quodam iudicio, cum venefici cuiusdam nomen esset delatum, et, quia causa parricidii subscripta esset, extra ordinem esset acceptum, in accusatione autem alia quaedam crimina testibus et argumentis confirmarentur, parricidii [autem] mentio solum facta esset, defensor in hoc ipso multum oport-

e di stabilità, ma ciò non impedisce che ci sia un'analogia di svolgimento, che si raggiungano le stesse mete, sia pure in epoche successive.

⁽⁴²⁾ La presenza dei *subscriptores* appare dunque connaturata al processo, anche se un passo di Cicerone presenta un'unica ipotesi, che il COSTA, *op. cit.*, II, p. 136, definisce anormale, in cui essi mancano. Si tratta di *ad fam.* 8, 8, 1: « ...M. Tuccium accusatorem suum... reum lege Plotia de vi eum fecit hoc consilio, quod videbat, si extraordinarius reus nemo accessisset, sibi hoc anno causam esse dicendam; dubium non erat quid futurum esset; nemini hoc deferre munusculum maluit quam suo accusatori; itaque sine ullo subscriptore descendit et Tuccium reum fecit ». Ma si tratta indubbiamente di una fattispecie eccezionale — e l'eccezione conferma la regola — ove la mancanza di *subscriptores* è da attribuire alla anormalità della situazione in cui un certo Rufo, onde evitare un procedimento nei suoi confronti, accusa il suo accusatore con un procedimento sommario, invero non troppo ortodosso — cui, tuttavia, altra volta doveva essere stato fatto ricorso (cfr. LABOULAYE, *op. cit.*, p. 245) — chiedendo probabilmente un termine più breve per raccogliere la documentazione.

tet et diu consistat: cum de nece parentis nihil demonstratum esset, indignum facinus esse ea poena adficere reum [qua parricidae afficiuntur]; id autem si damnaretur, fieri necesse esse, quoniam et id causae subscriptum et ea re nomen extra ordinem esset acceptum.

Il passo presenta notevoli difficoltà, se pur di vario genere, cominciando dell'interpretazione letterale; possiamo intanto dire che Cicerone, riferendosi allo svolgimento di un processo penale e con particolare riguardo alla fattispecie, suggerisce al difensore come comportarsi. C'è una premessa di carattere generale: che cioè ogni questione relativa alla esatta determinazione della fattispecie deve esser posta e risolta nella fase preliminare di qualsiasi processo (e si parla innanzitutto di processo privato); contestazioni del genere difficilmente si verificano in giudizio, e, pur quando si verificano, non hanno di per sé conseguenze determinanti, ma hanno valore solo col ricorso a qualche altra argomentazione. Viene poi enunciata la fattispecie: si dice dunque che, fatta la *delatio* di taluno per veneficio, il *nomen* di costui viene « acceptum extra ordinem », « quia causa parricidii subscripta esset ». Ma altri problemi di carattere più generale sono da risolvere prima di affrontare quello fondamentale circa la relazione tra il contenuto del passo e lo svolgimento della fase preliminare: primo fra tutti, l'uso del termine « extra ordinem ». Che valore dobbiamo attribuirgli? Senza dubbio co-testo termine non sta ad indicare un sistema o un procedimento nettamente contrapposto a quello dell'*ordo* ⁽⁴³⁾, come si verificherà sotto il principato; durante la repubblica esso viene invece usato per indicare lo svolgimento di giudizi particolari od

⁽⁴³⁾ In tal senso cfr. LAURIA, *Accusatio-Inquisitio*, in « Atti Acc. Napoli », 56 (1934), p. 304, nt. 2. D'altra parte tale espressione ricorre due sole volte nell'intera opera di Cicerone: *de domo* 9, 24 e *pro Mil.* 6, 14; anche questa circostanza induce ad escluderne un uso in senso tecnico.

eccezionali, senza l'osservanza delle regole generali, delle norme consuetudinarie ⁽⁴⁴⁾; sono questi comunque i più autorevoli precedenti storici di quella che sarà la *cognitio* sotto il principato e poi l'impero.

Un secondo problema concerne l'organo e il procedimento cui ci si riferisce: all'epoca in cui Cicerone scrive non esiste ancora la *quaestio de parricidiis* ⁽⁴⁵⁾, istituita invece da Pompeo nel 55 (o 52) a. C. Ma alcuni testi ci documentano l'esistenza, in età risalente, di giudizi affidati, per singoli casi specifici, alla competenza di magistrati (pretore, console, dittatore) in seguito a plebisciti o *senatusconsulta* con conseguente approvazione da parte del popolo, il quale, per dirla con le parole dell'Humbert, « peut faire abandon de son droit de provocation quand une affaire comporte une enquête difficile ou offre une gravité particulière » ⁽⁴⁶⁾. Tali giudizi, che si sostituivano al procedimento comiziale, erano, appunto, designati *quaestiones* ⁽⁴⁷⁾; ed è ovvio che *quaestio* deve essere qui intesa nel significato originario, etimologico, e non in quello successivamente acquisito, con esclusivo riferimento, cioè, all'attività del magistrato che conosce di una causa deferita alla sua competenza (*qui quaerit*). Si trattava dunque di *quaestiones extraordinariae*.

⁽⁴⁴⁾ Sul valore dell'espressione in età repubblicana, cfr. ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960, p. 147 e *Storia*, cit., p. 249 ss. nonché BISCARDI, *Processo civile e processo penale nell'elaborazione dogmatica dei classici*, (corso litogr.), I, Siena 1960, p. 113 e *L'unità del processo nella esperienza giuridica romana*, estratto da « BIDR. » 65 (1962), p. 41 nt. 56.

⁽⁴⁵⁾ Circa l'esatta etimologia del termine « parricidium » (e « paricidas »), cfr. COLI, in « Studi Paoli », Firenze 1955, p. 171 ss. e letteratura ivi citata.

⁽⁴⁶⁾ In DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire*, cit., loc. cit.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Liv. 4, 51: « senatusconsultum factum est de quaestione Postumianae caedis... a plebis consensu consulibus negotium mandatur... »; 9, 26 (314 a. C.): « quaestiones decretae, dictatoremque quaestionibus exercendis dici placuit... »; 39, 41 (184 a. C.): « Secundum comitia censorum consules praetoresque in provincias profecti... quaestiones veneficii... tenuerunt »; 40, 37 (180 a. C.): « et veneficii quaestio ex S.C. quod in urbe propiusve decem milibus passum esset commissum, C. Claudio praetori... ultra decimum lapidem... C. Moenio decreta ».

riae ⁽⁴⁸⁾, create per un determinato caso, che presentasse caratteristiche di particolare gravità; *quaestiones perpetuae* saranno, al contrario, gli organi con competenza permanente in relazione ad un determinato reato. Anche nel nostro caso si tratta, con tutta probabilità, di un procedimento straordinario ⁽⁴⁹⁾, nel quale, naturalmente, trova applicazione la terminologia propria delle *quaestiones perpetuae*, e che si impernia su un procedimento ordinario per veneficio: il che fa supporre esistente e funzionante in tale epoca una *quaestio perpetua de veneficiis* ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Cic., *pro Mil.* 6, 14: « Decernebat enim, ut veteribus legibus, tantum modo extra ordinem quaereretur ». A questo proposito il LAURIA, *loc. cit.*, afferma che *extra ordinem* qui si riferisce a singole leggi che vengono derogate.

⁽⁴⁹⁾ Data la natura del crimine che ne è oggetto: parricidio. D'altra parte, secondo il DANIELI, *Il processo di parricidio e l'orazione « pro S. R. Amerino »*, in « Arch. penale », 1949, p. 318 (il quale a sua volta richiama MOMMSEN, *op. cit.*, II, p. 362 nt. 2) già in precedenza ed in analoghe circostanze era stata costituita una giuria straordinaria. L'A. citato giunge alle nostre stesse conclusioni, in relazione ad un'analogha fattispecie: l'accusa contro Roscio Amerino. Egli si pone appunto il problema dell'organo adito e della procedura seguita, ed esclude che la causa di Roscio possa essere fatta rientrare nella competenza della *quaestio de sicariis et veneficiis*, istituita da Silla, polemizzando con MOMMSEN e FERRINI. Il DANIELI sostiene che Roscio è stato portato davanti ad una *quaestio extraordinaria*. MOMMSEN, dallo stesso richiamato a questo proposito, mette in relazione (*op. cit.*, II, p. 362 nt. 1) *pro R. Am.* 23, 64 con *de inv.* 2, 19, 58, e cioè proprio con il passo che a noi interessa. Così già anche LANDUCCI, *Lex Pompeia de parricidiis*, in « Arch. giur. », 61 (1898), p. 304 ss.

⁽⁵⁰⁾ Su questo punto divergono dalle nostre conclusioni gli autori precedentemente citati, DANIELI e LANDUCCI, che pongono la stesura del *De inventione* nell'87 a. C., quindi diversi anni prima della *lex Cornelia* (81 a. C.), ma con ciò non si riesce a spiegare l'implicito eppur chiaro riferimento ad una *quaestio perpetua de veneficiis*. Non è certo la data il solo elemento su cui può fondarsi un'esatta interpretazione, tanto più che, nel nostro caso, essa non appare precisabile con assoluta certezza. Mentre, infatti, l'opera viene talvolta genericamente riportata all'età giovanile di Cicerone (così VITALI, *Gli scrittori di Roma*, Milano 1948, p. 104, mentre ARNALDI, in « Enc. it. » s.v. *Cicerone*, la pone verso i 20 anni e MARCHESI, *Storia della letteratura latina*, Milano 1953, I, p. 276, l'attribuisce all'Arpinate « poco più che ventenne » e Cicerone è nato nel 106 a. C.), alcuni autori (così BORNECQUE, *Traduction nouvelle*, Paris 1933; più o meno nello stesso periodo la pone ROSTAGNI, *La letteratura di Roma repubblicana e augustea*, Bologna 1939, p. 230) la datano nell'81 a. C., quindi, più o meno, nello stesso periodo della *lex Cornelia*. Indipendentemente dalla questione della data, come già detto non precisabile, la circostanza messa in luce nel passo di Cicerone postula l'esistenza

Fatte queste precisazioni, è giunto il momento di affrontare l'interpretazione logica del testo, la determinazione della fattispecie concreta. Vi è stata dunque una *delatio* per veneficio, ma, al momento della *subscriptio*, si profila invece il reato di parricidio: evidentemente tale reato esula dalla competenza della *quaestio* adita e il nome del *reus* viene accettato in via non ordinaria, con una traslazione della causa ad una *quaestio extraordinaria*, che già altre volte, in precedenza, era stata istituita temporaneamente per delitti dello stesso genere. Ora, mentre del primo reato al momento dell'*accusatio* (= *delatio*) sono stati presentati elementi di prova ⁽⁵¹⁾, il parricidio è stato solo accennato, al momento della *subscriptio*. Proprio su questa circostanza dovrà insistere, e a lungo, il difensore in giudizio, allorché nulla sia stato provato circa il parricidio: la sola menzione è stata sufficiente a determinare uno spostamento di competenza, ma non lo sarà altrettanto per determinare la condanna e il *summum supplicium*, se non venga poi esaurientemente provato il delitto: « id autem, si damnaretur, fieri necesse, quoniam et id causae subscriptum et ea re nomen extra ordinem esset acceptum ». Ed è sotto questo aspetto che la fattispecie costituisce l'esemplificazione del principio precedentemente enunciato.

Che la prima parte del passo si riferisca alla fase preliminare, non sembra possa mettersi in dubbio. Questa è l'interpretazione più aderente al testo, l'interpretazione che il testo quasi suggerisce; e, invero, anche da un punto di vista puramente for-

della *quaestio*, anche se è assolutamente impossibile accertare se si tratti della stessa prevista dalla *lex Cornelia*, o se sia stata istituita da una legge precedente e più tardi riassorbita dalla seconda. Analoghe conclusioni sono state tratte da molti autori, del resto, sempre secondo il DANIELI, *op. cit.*, p. 318, da due passi della *pro Roscio* (4, 11; 5, 11), nei quali si è appunto trovata una prova dell'esistenza di una *quaestio de sicariis* anteriormente alla *lex Cornelia*.

⁽⁵¹⁾ Cfr. BISCARDI, *Sur la litis contestatio du procès criminel*, in « RIDA. », 7 (1960), p. 310: « ... et c'étaient justement des *subscriptores*, qui s'associaient en qualité de témoins à l'accusateur au moment de l'accusation formelle du prévenu (Cicéron nous a dit à ce propos, *de inv.* 2, 19, 58: cum in accusatione... quaedam crimina testibus et argumentis confirmarentur) ».

male, la prima parte del periodo appare omogenea e inscindibile ⁽⁵²⁾; inoltre i due incisi « cum... in accusatione... confirmarentur » e « parricidii mentio... facta esset », pur contrapposti, sono messi su di uno stesso piano e collocati nello stesso ambito temporale. Ora, la menzione del parricidio, come poco prima si afferma, viene effettuata al momento della *subscriptio* e non certo nel corso del giudizio: solo allora, infatti, si potrà dire che la dimostrazione è stata insufficiente, ma non è concepibile che l'accusatore si sia limitato ad un accenno, vago appena; di conseguenza, anche il primo inciso deve riferirsi alla fase preliminare. Ci troviamo così di fronte ad una testimonianza veramente notevole: da un lato essa ci conferma quanto già accennato da Cic., *pro Cluent.* 47, 131, e cioè che al momento della *subscriptio* si indicano gli estremi dell'accusa, dall'altro — e questo è l'aspetto senza dubbio più notevole — che l'accusatore al momento dell'accusa formale dichiara, oltre al nome dell'accusato, gli elementi di prova su cui si fonda: « cum... in accusatione autem alia quaedam crimina testibus et argumentis confirmarentur ».

Certo, un unico testo non può costituire una prova inconfutabile, tanto più che Cicerone non è un giurista nel senso vero e proprio del termine, bensì un oratore, che manca se non altro (ed è comprensibile) di obiettività, di imparzialità, ma il suo contenuto acquista un particolare valore, suggerisce una ben diversa valutazione, allorchè, anzichè considerarlo come a sè stante, lo si metta in relazione con gli altri elementi posti in luce nel corso della nostra indagine. Ci richiamiamo perciò ai vari passi in cui si trovano espressioni come « in aliquem nomen deferre », alle nostre osservazioni in proposito, ai dubbi sollevati dal commento dello Pseudo-Asconio ⁽⁵³⁾; tutti questi ele-

⁽⁵²⁾ La stessa costruzione del periodo lo conferma: tutti i verbi sono al congiuntivo, retti dal *cum* iniziale o per attrazione modale; ciò sta a dimostrare che le varie proposizioni, oltre ad essere interdipendenti fra loro, si riferiscono altresì allo stesso momento, precedente comunque la fase del giudizio vero e proprio.

⁽⁵³⁾ Cfr., *retro*, p. 41 ss.

menti costituiscono quasi le tessere di un mosaico: da soli possono fornire una vaga idea della costruzione completa, ma, una volta collegati l'uno all'altro, sono in grado di delineare l'intera struttura dell'istituto.

7. Da quanto finora detto, scaturisce implicita la ricostruzione del procedimento preliminare in età ciceroniana. Tale procedimento preliminare si articola in due fasi: dapprima, allorchè taluno manifesta l'intenzione di presentare un'accusa, si ha una fase di accertamento circa l'esistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti, con l'eventualità della *divinatio*, nel caso si presentino contemporaneamente più accusatori. L'introduzione di questa fase, inesistente alle origini, si spiega storicamente con la sempre maggiore importanza assunta dalle *quaestiones*, che avevano ormai soppiantato ogni altro tipo di procedimento, con la frequenza delle cause, ma soprattutto con il formarsi di una più matura coscienza giuridica. Non appare più concepibile che si possa far luogo ad un processo in base ad una pura, semplice e schematica dichiarazione di accusa, resa da un individuo qualsiasi; senza poi considerare l'ipotesi che si presentino più soggetti. Tale ipotesi, assolutamente non prevista dalla *lex Sempronia* e verificatasi accidentalmente, deve aver determinato per la prima volta un procedimento di preliminare accertamento per stabilire chi fra più dovesse essere l'accusatore e averne infine suggerito un'organica disciplina, quale noi troviamo documentata nell'opera di Cicerone. Cotesta innovazione ne determina necessariamente un'altra, e cioè il conferimento di un limitato potere discrezionale al magistrato che presiede la *quaestio*: solo così si può tentare di raggiungere lo scopo — purtroppo nella maggior parte dei casi fallito — di evitare la presentazione di accusatori interessati, avidi, invidiosi dell'altrui fortuna, e di accuse totalmente infondate o calunniöse, mentre proprio per questo è inconcepibile un procedimento preliminare nel regime

primitivo in cui l'attività magistratuale si presenta come dovuta, e quindi vincolata.

Quando il magistrato ritiene di affidare l'accusa al postulante in possesso di tutti i requisiti richiesti — o più degno dell'altro o degli altri — e dichiara ammissibile la *postulatio* da questi presentata, si fa luogo alla fase che potremmo definire formale, i cui protagonisti sono: da un lato l'accusatore che formula — oralmente — la sua accusa (*delatio nominis*), indicando il nome dell'accusato, il reato, gli elementi su cui la sua accusa si fonda; dall'altro il magistrato, che dichiara formalmente di accoglierla e di ricevere, quindi, il nome indicato fra quelli degli accusati (*receptio*); in secondo piano si pone l'accusato, per il quale si richiede soltanto che sia portato a conoscenza di quanto gli sta accadendo. L'uno e l'altro atto consistono in dichiarazioni orali, formali, che hanno di per sè l'effetto di determinare la costituzione del rapporto processuale, pur tuttavia, per esigenze di certezza ed anche di pubblicità, l'uno e l'altro hanno, praticamente, il loro rovescio: alla *receptio* corrisponde l'*inscriptio* e alla *delatio* la *subscriptio* ⁽⁵⁴⁾; la scrittura quindi non interviene al momento della costituzione del rapporto, che si perfeziona con le dichiarazioni orali degli intervenuti (come per tutti i negozi formali, rispettando perciò uno dei principi fondamentali del diritto romano), ma accompagna — ed è comprensibile — gli atti formali, per documentarne l'esistenza e il

(⁵⁴) Cfr. LABOULAYE, *op. cit.*, p. 345: « Le prêteur dressait procès verbal (*inscriptio*) de l'action intentée, sur lequel, pour éviter toute altération, mettaient leur signature (*subscriptio*), et l'accusateur et les souscripteurs qui s'étaient joints à lui pour poursuivre le coupable ». Su questo punto siamo perfettamente d'accordo con l'A., ma non lo siamo, invece, sulle conclusioni cui giunge, anzi sulla successione degli atti dallo stesso proposta, in quanto egli pone la *receptio* dopo *inscriptio* e *subscriptio*, riducendola ad una mera formalità, priva di conseguenze rilevanti. Come noi crediamo di aver mostrato, prima si effettua la *receptio*, che rende la *delatio* produttiva di effetti, poi, in un secondo momento, la documentazione (*inscriptio* e *subscriptio*). L'altra interpretazione, attribuendo un'assoluta preminenza alla scrittura sulle dichiarazioni orali, sui *verba*, manca, se non altro, di rigore storico.

contenuto. Il magistrato, infatti, previa dichiarazione di accoglimento della *delatio*, iscrive il nome dell'accusato e dell'accusatore nelle *tabulae publicae*; dopo di che l'accusatore e coloro che l'accompagnano e sostengono *subscribunt*, precisando gli estremi dell'accusa, e la causa, determinata in tutti i suoi elementi, segue il suo corso e si avvia verso la soluzione.

III

GLI ATTI COSTITUTIVI DEL RAPPORTO PROCESSUALE NEL SISTEMA ACCUSATORIO DELL'ULTIMA ETÀ CLASSICA

SOMMARIO: 1. Necessità di puntualizzare l'indagine alla fine dell'epoca classica. — 2. I problemi relativi all'esatta configurazione della *postulatio* nel momento storico in questione. — 3. Il concreto esercizio dell'azione; dall'accusa orale all'accusa scritta. — 4. L'importanza della *denuntiatio*. — 5. Il deposito dei *libelli* e il conseguente controllo da parte del magistrato. — 6. L'attività magistratuale: contenuto e importanza della *inscriptio*. — 7. La *subscriptio* dell'accusatore e i relativi problemi. — 8. L'istituto della garanzia processuale. — 9. L'identificazione dei *sollemnia accusationis*.

1. Già al momento di affrontare lo studio del procedimento preliminare all'epoca di Cicerone avevamo osservato come lo sviluppo del processo penale si svolga attraverso tappe fondamentali, che costituiscono il punto di arrivo di un ciclo evolutivo, la sintesi del travaglio di anni, di decenni e talvolta di secoli; quindi, per delineare con la maggior precisione questo sviluppo, appare necessario cogliere la struttura, la configurazione raggiunta volta a volta al termine dei vari cicli. E' questo il criterio cui ci siamo attenuti: abbiamo infatti preso le mosse dalla *lex Sempronia* che, con ardita innovazione, pone le basi per un'autonoma evoluzione del processo penale, ci siamo poi fermati all'ultima età repubblicana, un'altra tappa fondamentale, per volgere infine la nostra attenzione ad un terzo momento storico della massima importanza e cioè all'ultima fase della c.d. età classica del diritto romano. Questa fase costituisce una delle tappe più significative nell'evoluzione del processo penale soprattutto perchè, proprio allora, si conclude il periodo d'oro della

giurisprudenza romana, fecondo di geniali intuizioni, e gli ultimi grandi giuristi, raccogliendo i frutti di una più che secolare speculazione scientifica, giungono a delineare una visione sufficientemente chiara e, entro certi limiti, unitaria, del fenomeno processuale ⁽¹⁾. Per quanto riguarda, in particolare, i risultati raggiunti nel campo penale — che direttamente ci interessa — siamo in grado di individuare un principio di sostanziale unità, pur nella perdurante duplicità di forme: ci si presenta infatti un tentativo, non sappiamo fino a qual punto consapevole, degli ultimi grandi giuristi di una costruzione sistematica della fase preliminare del processo che appare imperniata sui *sollemnia accusationis*; tale espressione indica sinteticamente la costituzione del rapporto processuale e, per analogia, viene dagli stessi giuristi accostata alla *litis contestatio* nel processo privato ⁽²⁾. L'espressione *sollemnia accusationis* appare per la prima volta in un passo di Papiniano, come vedremo più avanti, permettendoci di segnarne l'ufficiale inserimento nel linguaggio tecnico processuale all'età dei Severi e di puntualizzare giustificatamente proprio in questo particolare momento storico la nostra indagine. L'età dei Severi suscita negli studiosi il massimo interesse, oltre che dal punto di vista del diritto (come abbiamo notato poco sopra), anche da un punto di vista storico e politico (l'uno e l'altro aspetti rilevanti ed interdipendenti di un'unica realtà), in quanto segna l'alba della monarchia assoluta, con tutte le sue logiche conseguenze; al tempo stesso essa rappresenta il punto di arrivo di quel processo evolutivo (protrattosi per ben due secoli) che, esautorando gradatamente le vecchie e gloriose istituzioni della *civitas*, portò il principato, attraverso una lenta, ma continua ed efficace affermazione, ad imporsi definitivamente alla mentalità romana

⁽¹⁾ Vedi BISCARDI, *Processo civile e processo penale*, cit., e *L'unità del processo*, cit.

⁽²⁾ Vedi ancora BISCARDI, *Sur la litis contestatio*, cit.

L'accostamento era stato invece recisamente negato da WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung in Kriminalrecht der Römer*, Wien 1917.

ed all'ormai superata organizzazione repubblicana. Questi due secoli di storia hanno avuto quindi una influenza determinante sull'evoluzione del diritto e della coscienza giuridica romana, influenza che possiamo intuire solo indirettamente, dagli effetti prodotti, in quanto si tratta di un'epoca, sotto questo aspetto, estremamente avara di documentazione: ci restano pagine di opere letterarie, come tali frammentarie e poco attendibili, alcuni documenti, riferimenti di giuristi più tardi. Tale carenza di documentazione non deve meravigliarci, ove si tenga presente che l'evoluzione del diritto penale, sia sostanziale che processuale, si compie molto più lentamente rispetto al diritto privato, anzi proprio verso la fine del secondo secolo d. C. tale materia allo stato fluido, ancora in via di formazione, viene progressivamente acquistando stabilità e certezza ⁽³⁾. Non ci troviamo comunque di fronte al vuoto assoluto e, nonostante insuperabili zone d'ombra, siamo in grado di ricostruire almeno le linee fondamentali dell'evoluzione del processo penale, caratterizzato da un sempre più intenso controllo da parte degli imperatori. In primo luogo Augusto, ma soprattutto i suoi successori, tendono infatti ad assumere un ruolo determinante nella produzione e nella trasformazione del diritto, per via diretta ed indiretta. In un primo momento, evitando accuratamente ogni manifestazione troppo apertamente innovatrice, la loro attività tende ad inserirsi

⁽³⁾ Questa particolare situazione era già stata messa in evidenza da ARANCIO-RUIZ, *Storia*, cit., p. 261. Egli si richiama, a sua volta, a SCIALOJA il quale, cercando di spiegarsi il perchè dello stile complessivamente inferiore dei due libri del Digesto (47 e 48) dedicati al diritto penale e richiamandosi all'indifferenza con cui gli antichi scrittori ripetevano parole ed espressioni dei loro predecessori, affermava che, mentre per il diritto privato un Ulpiano, un Paolo trovavano numerosissimi brani di Servio, Labeone, Sabino, da utilizzare, per il diritto penale erano, molto spesso, ridotti alle loro sole forze.

Ciò si spiega, a sua volta, tenendo presente che per i primi due secoli tutta la complessa materia della *cognitio* è ancora in fase di formazione e non favorisce, certo, opere sistematiche; d'altra parte, sempre per lo stesso motivo, anche gli interventi del *princeps* tendevano a guidarne lo sviluppo, a favorirlo, evitando, però, ogni regolamentazione troppo minuziosa e penetrante che l'avrebbe potuto comprimere e snaturare.

nei vecchi schemi repubblicani ed a servirsi delle forme e degli organi preesistenti: legislazione comiziale e Senato. Coincide infatti con una convocazione dell'assemblea popolare l'emana-zione delle *leges Iuliae iudiciorum privatorum e publicorum*. Apparentemente si trattò di un fatto di ordinaria amministrazione, ma, in realtà, tali leggi stabilirono definitivamente i limiti della giurisdizione degli antichi organi repubblicani, e, in particolare, delle *quaestiones*. Da questo momento in poi per tale procedimento non vi fu più possibilità di evoluzione, cominciò invece un lento processo di involuzione che si concluse con la fine dell'epoca classica, anche se in effetti già da tempo esso aveva cessato di funzionare. Altri interventi in materia affrettarono questo processo in quanto, sulle orme di Augusto (che per primo aveva posto dei limiti alla proponibilità dell'accusa di adulterio nella relativa *quaestio*), i suoi successori vennero progressivamente limitando l'originaria libertà di accusa, conquista e vanto dell'età repubblicana; inoltre, in base ad una interpretazione restrittiva delle varie *leges iudiciorum publicorum* e ad un'antica norma — per cui le giurie non potevano risiedere che a Roma — l'attività delle *quaestiones* rimase circoscritta entro confini molto ristretti. Ad esse si affiancarono altri organi, altre procedure, per mezzo delle quali meglio poteva attuarsi la volontà e l'autorità del *princeps*, prima in ordine di tempo la giurisdizione criminale del Senato. Essa, per quanto ci è dato sapere ⁽⁴⁾, si articolava in una *delatio-postulatio* dell'accusatore al console, in una valutazione discrezionale della stessa da parte del magistrato, ma, più spesso, da parte del Senato — cui spettava infine *recipere inter reos* l'accusato — con frequente, dissimulato ma efficace, intervento del *princeps*, che abilmente manovrava tutto il procedimento ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ V. lo studio di F. AVONZO DE MARINI, *La funzione giurisdizionale del Senato romano*, Milano 1957.

⁽⁵⁾ Osserva ancora la DE MARINI, *loc. cit.*, che se pure il tribunale senatorio era preferibile per motivi politici o anche semplicemente tecnici, permettendo di

La giurisdizione del Senato, dopo un periodo abbastanza intenso di attività, venne progressivamente decadendo d'importanza, di pari passo all'affermarsi della *cognitio* del *princeps* e dei suoi funzionari. Proprio quest'ultima contribuì nel modo più efficace a favorire una più rapida e cosciente evoluzione del diritto penale sostanziale e soprattutto processuale, per la cura e l'interesse con cui il *princeps* intervenne e provvide a regolare fattispecie prima non previste, situazioni particolari giuridicamente rilevanti, attraverso istruzioni ai magistrati delegati e pronunzie personali su casi singoli (in risposta a suppliche, lettere, *libelli*): manifestazioni di volontà che ben presto assunsero carattere normativo, data la preminenza morale e politica riconosciuta al loro autore. A poco a poco questi interventi del *princeps*, pur diversi nel contenuto e nella forma, disciplinarono completamente tutto il procedimento della *cognitio* e apportarono modifiche più o meno sostanziali anche al procedimento dell'*ordo*.

Accanto agli interventi diretti nell'amministrazione della giustizia da parte del *princeps* assistito da un *consilium* (soprattutto in grado di appello), le giurisdizioni speciali delegate divennero sempre più frequenti fino ad organizzarsi come organi permanenti, che si sostituirono gradatamente alle *quaestiones* ed al procedimento senatorio e funzionarono più o meno in tutto l'impero. Ma la *cognitio* è una forma di procedimento completamente nuova: determinata da esigenze pratiche, cui corrisponde meglio degli organi preesistenti, manca tuttavia non solo di una elaborazione dogmatica, ma anche di una terminologia propria e, come già si era verificato nelle provincie all'epoca di Cicerone e poi anche nel procedimento senatorio, essa assorbe e fa suoi, pur adattati alla nuova struttura giuridica e politica, principi

superare i limiti formali tipici delle *quaestiones*, non sempre veniva esclusa la concorrente competenza di queste ultime; « ma poichè il Senato giudicava in linea di massima su invito imperiale, si può ancora affermare che il *princeps* fosse arbitro tra le giurie e il tribunale senatorio. Lo stesso vale per il conflitto tra questo e il tribunale imperiale » (p. 19).

e forme proprie dell'antico processo repubblicano. Questa recezione è stata senz'altro favorita dal ricorso che il *princeps* deve aver fatto, fin dall'inizio, per disciplinare nuove fattispecie, a casi analoghi previsti e regolati dalle *leges iudiciorum publicorum*. In particolare troviamo il principio accusatorio, sancito espressamente anche per *crimina* di nuova regolamentazione ⁽⁶⁾, sia a Roma che nelle provincie ⁽⁷⁾. Osserva al proposito il Lauria ⁽⁸⁾ che « a seguito della sopravvenuta applicabilità delle nuove fonti di diritto a tutto l'impero, le disposizioni regolanti l'*accusatio* vigono ora anche in provincia, sicchè i processi dell'*ordo* e queste *cognitiones extra ordinem* sono assoggettate ad un'unica disciplina ». In pratica l'unico procedimento veramente funzionante è la *cognitio*: del resto, come osserva ancora il Lauria ⁽⁹⁾, il numero rilevante degli scritti sulle *cognitiones* sta a dimostrare l'importanza che queste ebbero nel pensiero e nel sistema dei loro autori i quali « appartengono ormai ad un'epoca in cui l'*ordo* è ricordato soltanto per avvertire in usu esse desiit' (Paul. D. 48, 1, 8) ».

Da tutto quanto è stato fin qui affermato, discende che non si può dar credito alla teoria sostenuta da buona parte della dottrina moderna, per cui la *cognitio* e l'*ordo* sono da considerare due sistemi opposti ⁽¹⁰⁾ e la *cognitio*, soprattutto in campo penale, è da considerare come una forma di procedimento privo di regolamentazione, teoria criticata dal Lauria con una serie di argomentazioni e di esempi testuali ⁽¹¹⁾.

⁽⁶⁾ Così per il *crimen stellionatus* e per il *crimen expilatae hereditatis*: cfr. LAURIA, *op. cit.*, p. 359.

⁽⁷⁾ Nonostante l'indubbia scarsità di notizie in materia, LAURIA, *op. cit.*, p. 357, ritiene di trovarne le tracce: in particolare per la Giudea, nel processo di Paolo, e inoltre nelle lettere di Plinio e nel processo di Apuleio.

⁽⁸⁾ *Op. cit.*, p. 357.

⁽⁹⁾ *Op. cit.*, p. 309.

⁽¹⁰⁾ Cfr. bibliografia citata da LAURIA, *op. cit.*, p. 310 nt. 6.

⁽¹¹⁾ Egli mostra, da un lato, come, nelle opere *ex professo* dedicate alle *cognitiones*, siano riportati testi delle varie *leges iudiciorum publicorum*, che, evidentemente, furono estese anche alle prime (e questa è già una traccia notevole

Dal canto suo il Biscardi ⁽¹²⁾ ha validamente sostenuto l'infondatezza di quella *communis opinio* che tende ad identificare *cognitio* ed *inquisitio*: un rescritto di Gordiano, contenuto in C. 9, 2, 7, dimostra chiaramente, infatti, che il principio accusatorio, la più grande conquista dell'età repubblicana, è, di regola, applicato anche nell'ambito della *cognitio*.

Analogamente il Pugliese ⁽¹³⁾ afferma che la *cognitio* è spesso collegata ad un'accusa, tanto che l'ipotesi contraria è da considerarsi anormale, come confermano chiaramente i due frammenti che egli cita al proposito: Tac., 15, 69 e D. 48, 5, 2, 6 (Ulp. 8 *disput.*). Inoltre, sempre secondo il Pugliese, si verificò sicuramente una progressiva assimilazione degli accusatori nella *cognitio* a quelli negli *iudicia publica*, giungendo ad una identificazione quando, tra la fine del secondo e l'inizio del terzo secolo d. C., gli organi della prima subentrarono definitivamente alle antiche giurie: questo adattamento facilitò il trapasso che poté così apparire un semplice mutamento di organi (rispettandosi, per quanto possibile, la vecchia procedura).

Fatte queste necessarie premesse, possiamo ora affrontare l'esame dei frammenti del *Corpus Iuris* relativi alla fase preliminare del processo penale, al fine di delinearne la struttura, tenendo sempre presente che, se pur si parla di *iudicia publica* e di *leges* ad essi relative, tali menzioni sono soltanto il ricordo di una realtà ormai superata: l'insieme dei passi non fa che ri-

della relazione tra i due sistemi processuali); dall'altro, come si fossero affermate, sotto il principato, delle nuove fonti di diritto, *senatusconsulta* e costituzioni imperiali, che disciplinarono completamente le *cognitiones*. L'A. mette inoltre in evidenza, con esempi testuali, come tra *ordo* ed *extra ordinem* non esista quella contrapposizione che, sotto molti aspetti, i moderni hanno creduto di riscontrare; precisa, tuttavia, che ciò « non significa completa equiparazione fra i due tipi di processo ».

Cfr., in tal senso anche DE ROBERTIS, *Arbitrium iudicantis e statuizioni imperiali*, in « ZSS », 59 (1939), p. 236 ss., ed ORESTANO, *Augusto e la cognitio extra ordinem*, in « Studi Cagliari », 26 (1938), p. 153 ss.

⁽¹²⁾ *Processo civile e processo penale*, cit., pp. 108, 164-65.

⁽¹³⁾ *Processo privato e processo pubblico*, cit.

flettere il nuovo assetto che, con varie sfumature, la *cognitio* va ormai assumendo.

2. Per delineare con una certa organicità il procedimento nella sua fase preliminare, riteniamo opportuno attenerci allo schema tratteggiato in occasione dello studio dello stesso in età ciceroniana; tale metodo ci darà altresì la possibilità di meglio valutare le modifiche e le trasformazioni intervenute e di spiegarle storicamente.

L'atto che rappresentava il momento iniziale era la *postulatio*, richiesta preliminare presentata al magistrato dall'aspirante accusatore, con il fine pratico di provocare un accertamento, eventualmente accompagnato da una *divinatio* ⁽¹⁴⁾. Che valore si può attribuire alla *postulatio* nel momento storico in cui abbiamo puntualizzato la nostra indagine? A nostro avviso — e l'esame dei testi lo confermerà — la *postulatio* appare ormai priva del suo specifico contenuto, anche se resta, tuttavia, come termine tecnico processuale (tale era stato fin dalle sue prime applicazioni), con il valore originario, generico (e più lato), di istanza presentata al magistrato e tende quindi, fra l'altro, ad identificarsi con la *delatio*. Tra i frammenti che danno atto di questo progressivo svuotamento, con conseguente sovrapposizione di termini, leggiamo

C. 9, 9, 6 (*Imp. Alexander A. Vadanti*, a. 223):

Iure mariti accusare volenti sexaginta dies utiles computantur, quibus in publico ei facultas fuerit apud quem reus vel rea postulari potest,

in cui *postulare* ci sembra posto sullo stesso piano di *accusare* e, soprattutto,

⁽¹⁴⁾ Cfr., *retro*, cap. II.

D. 48, 5, 32 (Paul. 2 *de adult.*):

Quid si is, qui intra quinquennium, quem postulaverat non peregerit...? Aequum est computationi quinquennii eximi id tempus quod per postulationem praecedentem consumptum sit.

Qui a *postulare* si ricollega come necessaria conseguenza « peregerit » e *peragere*, come del resto conferma D. 48, 5, 2 (« peregissem autem non alias quis videtur nisi et condemnaverit »), indica senza dubbio il compimento di una concreta attività al fine di ottenere la condanna dell'accusato e presuppone, con altrettanta evidenza, l'esercizio effettivo dell'azione. Ora, dal momento che si parla di *postulare*, sicuramente qui il termine è usato in senso non tecnico, per indicare l'attività dell'accusatore (e non più una preliminare richiesta) ⁽¹⁵⁾. Se poi leggiamo

D. 48, 5, 18, 6 (Ulp. 2 *ad l. Iul. de adult.*):

quaeritur an alius adulteram alius adulterum postulare possit, ut, quamvis ab eodem... simul postulari non possint...,

l'innegabile corrispondenza di questa fattispecie con quella riportata in

D. 48, 5, 16, 9 (Ulp. 2 *de adult.*):

Si quis et adulterum et adulteram simul detulit...

permette di accertare facilmente l'uso di *postulare* come sinonimo di *deferre*. Vi sono ancora due testi la cui interpretazione presenta alcune difficoltà, ma che, a nostro avviso, possono essere allineati con i precedenti. Si tratta di

⁽¹⁵⁾ Per quanto riguarda l'ultima parte del frammento riportato, sicuramente rimaneggiata, ci interessa mettere in luce il valore con cui è ormai usato il termine *postulatio* in età postclassica: « *postulatio praecedens* » indica genericamente l'intervento di un accusatore.

D. 48, 5, 39, 10 (Pap. 36 *quaest.*):

Si quis in honore ministeriove publico sit, reus quidem postulatur, sed differtur eius accusatio, et cautionem iudicio sistendi causa promittit in finem honoris.

La parte finale di questo testo « cautionem *et rell.* » ci sembra gravemente sospetta ⁽¹⁶⁾: la *cautio iudicio sistendi causa* è una istituzione postclassica e si tratta, perciò, senza dubbio, di aggiunta posteriore. Il resto del frammento, sicuramente genuino, prevede una singolare fattispecie: il presunto colpevole ricopre una pubblica carica e, compiuta la *postulatio*, la relativa *accusatio* viene differita. Che valore deve essere attribuito a questa *postulatio*? L'interpretazione del testo è complicata dalla presenza di *accusatio*, termine polivalente, usato talvolta con lo stesso valore di *delatio*, talaltra impiegato per indicare l'intero svolgimento del giudizio ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. SCHLOSSMAN, *Der Vindex bei der in ius vocatio*, in « ZSS. » 24 (1903), p. 325 nt. 1.

⁽¹⁷⁾ Nel primo significato, vedi D. 48, 16, 11 (Pap. *l. s. de adult.*): « Quarebatur an hi, qui ab accusatione tempore exclusi essent, in S. C. Turpillianum inciderunt: respondit non oportere dubitari calumnia non puniri eos, qui praescriptione temporis exclusi, causam adulterii perferre non potuerunt » (sul testo non gravano sostanziali dubbi: anche SOLAZZI, *Infirmas aetatis e infirmas sexus*, in « Arch. giur. », 104 (1930), p. 22 nt. 1, sostiene che contro la decisione non c'è nulla da obiettare in quanto essa nega il reato di calumnia da parte dell'escluso e non del desistente, pur presentando, al tempo stesso, come molto probabile un rimaneggiamento del testo, soprattutto per l'uso di « an » con l'indicativo); D. 4, 6, 40 (Ulp. 5 *opin.*): « Si qua militi accusatio competat tempore, quo reipublicae operam dedit, non peremittitur ». In ambedue i passi citati ci sembra evidente l'uso di *accusatio*: nell'uno si discute se siano colpiti dal senatoconsulto coloro che hanno lasciato trascorrere il termine per l'esercizio dell'accusa (la risposta è certamente negativa, perchè la fattispecie prevista dal senatoconsulto è la desistenza dopo che il rapporto si è costituito); nell'altro si afferma che lo svolgimento di un'attività al servizio dello stato sospende il decorso dello stesso termine, quindi *accusatio* = esercizio dell'accusa.

Per quanto riguarda invece la seconda e più ampia accezione del termine, possiamo citare D. 34, 4, 31, 2 (Scaev. 14 *digest.*): « Seia testamento suo legavit auri pondo quinque; Titius accusavit eam, quod patrem suum mandasset interficiendum; Seia post institutam accusationem codicillos confecit, nec ademit Titio

Ci soccorrono alcune considerazioni: in primo luogo l'auto-revole precedente costituito dalla *lex Sempronia* che ⁽¹⁸⁾ vietava il giudizio nei confronti dei magistrati in carica e non quindi l'esercizio dell'accusa; tale principio sembra, a ragione, mantenuto anche in età classica, come si deduce da

D. 48, 2, 12 (Ven. Sat. 2 *de iud. publ.*):

Hos accusare non licet: .. magistratum populi Romani...;

sappiamo inoltre che ad esempio in caso di assenza non maliziosa (cui può riavvicinarsi, per analogia, il nostro caso) ⁽¹⁹⁾,

privigno legatum et ante finem accusationis decessit », e D. 48, 16, 14 (Ulp. 7 *de off. proc.*): « Divus Hadrianus Salvio Caro proconsuli Cretae, rescriptit tutorem, qui pupilli causa instituerat accusationem, defuncto pupillo, cuius causa accusare coeperat, non esse cogendum accusationem implere ». Il tutore che « istituerat accusationem » nell'interesse del pupillo, alla morte di questo, ci dice Ulpiano, « non est cogendum accusationem implere », non incorre cioè nella pena prevista per la desistenza, pur abbandonando la causa dopo che la relativa *accusatio* era stata « istituita », espressione, quest'ultima, identica a quella del frammento precedente. La nostra interpretazione di « cogendum » è del resto confermata da un preciso dato di fatto: l'esercizio di azioni derivanti da tutela, come poche altre privilegiate (azioni intentate per vendicare la morte di un congiunto, in adempimento di un obbligo morale ed il cui esercizio è pertanto obbligatorio) esclude l'applicazione della pena per la calunnia. Cfr. al proposito VOLTERRA, *Per la storia della accusatio iure mariti*, in « Studi Cagliari », 17 (1929), p. 1 ss.; v. anche MOMMSEN, *op. cit.*, II, p. 183. In modo particolare è da prendere in considerazione C. 9, 22, 4 (*Imp. Alex. A. Cassio*, a. 227): « ...non impedieris accusationem contra eam impletis sollemnibus instituere ». Solo dopo il compimento dei *sollemnia*, cioè dopo la costituzione del rapporto, è instaurata l'*accusatio*, cioè il processo: questo testo permette di stabilire senza ombra di dubbio l'esatto valore dell'espressione « accusationem instituere »; tale espressione ricorre con una certa frequenza, nel Digesto soprattutto, tra gli altri passi, in: D. 48, 5, 14, 6; 48, 2, 7, 2; 43, 29, 3 pr.; 38, 2, 14, 2; 34, 9, 22; 5, 2, 29, 2; 5, 2, 27 pr. Fondamentale ci sembra comunque D. 38, 2, 14, 8 (Ulp. 45 *ad ed.*): « Accusasse autem dicimus, qui crimina obiecit et causam perorari usque ad sententiam effecit », che conferma l'uso normale del termine *accusare* e quindi *accusatio* nel senso di intero procedimento a carico di taluno.

⁽¹⁸⁾ L. 8: « De hisce dum mag(istratum) aut imperium habebunt iudicium non fiet ».

⁽¹⁹⁾ V., per tutti, BRASIELLO, *Assenza dal giudizio nel processo penale romano*, in « Studi Urbinati », 3-4 (1933) p. 1 ss.

l'accusa può essere sempre presentata anche se non si può procedere a giudizio e. se si vuole — argomento meno probante — possiamo tener conto della prevalenza numerica dei frammenti in cui sicuramente *accusatio* allude all'intero procedimento a carico di taluno. Concludendo, l'interpretazione del testo è la seguente: se l'accusato esercita una pubblica funzione, pur potendosi validamente presentare un'accusa nei suoi confronti, tale situazione soggettiva impedisce temporaneamente lo svolgimento del giudizio, che appare quindi condizionato alla scadenza della carica, subordinato ad una *condicio iuris*. E lo conferma quell'aggiunta di indubbia fattura postclassica, per cui si richiede una cauzione che ha però come oggetto lo « iudicio sisti », che impegna perciò a sottostare al regolare giudizio, una volta che sia venuta meno la situazione temporaneamente impediante. Ma non sapremmo ricondurre tale stato di cose alla pura e semplice presentazione di una *postulatio*.

Analoghe considerazioni sono da fare a proposito di un altro frammento di Papiniano, che già il Leifer annoverava fra quelli che confermano l'uso di *postulare* in senso non tecnico, in luogo cioè di *delatio* ⁽²⁰⁾, e precisamente di:

D. 48, 5, 11, 8-9 (Pap. *l. s. de adult.*):

Defuncto marito, adulterii rea mulier postulatur; quae propter impuberem filium vult dilationem ab accusatore impetrare: an debeat audiri? respondi: non videtur mihi confugere ea mulier ad iustam defensionem, quae aetatem filii praetendit ad eludendam legitimam accusationem.

Dopo la morte del marito un terzo « *postulat* » la vedova per adulterio, la donna chiede una dilazione all'accusatore, motivandola con la minore età del figlio, e il giurista, cui la questione

⁽²⁰⁾ In PAULY-WISSOWA, *RE.*, s.v. *Postulatio*.

è stata sottoposta, risponde che il pretesto addotto ⁽²¹⁾ non vale ad escludere una *legitima accusatio*: anche qui la chiave è rappresentata da *accusatio*, qualificata come *legitima*; per analogia col passo precedente, essa è da ritenere riferita allo svolgimento dello *iudicium* (giudizio) che ormai viene definito « *legitimum* », cioè regolato da apposite norme. Il fatto stesso che l'accusata intervenga direttamente con specifiche richieste, anzi eccezioni, che tendono, se non altro, a differire il pericolo incombente di un giudizio, ci suggerisce trattarsi di un procedimento già iniziato attraverso la *delatio*.

Pur non escludendo in modo assoluto che di *postulatio* si continui a parlare nell'ambito ristretto delle *quaestiones*, riteniamo senz'altro che per tale atto non vi sia posto nel procedimento della *cognitio*, una volta ormai compiutasi la sua funzione storica. Sappiamo infatti dalle fonti che sotto il principato venne progressivamente limitata la libertà di accusa per concentrare gradatamente il relativo potere sull'offeso e sui prossimi congiunti ⁽²²⁾. Venne così a cadere il fondamento essenziale della *postulatio*: essa, infatti, non esisteva allorchè venne istituita la prima *quaestio* (*repetundarum*) destinata a tutelare i diritti violati dei provinciali, in quanto non poteva esserci luogo ad incertezze sul soggetto che si presentava come accusatore, ma venne tuttavia istituita contemporaneamente al moltiplicarsi delle *quaestiones*, per la necessità di accertare le reali intenzioni e la persona adatta

(²¹) La possibilità di accordare una dilazione alla madre (accusata, ad es., di adulterio) fino a che il figlio non raggiunga la pubertà, era stata più volte oggetto di questioni sottoposte ai giuristi ed alla stessa cancelleria imperiale, ma risolte definitivamente, a quanto pare, solo in età postclassica. Sul problema vedi MARTINI, *Il problema della causae cognitio praetoria*, Milano 1961, p. 148 e nt. 59 e NIEDERMAYER, *Studien zum Edictum Carbonianum*, in « ZSS. », 50 (1930), p. 116 ss.

(²²) Per l'adulterio, in particolare, sappiamo che l'accusa era riservata, entro un certo termine (60 giorni), al marito od al padre, con la possibilità di esercizio *iure extranei* trascorso inutilmente il termine concesso ai primi. Cfr. ancora VOLTERRA, *op. cit.*, e D. 48, 5.

per l'accusa; decade quindi contemporaneamente al decadere del principio della libertà di accusa.

Solo dopo la presentazione dell'accusa — riservata ad una categoria sempre più limitata di persone o a delatori non meglio qualificati — sorge il problema pratico di accertare la proponibilità dell'accusa e l'accusabilità del presunto colpevole ⁽²³⁾, come vedremo ben presto, approfondendo lo studio della fase preliminare.

3. Veniamo ora a parlare un po' più diffusamente di quella *delatio* cui, nelle pagine precedenti, abbiamo avuto modo di accennare più volte, individuandone la disciplina in questo scorcio del secondo secolo d. C. La *delatio* indica concretamente l'esercizio dell'azione criminale: tuttavia, per quanto riguarda il suo specifico contenuto, è da tener presente che anch'essa, nel processo dell'età imperiale, viene assumendo un nuovo e più ampio significato. Tale processo di trasformazione, di cui abbiamo trovato una traccia nello stesso Cicerone ⁽²⁴⁾, si compie proprio in questo periodo e *delatio* passa ad indicare il complesso delle attività necessarie ad instaurare il procedimento relativo ad un determinato reato, come testimoniano le fonti, parlando di « *crimen* (o *adulterium*) *deferre* » ⁽²⁵⁾. Ma esaminiamo alcuni dei frammenti più significativi come

D. 49, 14, 18, 4 (Marcian. *l.s. de delat.*):

Deferre non possunt mulieres... clarissimi viri... damnati. Sed eas causas, quas ante damnationem coeperunt

⁽²³⁾ Cfr. i due frammenti di Papiniano, precedentemente citati.

⁽²⁴⁾ Abbiamo visto, infatti, che, accanto a passi in cui si parla ancora di « *nomen cuiuspiam deferre* », altri, contenuti nella stessa *Divinatio*, ci presentano una costruzione ben diversa: « in Gabinium... *delationem nominis postularet...* ». Allora tale modificazione adombrava la formazione del concetto di *delatio* come esercizio del diritto di accusa, e ora, invece, il suo valore di complesso delle attività dell'accusatore nella fase preliminare.

⁽²⁵⁾ Cfr. Ulpiano, D. 48, 5, 28, 7; C. 9, 9, 16, 2; C. 9, 50, 1, pr.-1.

deferre, posse eos etiam post damnationem exequi, rescriptum est.

Tra le varie categorie di persone escluse dall'accusa devono essere considerati anche i condannati, tuttavia un rescritto stabilisce che possono portare a termine quelle cause che « coeperunt deferre » prima della condanna. Si parla di *coepi*, di cominciare: ciò vuol dire che *deferre* si riferisce non ad un atto singolo, ma a qualcosa di complesso, a tutta l'attività dell'accusatore. Così si spiega il passo citato: poichè la *delatio* si svolge in un periodo di tempo più o meno lungo, può accadere che, tra l'atto iniziale e quello finale, intervenga una condanna a carico dell'accusatore, ma ciò non può impedire che venga proseguita un'accusa già validamente iniziata.

Di contenuto analogo un altro frammento, di Ulpiano, questa volta; si tratta di

D. 48, 1, 5 (Ulp. 8 *disput.*):

Inchoatas plane delationes ante damnationem implere eis et post damnationem permissum est.

Probabilmente i due giuristi si riferiscono ad un'unica fonte, un rescritto, se si considera il « permissum » del passo di Ulpiano, che evidentemente allude ad una manifestazione di volontà del *princeps*, e il parallelo « rescriptum est » di Marciano. Inoltre c'è una troppo palese corrispondenza fra le espressioni usate nei due frammenti: fra « coeperunt deferre » e « inchoatas delationes », fra « exequi » e « implere », il quale ultimo — pur con significato pressochè identico al primo — è termine tecnico, usato molte volte proprio in relazione ai *sollemnia* (*sollemnibus impletis, impleta sollemnitate*, etc.). Nonostante ciò si continua sempre a parlare di *delatio* anche per indicare l'iniziale *delatio nominis* (nel suo originario valore), che ancora indubbiamente esiste e che costituisce evidentemente il primo atto dell'accusatore davanti al magistrato. Di questa sopravvivenza ci restano al-

cune testimonianze: un passo di Ulpiano, che in D. 48, 2, 3, in relazione ai *libelli*, allude proprio a tale dichiarazione (ma avremmo modo di riparlare in seguito), un altro passo di Ulpiano, D. 48, 5, 28 pr., in cui si legge:

« ...qui nomen eius servi detulerit... »,

ed una costituzione piuttosto tarda (a. 423) di Onorio e Teodosio, riportata in

C. 9, 2, 17 (= C. Th. 9, 1, 19):

sed quisquis ille est qui crimen intendit, in iudicium veniat, nomen rei indicet, vinculum inscriptionis adripiat, custodiae similitudinem... patiatur...

Nonostante che questa testimonianza sia relativa all'età postclassica riteniamo, tuttavia, di poterci servire di alcuni elementi che essa ci offre. La disposizione — ma ce ne sono altre di contenuto analogo — dettata per porre un freno alla valanga di denunce anonime, che si riversava nelle cancellerie dei tribunali, cercava di sollecitare il senso di responsabilità e il coraggio delle proprie azioni nei privati cittadini, imponendo e disciplinando l'attività e la condotta dell'accusatore, sintomo questo altresì di una organizzazione a carattere accentratore, della progressiva affermazione della monarchia assoluta. Tale testimonianza si riferisce all'unico processo dell'età postclassica ⁽²⁶⁾, pur

(²⁶) L'unificazione delle varie procedure o, meglio, l'atrofizzazione di alcune rispetto ad altre più giovani e più funzionali, si compie, come più volte accennato, già sul finire dell'età classica. Non esiste più la giurisdizione del Senato, le *quaestiones* non sono più ricordate dopo Gordiano, dato che funzionavano solo a Roma e per un numero sempre più ristretto di casi. Il procedimento che si afferma è quello della *cognitio extra ordinem*, che non si identifica affatto con l'*inquisitio* (sul problema vedi LAURIA, *loc. cit.*, e BISCARDI, *op. ult. cit.*), anche se questa le imprime un certo carattere: in esso sopravvive il principio accusatorio (non più con la piena libertà di accusa, però), tanto per le cause già di competenza delle *quaestiones* — cfr. C. 9, 1, 12 (*Imp. Diocl. et Maxim. AA. Corinthiae*, a. 293): « De crimine quod publicorum fuerit iudiciorum mulieri accusare non permittitur nisi certis ex causis, id est si suas suorumque iniuriam persequatur, secundum antiquitus statuta... » — che per altri *crimina* perseguiti solo *extra ordinem*. Pur

tuttavia può essere utilizzata ai nostri fini in quanto ricorda istituti appartenenti al sistema dell'*ordo*: *inscriptio* e *nomen indicare*, cioè *nomen deferre* (che ha ancora il valore di indicazione del nome), mentre la custodia preventiva cui deve assoggettarsi l'accusatore è, invece, sicuramente un'innovazione postclassica.

Abbiamo parlato di un'attività complessa: sorge ora il problema di determinare in quali fasi essa praticamente si articoli. Innanzitutto vi è l'iniziale indicazione del nome, cui fa seguito l'enunciazione dei termini della fattispecie, prevista già dalla *lex Iulia* di cui più espressamente ci parla D. 48, 2, 3 che esamineremo più avanti ⁽²⁷⁾, indi un accertamento della capacità

esistendo un unico processo, coesiste un'alternativa fra processi promossi d'ufficio e su iniziativa privata: in tal senso — tenuto conto che siamo in un periodo di transizione — deve probabilmente interpretarsi C. 9, 2, 8 (*Exemplum sacrarum litterarum Diocl. et Max.*): « Si quis se iniuriam ab aliquo passum putaverit et querellam deferre voluerit, non ad stationarios decurrat, sed praesidalem adeat potestatem aut libellos offerens aut querellas suas apud acta deponens ». La definitiva regolamentazione dell'accusa si ha nel corso del IV secolo d. C., come si rileva da C. 9, 9, 29 (*Imp. Constant. A. ad Evagrium*, a. 326): « Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur... proximis necessariisque personis... placet deferri copiam accusandi ». Se pur si continua a parlare di accusatori, in realtà non esiste più un'accusa nel significato classico del termine, un'accusa concessa cioè *cuius de populo*; ci si presenta ora un'iniziativa di parte riservata ai soli interessati. L'antico principio repubblicano, rimasto in vigore finché, pur con la precedenza agli offesi, restava anche agli estranei la possibilità di accusare, è venuto meno definitivamente. La nuova forma di accusa, se da un lato può essere riavvicinata all'odierna querela, essendo conferita ai soggetti direttamente offesi, sostanzialmente se ne distingue, non rappresentando, come questa, una condizione di procedibilità; mancando, infatti, un'iniziativa privata, il processo viene comunque promosso d'ufficio; qualcosa di analogo si verifica se l'accusatore, richiesta l'*abolitio*, viene meno nel corso del processo (cfr. C. 9, 42, 2, 1), le sorti del quale sono ormai nelle mani dei funzionari imperiali, mentre all'attività del privato è tolta qualsiasi efficacia. Rileva al proposito il PUGLIESE, *Processo privato e processo pubblico*, cit., p. 104: « il quadro presentato dalla maggior parte delle costituzioni postclassiche è illusorio in quanto il sistema dell'*accusatio*, sebbene forse praticamente più diffuso, era dal punto di vista giuridico una semplice eccezione, resa possibile dall'adeguarsi dell'accusa alle esigenze della repressione ».

⁽²⁷⁾ Come non ricordare a questo proposito le indicazioni di prove e di testi di cui ci parlava Cicerone in *de inv.*, 2, 19, 58? Cfr., *retro*, cap. II, p. 59.

dell'accusatore ⁽²⁸⁾ e dell'accusato che, di regola ⁽²⁹⁾, intervienne direttamente, opponendo, se vuole, delle eccezioni. Tale opponibilità incontra tuttavia dei precisi termini, come si rileva da

D. 48, 5, 16, 7 (Ulp. 2 *de adult.*):

Praescriptiones quae obici solent accusantibus adultarii, ante solent tractari quam quis inter reos recipiatur: ceterum posteaquam semel receptus est, non potest praescriptionem obicere.

Le *praescriptiones* ⁽³⁰⁾, cioè le eccezioni, devono essere prospettate prima della conclusione della fase preliminare, prima cioè che venga definitivamente accolta l'accusa presentata; tale attività dell'accusato dovrà compiersi fra l'inizio e la fine della *delatio*, concretandosi nell'indicazione di tutti gli elementi idonei ad eliminare o, per lo meno, a limitare la portata delle affermazioni dell'accusatore e determinando logicamente un dibattito sulle questioni così sollevate. Sullo stesso argomento possiamo ancora citare: D. 48, 5, 11, 8-9 e 48, 5, 39, 10 ⁽³¹⁾. Non si tratta anche in tali casi di eccezioni che vengono fatte valere prima della *receptio*, sulle quali si accende il dibattito nel corso della *delatio*?

⁽²⁸⁾ Vedi D. 48, 16, 1, 10. Nel frammento si esclude che possa provocare lo svolgimento del giudizio la donna che propone il *crimen* di *iniuria* non perpetrato ai suoi danni o a quelli dei suoi prossimi congiunti. E' chiaro che, per arrivare ad una simile decisione, deve essersi fatto luogo ad un dibattito; cfr. anche C. 9, 1, 9 (*Imp. Gord. A. Severiano*, a. 239): « ... non temere ad accusationem esse admittendam, nisi prius matrem se esse probaverit ».

⁽²⁹⁾ Cfr. le nostre osservazioni a proposito della *denuntiatio*, *infra*, p. 85 ss.

⁽³⁰⁾ Sull'appartenza delle *praescriptiones* al regime della *cognitio*, v., fra gli altri, MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in « Ann. Palermo », 1955, p. 425; circa la loro applicazione in materia criminale cfr. LAURIA, *op. cit.*, p. 341 nt. 2 e BEAUCHET, in DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire*, cit., s.h.v. (p. 676). Per quanto riguarda poi l'ulteriore sviluppo della *praescriptio* in età postclassica e nella compilazione giustiniana, cfr. BISCARDI, s. v. *Giudizi paragrafici*, in « Novissimo Digesto It. ».

⁽³¹⁾ Cfr., *retro*, p. 74 e p. 72.

Ecco un altro elemento del mosaico che va a completare ormai il quadro della *delatio*: tale attività preliminare alla recezione dell'accusa si articola in un dibattito tendente a precisare i termini della questione e si avvicina al concetto di procedimento istruttorio. Si chiarisce ora, anzi arriva a compimento, quell'evoluzione che in età ciceroniana era ancora in embrione.

La *delatio* inizialmente era orale ⁽³²⁾; tuttavia, ad un certo momento, imprecisabile, fanno la loro apparizione nella procedura i *libelli accusationis* o, più spesso, *inscriptionis* e *inscriptionum* ⁽³³⁾. Da notare, in particolare, l'uso del termine *inscriptio*: *inscriptio* era l'atto che in ultima istanza veniva a consacrare ed a fermare nel tempo le dichiarazioni fatte dall'accusatore; *libelli inscriptionis* sono le accuse scritte che hanno, tuttavia, il fine di permettere l'*inscriptio*. I *libelli*, dapprima, costituiscono un riepilogo schematico della *delatio* che li precede; in seguito, tuttavia, la sostituiscono a tutti gli effetti. La loro formula ci è conservata in un frammento di Paolo che si riporta, molto probabilmente, al primo periodo, di coesistenza, cioè, con la *delatio*; si tratta di

D. 48, 2, 3 (Paul. 3 *de adult.*):

Libellorum inscriptionis conceptio talis est: 'Consul et dies, apud illum praetorem vel proconsulem, L. Titius professus est, se Maeviam lege Iulia de adultteriis ream deferre, quod dicat eam, cum Gaio Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis,

⁽³²⁾ E ciò è facilmente comprensibile dato il « carattere essenzialmente orale della tradizione processuale romana »: così ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, (corso litogr.), Torino 1953, p. 228.

⁽³³⁾ Anche se figurano come formalità inderogabili e quindi sono ufficialmente inseriti nel procedimento preliminare solo all'età dei Severi (cui appartengono le testimonianze a nostra disposizione), molto probabilmente devono aver fatto la loro apparizione nella prassi processuale già in precedenza, come ci suggerisce la circostanza che l'analoga formalità nel procedimento di appello (v., *infra*, p. 128) appare già regolata al tempo di Giuliano e di Aurelio.

adulterium commisisse'. Utique enim et locus designandus est, in quo adulterium commissum est, et persona, cum qua admissum dicitur, et mensis: hoc enim lege Iulia publicorum cavetur et generaliter praecipitur omnibus, qui reum aliquem deferunt.

Come risulta da una prima superficiale lettura, nei *libelli* devono essere indicati: data della presentazione, nome dell'accusato, data e luogo in cui il reato si dice essere stato commesso; si richiede tuttavia la esplicita menzione delle dichiarazioni rese davanti al magistrato (*professus est*): in primo luogo di « se Mae-viam deferre », espressione che allude alla iniziale *delatio nominis*, nel suo originario valore, e, inoltre, di tutti gli elementi atti a configurare la fattispecie ⁽³⁴⁾. Poichè il libello ha la pratica funzione di riassumere i singoli capi di accusa e i vari momenti dell'accusa stessa, concludendola, e di dare conferma di quanto è stato dichiarato, la relativa formula ripete il contenuto delle precedenti dichiarazioni, costituendo, al tempo stesso, lo schema per la successiva iscrizione a ruolo della causa: non per niente si parla di *libelli inscriptionis*.

Su un altro inciso dobbiamo fissare ancora la nostra attenzione: « hoc enim lege Iulia publicorum cavetur »; in base a questo riferimento il Volterra ⁽³⁵⁾ e il Boyé ⁽³⁶⁾, hanno riportato l'introduzione dei *libelli* alla *lex Iulia*, ma un attento esame del testo ci sembra escludere tale possibilità. Infatti « hoc » non si riferisce alla formula dei *libelli*, ma ad un'altra

⁽³⁴⁾ Il testo costituisce una riprova di quanto precedentemente affermato a proposito del contenuto della *delatio*.

⁽³⁵⁾ *Per la storia*, cit., p. 24. L'A. si limita ad osservare: « La *lex Iulia* introduce una forma scritta di accusa mediante uno speciale libello, il quale deve essere redatto in forma determinata (D. 48, 2, 3), sotto pena dell'*abolitio* e della conseguente rinnovazione dell'accusa ».

⁽³⁶⁾ *La denuntiatio introductive d'instance sous le principat*, Bruxelles 1922, p. 262: « ... de même que le développement de l'accusation écrite et du *libellum inscriptionis* institué par la loi *Iulia iudiciorum publicorum* d'après Paul D. 48, 2, 3... ».

diversa disposizione: « locus designandus est... et persona... et mensis ». Ora, il contenuto della formula e quello della disposizione che la segue immediatamente sono pressochè identici e non si spiegherebbe tale ripetizione se ambedue fossero da ricondursi alla stessa fonte legislativa. Si spiega invece agevolmente considerando che già la *lex Iulia* — nel quadro della sua riforma tendente a fissare una volta per sempre lo schema e le regole dell'ordo iudiciorum publicorum — aveva stabilito che per la *delatio adulterii* l'accusatore dovesse fornire tutti gli elementi atti a configurare la fattispecie, disposizione successivamente estesa « omnibus qui reum aliquem deferunt »; data l'evidente analogia con la formula dei *libelli*, è naturale l'accostamento e il riferimento alla *lex Iulia* ⁽³⁷⁾.

Sempre a proposito dei *libelli* ci interessa un altro passo, tratto da una costituzione di Diocleziano, in

C. 9, 2, 8 (*Exemplum sacrarum litterarum Diocl. et Max.*):

Si quis se iniuriam ab aliquo passum putaverit et que-

⁽³⁷⁾ Diverso avviso esprime anche F. AVONZO DE MARINI, *op. cit.*, p. 80, la quale, studiando il procedimento penale senatorio e i relativi problemi, afferma: « Anzitutto, poichè la *lex Iulia* aveva introdotto la forma scritta nell'accusa criminale, può stupirci il constatare che nei resoconti processuali del Senato non è mai menzionata la necessità dei *libelli accusatorii*: se nel 17 a. C. si era sentita l'opportunità di innovare su questo punto, non si capisce perchè la modificazione non sia seguita dal Senato che proprio in tale epoca inizia la sua attività giudiziaria ». La DE MARINI cerca la spiegazione di questa « anomalia » nella struttura del tribunale senatorio, in quanto « il Senato conserva nella sua funzione giurisdizionale la stessa composizione e lo stesso regolamento con cui soleva operare in sede politica. L'attività giudiziaria si svolgeva, nei limiti del possibile, secondo le forme... proprie alle sedute senatorie; per questa ragione... vennero recepite le regole processuali essenziali all'accusa, ma senza allontanarsi dalla forma orale » secondo la quale il Senato era solito deliberare. Questa spiegazione non ci sembra del tutto convincente, tanto più che la stessa DE MARINI ha dimostrato, nel corso della sua indagine, come nel procedimento senatorio fosse stata accolta la procedura propria delle *quaestiones*. Allora, solo la formalità dei *libelli* appariva inconciliabile col procedimento senatorio? E' per lo meno molto improbabile. La spiegazione per l'assoluta mancanza di riferimenti ai *libelli* si trova, invece, a nostro avviso, proprio nel semplicissimo fatto che nel 17 a. C. i *libelli* non erano ancora entrati a far parte della prassi processuale. La circostanza messa in luce dalla DE MARINI costituisce, dunque, una preziosa conferma del nostro assunto.

rellam deferre voluerit, non ad stationarios decurrat, sed praesidalem adeat potestatem aut libellos offerens aut querellas suas apud acta deponens.

Nel passo citato ci sembra piuttosto evidente la contrapposizione fra iniziativa di parte (« libellos offerens ») e promovimento d'ufficio (« querellas apud acta deponens »): infatti, anche se nel secondo caso è pur sempre il privato cittadino che si presenta, si tratta indubbiamente di una pura e semplice delazione, di una denuncia, non già di una manifestazione di volontà diretta ad un fine determinato. L'esercizio dell'accusa si attua — ed è ciò che importa rilevare — attraverso la sola presentazione dei *libelli*; manca nel testo ogni minimo accenno a qualsiasi altra formalità.

A proposito della *delatio* e dei *libelli* risulta in tutta evidenza che nei testi del *Corpus Iuris* sono presentate come attuali contemporaneamente tre situazioni che si sono invece succedute nel tempo: infatti, in un primo momento abbiamo solo la *delatio* orale — sintesi dell'attività dell'accusatore nel corso della fase che potremmo definire istruttoria — quale si deduce dai frammenti di Marciano ⁽³⁸⁾ e di Ulpiano ⁽³⁹⁾; successivamente si inseriscono nel procedimento i *libelli*, con la funzione di riassumere e sintetizzare le dichiarazioni fatte nel corso della *delatio* ⁽⁴⁰⁾; infine essi prevalgono e la sostituiscono definitivamente a tutti gli effetti ⁽⁴¹⁾. Tale sostituzione si verificò pienamente solo nell'età postclassica, mentre il regime dell'età classica fu senza dubbio quello della coesistenza delle due formalità, anche se i sintomi del mutamento già si manifestano nell'uso promiscuo, con lo stesso significato, di *delatio*, *postulatio*, *accusatio* e, qualche volta, di *denuntiatio* e *scriptio*.

⁽³⁸⁾ D. 49, 14, 18, 4.

⁽³⁹⁾ D. 48, 1, 5.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. il frammento di Paolo sulla formula dei *libelli* in D. 48, 2, 3.

⁽⁴¹⁾ Cfr. C. 9, 2, 8.

4. Più volte, nei paragrafi precedenti, abbiamo avuto modo di accennare alla possibilità che l'accusato sia presente nel corso della fase preliminare; la stessa eventualità, già prospettata, di eccezioni alle affermazioni dell'accusatore postula, se non l'obbligatorietà, almeno la normalità dell'intervento dell'accusato; sappiamo inoltre, in base alle risultanze di indagini sull'assenza nel processo ⁽⁴²⁾, che tale circostanza aveva un peso non indifferente sullo svolgimento del processo stesso. Era perciò nell'interesse dell'accusatore rendere edotto l'accusato delle sue intenzioni, mediante quell'atto che le fonti designano *denuntiatio*; dopodichè potevano verificarsi tre situazioni: l'accusato compariva e allora tutto si svolgeva normalmente; oppure, nonostante la *denuntiatio*, non si presentava, ed allora il magistrato doveva accertare se l'assenza era o non volontaria: nel primo caso, trattandosi di contumacia, l'assente era regolarmente giudicato, nel secondo caso non si poteva procedere e l'assente doveva essere ricercato ⁽⁴³⁾.

Della *denuntiatio*, come citazione in giudizio, ci parlano numerosi frammenti. Incominciamo con

D. 48, 5, 18, 1 (Ulp. 2 *ad l. Iul. de adult.*):

Quid ergo, si non quidem denuntiavit, verum libellos accusatorios dedit, antequam nuberet, eaque, cum id cognovisset, nupsit, vel ignorans? puto non videri ei

⁽⁴²⁾ Sul problema dell'assenza, vedi, in particolare, lo studio del BRASIELLO, *Sull'assenza*, cit., il quale distingue il regime dell'*ordo*, in cui non si procede contro l'assente, anche se l'accusa può essere sollevata (escluso il caso di assenza *reipublicae causa*), da quello della *cognitio*, in cui si fa ben presto strada l'istituto dell'*adnotatio* dei *requirendi*, mentre veniva sempre punita la contumacia, cioè il deliberato proposito di non presentarsi davanti al giudice.

Discorda in parte LAURIA, *op. cit.*, il quale afferma esistere un unico regime nell'*ordo* e nell'*extra ordinem*.

⁽⁴³⁾ Vedi ancora BRASIELLO, *op. ult. cit.*, p. 16. L'assente che non si presenta in giudizio viene ricercato: se risulta essere in sede, il magistrato può citarlo con *edicta* o *denunciationes*, dopo di che, se l'accusato persiste — *contumax* —, procede al regolare giudizio; se risulta effettivamente assente, l'accusato dovrà invece essere *adnotatus*.

denuntiatus: idcirco non posse accusatorem ab ea incipere.

Se non è stata fatta la *denuntiatio*, ma sono stati soltanto presentati i *libelli accusatorii*, prima delle nuove nozze della donna, questa, pur essendone venuta a conoscenza, non potrà essere sottoposta a procedimento penale per adulterio o, meglio, l'accusatore non potrà cominciare da lei. L'inciso « vel ignorans » ci appare una evidente aggiunta posteriore: infatti, nel passo esaminato si vuole mettere in luce come non sia sufficiente la presentazione dei *libelli accusatorii* a sostituire la *denuntiatio* qualora la donna, in qualche modo, ne sia venuta a conoscenza; non si vede quindi la necessità di affiancare l'ipotesi che la donna non lo sappia (« vel ignorans »), ipotesi esplicitamente esclusa dal testo. Anche questa inutile esplicazione è probabilmente da attribuire all'attività delle scuole postclassiche. Resta, tuttavia, il fatto che si afferma la necessità di una *denuntiatio*, per sottoporre taluno a giudizio. Vediamo ancora

D. 48, 5, 40, 3 (Pap. 15 *resp.*):

Nupta priusquam adulter damnetur, adulterii non postulatur, si nuptias denuntiatio vel ad domum mulieris missa non praecessit.

La donna che si sia risposata non potrà essere sottoposta a giudizio prima che sia stato condannato l'adultero, se la *denuntiatio* non ha preceduto le nozze stesse (⁴⁴). Si parla ancora di *denuntiatio*, che può dunque definirsi una comunicazione formale, diretta all'accusato, la cui funzione cessa, almeno per il caso di accusa di adulterio, quando sia stata pronunciata la con-

(⁴⁴) Considera interpolato l'inciso « vel missa » lo SCHULZ, *Scientia, dolus und error bei Stellvertretung nach klassischen römischen Recht*, in « ZSS. », 33 (1912), p. 52 nt. 1.

danna a carico del correo (⁴⁵). Ai passi già esaminati possiamo poi ricollegare

D. 48, 5, 2 (Ulp. 8 *disput.*):

Ex lege Iulia servatur ut, cui necesse est ab adultero incipere, quia mulier ante denuntiationem nupsit, non alias ad mulierem possit pervenire, nisi reum peregerit. Peregissem autem non alias quis videtur nisi et condemnaverit,

nonchè una costituzione di Gordiano,

C. 9, 9, 12 (*Imp. Gord. A. Aquiliae*, a. 239):

Si, dum in tuo matrimonio uxor tua esset, se adulterio polluit, in ea provincia, in qua id factum est adulterium more solito persequi debes; nec enim ab ea quae iam nupta est adulterium passa exordium accusationis sumi potest, si denuntiatio criminis nuptias non praecessit.

Testimonianza anche questa evidentissima della necessità di una *denuntiatio*, che preceda le nuove nozze della donna, essa ce ne indica altresì la finalità: portare a conoscenza della intenzione del marito di agire per adulterio (⁴⁶). Tuttavia, poichè i testi finora esaminati si riferiscono tutti al reato di adulte-

(⁴⁵) Cfr. MOMMSEN, *op. cit.*, II, p. 424. La disposizione è stata sicuramente dettata per l'utilità pratica di non turbare la nuova famiglia che si è formata (nell'ipotesi particolare la *denuntiatio* non ha preceduto le nuove nozze), senza un legittimo motivo: questo viene a presentarsi solo nel caso di condanna del correo, da cui consegue la colpevolezza anche della donna. Si tratta, come già detto, di una semplice ipotesi; sarebbe, tuttavia, molto interessante una più ampia indagine sull'argomento.

(⁴⁶) Ma anche un'altra finalità sembra potersi ricondurre alla *denuntiatio*, in base al contenuto di D. 48, 5, 41, pr. (Paul. 19 *resp.*), permettendoci, al tempo stesso, di spiegare perchè i vari passi esaminati insistono sulla necessità che la *denuntiatio* preceda le nuove nozze: essa, infatti, se ricevuta tempestivamente, toglieva il *connubium*. Cfr., in tal senso, PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*,² Roma 1928, I, p. 344.

rio (⁴⁷), per il quale senza dubbio la *denuntiatio* ha una funzione molto importante, si potrebbe pensare ad un istituto applicabile solo in relazione a questo reato, e dubitare perciò del carattere generale della *denuntiatio*, se non trovassimo esplicite contrarie conferme in

Paul. Sent. 5, 6, 14 :

Reis suis edere crimina accusatores cogendi sunt : scire enim oportet quibus sint criminibus responsuri,

in cui si afferma la necessità in ogni caso di una comunicazione all'accusato, e in

C. 9, 2, 6 (*Imp. Gord. A. Avidiano*, 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 numquam ullum crimen denuntiatum esset*, per iniuriam a praeside provinciae in metallum datum dicas quo magis in presenti te agente, ut adseveras, iam nunc fides veri possit illuminari, praefectus praetorio adire cura, qui, quidquid novo more et contra formam constitutionum gestum deprehenderint, pro sua iustitia reformabunt.

(⁴⁷) Forse anche perchè la *quaestio de adulteriis* è quella che più lungamente sopravvive, o perchè tale reato, molto frequente, offriva migliori spunti per *disputationes* ed elaborazioni, veramente imponente è la massa di frammenti a disposizione dei compilatori per la disciplina della relativa accusa. Non deve perciò meravigliare il ricorso frequente a tale regolamentazione, che, per la ricchezza di materiale, facilita la ricostruzione di molti istituti, fra i quali anche della *denuntiatio*.

Del resto, oltre a C. 9, 2, 6 e a Paul. Sent. 5, 6, 14, un altro frammento, D. 48, 16, 4, ci parla di *denuntiatio* a proposito di un altro reato, il *crimen falsi*: purtroppo il frammento presenta evidenti tracce di rimaneggiamenti che mettono in dubbio la sua integrale genuinità, ossia la classicità dei principî ivi affermati, e non ci permettono di trarne sicure argomentazioni.

Sulla integrale genuinità del testo sono da fare alcune riserve: in primo luogo la limitazione del regime dell'*adnotatio* ai soli *crimina* capitali, sulla quale anche Lauria ha sollevato qualche obiezione ⁽⁴⁸⁾; poi il riferimento alla *iniuria iudicis* ⁽⁴⁹⁾ ed altre sospette espressioni riportate nel resto del frammento. Nonostante gli evidenti rimaneggiamenti, non cambia, tuttavia, minimamente la situazione che a noi interessa mettere in evidenza. Secondo il principio affermato categoricamente dall'imperatore in questo rescritto ⁽⁵⁰⁾, non è possibile sottoporre a giudizio un assente a sua insaputa ⁽⁵¹⁾, perciò, prima

⁽⁴⁸⁾ *Op. cit.*, p. 326 nt. 1. Se, infatti, è certo che, ad un dato momento, si vieta la condanna dell'assente, stabilendo la necessità dell'*adnotatio* (cfr. p. 325) e ciò tanto nei processi dell'*ordo* che della *cognitio*, non è altrettanto sicuro che in seguito si sia operata questa discriminazione fra reati capitali e non capitali. Anche BRASIELLO, *op. cit.*, ritiene che l'*adnotatio*, della quale si comincia a parlare sotto Antonino Pio, non subisse limitazioni, per la sua applicabilità, in relazione al carattere del reato, per lo meno nell'età classica, e aggiunge (p. 32): « 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 ».

⁽⁴⁹⁾ Il problema dell'*iniuria iudicis*, secondo quanto afferma il DAUVILLIER, nell'indagine ad esso dedicata (*Théorie de l'«iniuria iudicis» dans la procédure formulaire*, in « Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse », 13 (1937), p. 147 ss.) si sviluppa nel procedimento formulare: limitato, dapprima, al solo errore di fatto, esso si è poi esteso all'errore di diritto, a proposito del quale i giuristi dell'ultima età classica prevedono un caso di nullità che non opera *ipso iure*, ma deve essere dichiarata dal giudice in seguito ad un ricorso senza le forme dell'appello. Sostiene ancora il DAUVILLIER che l'istituto in questione decadde contemporaneamente all'affermarsi dell'appello, trovando applicazione solo nei casi in cui quest'ultimo non era valido o non era più possibile. Per tutto ciò appare molto strano l'inserimento dell'*iniuria iudicis* in un passo relativo al processo penale, a meno che non si voglia ricollegare tale espressione all'altra, contenuta nell'ultima parte del testo: « *novo more et contra formam constitutionum* », ossia a quel principio che appare formulato per la prima volta all'epoca dei Severi e prelude alla concezione della monarchia assoluta (cfr. ORESTANO, *op. cit.*, p. 276 ss.); con tutto ciò l'espressione ci sembra senz'altro estranea, in origine, al frammento.

⁽⁵⁰⁾ Egli si riporta, evidentemente, ad una regola tramandata da una lunga tradizione, come si desume dall'espressione usata: « *novo more et contra formam constitutionum* ».

⁽⁵¹⁾ In materia di giudizi contro gli assenti e di *adnotatio*, rimandiamo ancora una volta a BRASIELLO, *op. cit.*, il quale mantiene nettamente distinti i due sistemi dell'*ordo* e della *cognitio*; v. altresì la critica che LAURIA, *loc. cit.*, muove

che sia formulata l'accusa specifica nei suoi confronti, deve essergliene data comunicazione. Nel caso sottoposto all'imperatore, il *praeses provinciae*, pur non essendo stata effettuata la *denuntiatio*, ha condannato l'accusato che nulla sapeva (« *absentem et ignorantem* »): in base al principio sopra enunciato viene quindi riconosciuta al condannato la possibilità di ricorrere al prefetto del pretorio per manifesta iniquità della sentenza. Tale situazione presenta una indubbia analogia con

Cic., *Verr.* II, 2, 39, 95 :

Cum Sthenius absens reus factus esset, de absente iudicium nullum fieri placere, et, si quod esset factum, id ratum esse non placere,

con la sostanziale differenza che qui nessuna impugnazione è necessaria perchè la nullità è di per sè operante, mentre nella costituzione citata il vizio deve essere fatto valere mediante la specifica richiesta al prefetto del pretorio di un provvedimento, che sembra rientrare nei poteri discrezionali riconosciuti a tale funzionario (« *qui quidquid... deprehenderint, pro sua iustitia reformabunt* ») ⁽⁵²⁾.

contro tale discriminazione, con notevoli richiami testuali. Cfr. del resto, su questo problema, anche ORESTANO, *op. cit.*, p. 353 ss.

⁽⁵²⁾ Proponibilità del gravame: ecco quanto possiamo ricavare dall'ultima parte del frammento, che presenta alcune contraddizioni con quanto la dottrina moderna ha rilevato in tema di nullità e di proponibilità dell'appello, sia pure nell'ambito del processo privato. Pensiamo, tuttavia, data l'indubbia affinità ormai esistente fra *cognitio* civile e penale, di poter usufruire dei risultati conseguiti dalla dottrina e di applicarli, con le dovute cautele, alla fattispecie in esame. Sappiamo dunque che nel corso dell'età classica venne sancita la nullità delle sentenze rese « *contra formam constitutionum* » (cfr. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano 1961, p. 22, ed ORESTANO, *loc. cit.*) e che non era necessario l'appello per far dichiarare la nullità di una sentenza — anche se vi era una prassi in tale senso, prassi contrastata da frequenti decisioni della cancelleria imperiale che voleva evitare il ricorso ad un uso anomalo dell'appello, tendente in tal caso, infatti, ad una dichiarazione di inesistenza e non ad una nuova pronunzia (RAGGI, *op. cit.*, pp. 25-26). D'altro canto sappiamo che in un primo momento la sentenza contro l'assente « non era considerata assolutamente nulla... e contro

A nostro avviso, si può senz'altro parlare di *denuntiatio* come istituto di generale applicazione nell'ambito del processo penale. Il Boyé ⁽⁵³⁾ ha tuttavia ritenuto opportuno distinguere la *denuntiatio* inviata dal marito alla moglie, nell'accusa di adulterio, che egli configura come atto privato, non introduttivo di istanza, da quella vera e propria, in cui vede « une citation semi-officielle ». I testi sui quali l'A. fonda le sue affermazioni non ci sembrano del tutto probanti, senza considerare che si riscontrano in essi delle modificazioni talvolta sostanziali del contenuto originario ⁽⁵⁴⁾. D'altra parte, un passo di Ulpiano toglie in proposito ogni e qualsiasi dubbio. Leggiamo infatti in

D. 48, 5, 18 pr. (Ulp. 2 *ad l. Iul. de adult.*):

Denuntiasse qualiter accipiamus utrum ad iudicem, an

di essa veniva concessa la *restitutio in integrum* o anche l'appello... dalla metà del III secolo... ne appare invece affermata la nullità » (RACCI, *op. cit.*, pp. 38-39). Resta dunque difficile classificare questo genere di ricorso: da un lato, infatti, si configura come appello, poichè postula un riesame della questione da parte del prefetto del pretorio, giudice di secondo grado rispetto al *praeses provinciae*; d'altra parte, però, considerando come vizio della sentenza la violazione di legge (causa di nullità), l'appello è di per sè improponibile, e considerando, poi, il fatto della pronunzia contro un assente, ci troviamo ancora di fronte ad un caso di nullità (almeno dalla metà del II secolo d. C. in poi), che esclude, naturalmente, la proponibilità dell'appello. L'indagine del RACCI, sopra citata, ci offre, indirettamente, la chiave per risolvere il problema: infatti l'A., esaminando un altro passo tolto da una costituzione di Gordiano (come quello in questione) relativo al processo civile (C. 7, 43, 3), dopo aver rilevato un'analoga contraddizione, conclude che la seconda proposizione, rimaneggiata, « rivela un maldestro tentativo di conciliare l'originaria ipotesi di un appello contro la pronuncia a carico dell'*absens ex iusta causa* (appello concepito come mezzo applicabile a sentenza valida), con il posteriore orientamento, che considerava nulle le stesse sentenze... » (p. 42). L'originaria ipotesi di C. 7, 43, 3 è anche quella del nostro passo: la sentenza è valida e il vizio che le si riconosce è non tanto la violazione di legge, quanto la pronunzia contro un assente (non ancora affermata come causa di nullità della sentenza); di conseguenza appare proponibile l'appello, con tutte le sue conseguenze. In seguito, divenuto improponibile l'appello, si è fatto ricorso ad altri mezzi più adatti: così si spiega il successivo inserimento dell'inciso « *iniuria iudicis* », eliminata ogni esplicita allusione al precedente tipo di ricorso.

⁽⁵³⁾ *Op. cit.*, p. 263 nt. 80.

⁽⁵⁴⁾ Infatti, il primo, Paul. Sent. 5, 6, 14, non attesta che la necessità della comunicazione; il secondo, D. 48, 16, 4 (anch'esso già citato precedentemente), dice

vero simpliciter? ego etsi non denuntiavit ad iudicem, *sufficere credo*, si adulterii se acturum denuntiaverit.

Dal frammento si desume che esistono due forme per effettuare validamente la *denuntiatio*: una più solenne « ad iudicem », ed una più semplice, stragiudiziale (secondo i §§ 4 e 5 dello stesso frammento, essa può compiersi anche per mezzo di un servo o di un *procurator*) ⁽⁵⁵⁾, e, a quanto pare, il giurista ritiene che in caso di adulterio sia sufficiente la seconda forma, senza tuttavia escludere, anzi dando la preferenza all'altra, che

solo che non trova applicazione il S.C. Turpilliano, qualora la donna abbia desistito « post interpositam denuntiationem ». Qualunque valore si attribuisca a questa *denuntiatio* (citazione semiufficiale od atto equivalente a *delatio*), la sostanza del discorso non cambia, poichè, trattandosi di un atto che non determina in modo definitivo la costituzione del rapporto, è naturale che si escluda l'applicabilità del senatoconsulto. Le argomentazioni del Boré si riducono, praticamente, ad un solo testo, D. 48, 5, 40, 6 (Pap. 15 *resp.*): « Duos quidem adulterii, marem et foeminam, propter commune crimen simul non iure nec a viro postulari convenit; cum tamen duobus denuntiatum fuisset ab eo, qui postea desistere volebat, abolitionem esse necessariam in utriusque persona respondi », richiamato da Marciano in D. 48, 16, 1, 10. Il testo appare in netta contraddizione con un altro frammento precedentemente citato (D. 48, 5, 16, 9) il quale, alla simultanea *delatio* dei due correi, riconduce come conseguenza la nullità degli atti compiuti (« si quis et adulteram et adulterum simul detulit, nihil agit... »), senza considerare poi che il frammento di Marciano, riportante l'opinione di Papiniano, è concordemente ritenuto, dalla dottrina, rimaneggiato. Cfr., al proposito, SOLAZZI, *loc. cit.* Inoltre, se con la *denuntiatio* il rapporto non si è ancora costituito — e su questo punto è d'accordo anche il Boré — non si vede la necessità di chiedere l'*abolitio*: essa si riporta, se mai, alla conclusione della fase preliminare, e non certo al compimento della sola *denuntiatio*. Una volta ammessa l'interpolazione, sorge ora il problema di spiegarne i motivi. La spiegazione, molto probabilmente, si trova nella diversa struttura assunta dal processo penale in età postclassica e giustinianea: non esiste più, infatti, un procedimento preliminare, in quanto esso si è ridotto, per la parte riservata al privato, alla presentazione di un'accusa scritta o di una semplice delazione (ricordiamo C. 9, 2, 8), e alla dichiarazione di sottostare alla pena, nel caso in cui le affermazioni del denunciante non risultino provate. Tale limitata attività si sostituisce allora ai vari atti un tempo compiuti dall'accusatore e ne assume man mano i nomi; per questo noi troviamo indifferentemente usati, con riferimento all'attività dell'accusatore: *postulatio*, *delatio*, *subscriptio*, *denuntiatio*.

⁽⁵⁵⁾ Al frammento esaminato può forse ricollegarsi, per un probabile riferimento alla *denuntiatio* non solenne l'inciso « vel ad domum mulieris missa » di D. 48, 5, 40, 3. Cfr., *supra*, p. 86.

doveva essere indubbiamente la più usata. La forma più solenne, dunque, è la regola per ogni genere di reato, anche se per l'adulterio è uno dei termini dell'alternativa; in pratica, perciò, le varie *denuntiationes* sono da porre sullo stesso piano, non sussistendo alcuna differenziazione di carattere sostanziale.

Il testo esaminato permette di risolvere un altro quesito, implicitamente già posto, e cioè quando debba essere compiuto questo importantissimo atto: poichè, infatti, il contenuto della *denuntiatio* da compiere è chiaramente riassunto dall'espressione « se acturum », è chiaro che essa si riporta ad un momento anteriore alla *delatio*, che rappresenta l'effettivo esercizio dell'azione.

5. La *delatio* si conclude con una richiesta all'autorità competente designata dalle fonti col termine *postulatio* ⁽⁵⁶⁾ e, dopo l'introduzione dei *libelli*, col deposito di questi ultimi presso il Tribunale, deposito che precede nel tempo, ma non immediatamente, l'atto di recezione. Infatti, come si deduce, fra l'altro da

D. 48, 5, 2, 8 (Ulp. 8 *disput.*):

... maritus praeferatur... etsi pater praevenierit et libellos inscriptionum deposuerit, idem sit dicendum... ⁽⁵⁷⁾,

⁽⁵⁶⁾ Il LEIFER, *loc. cit.*, studiando il valore del termine *postulatio* — che già sul finire dell'epoca classica appare promiscuamente usato con *delatio*: cfr. anche *retro* p. 70 ss. — afferma che nell'ambito del processo penale esistono due *postulationes*: l'una apre il procedimento preliminare alla *delatio*, l'altra lo conclude, concretandosi nella richiesta al magistrato di accogliere il *nomen* e mettere definitivamente in stato di accusa la persona indicata. Pur non mettendo in dubbio che di *postulatio* se ne parli anche in tale circostanza, non ci sembra che nel momento storico di cui ci stiamo occupando possa sussistere una differenziazione fra l'una e l'altra *postulatio* (lo stesso Leifer ammette che in questo periodo *postulatio* e *delatio* divengono sinonimi): hanno ambedue il valore originario, e mai perduto, di istanza presentata al magistrato al fine di ottenere da lui un atto o un provvedimento.

⁽⁵⁷⁾ Sulla genuinità dell'intero frammento hanno sollevato riserve sia il

intercorre un certo tempo fra il deposito dei *libelli* e la costituzione del rapporto processuale, tanto che è data al marito la possibilità di intervenire, purchè entro il termine stabilito per l'esercizio *iure viri* (⁵⁸). Ora, se la costituzione del rapporto fosse immediatamente successiva al deposito, nessun privilegio del marito (e molti gli sono stati riconosciuti da varie leggi nel corso dei secoli) (⁵⁹) potrebbe porlo nel nulla. La ragione di questo intervallo è forse da ricercare nella necessità, da parte del magistrato, di esaminare e controllare, da un punto di vista formale, l'accusa presentata, ossia di accertarne la regolarità e la conformità alle norme in vigore (⁶⁰). Quanto detto trova esatto riscontro in alcuni testi che brevemente richiamiamo incominciando da

D. 48, 2, 3, 1 (Paul. 3 *de adult.*):

Quodsi libelli inscriptionum legitime ordinati non fuerint, rei nomen aboletur, et ex integro repetendi reum potestas fiet.

VOLTERRA, *op. cit.*, che il KUNKEL, *Diligentia*, in « ZSS. », 45 (1925), p. 289 nt. 3.

Certamente la costruzione lascia in più punti molto a desiderare, soprattutto nella motivazione. Ciò nonostante, tali critiche non ci sembrano investire la parte che direttamente ci interessa.

(⁵⁸) Questo termine aveva la durata di 60 giorni. Risulta da altri testi (D. 48, 5, 4, 1 e D. 48, 5, 11, 6), che entro tale termine l'accusa di adulterio era riservata al padre ed al marito (*iure viri*), con preferenza al secondo sul primo; decorsi inutilmente i 60 giorni, potevano accedere all'accusa anche gli estranei. A questo particolare regime dell'accusa di adulterio accennavano già Tac., *Ann.* 2, 85 e Plin., *Ep.* VI, 31, 4.

(⁵⁹) Non è facile stabilire in cosa potessero consistere questi privilegi riconosciuti al marito per l'accusa di adulterio. Il LAURIA, *op. cit.*, p. 346 nt. 1, ponendosi il problema, esclude possa trattarsi di esenzione dalla pena per la calunnia o per la desistenza, sulla base di precisi dati testuali, e non ritiene accettabile la tesi del VOLTERRA — che cioè le facilitazioni consistessero nell'esenzione dall'osservanza di formalità — in quanto più volte si afferma la necessità per il marito di « *sollemnia accusationis implere* ». Secondo il LAURIA, non resta che esercitare l'*ars nesciendi*.

(⁶⁰) Tale controllo veniva senza dubbio esercitato anche al tempo della sola *delatio* orale, ma nell'esercizio di un limitato potere discrezionale, come lascia supporre lo svolgimento del processo senatorio (che presenta numerosi punti di contatto con quello accusatorio tradizionale) nei confronti dell'accusa orale.

Se i *libelli* non sono stati compilati nel rispetto delle norme, « legittime », non avranno alcuna efficacia nei confronti della persona accusata e, posti nel nulla tutti gli atti compiuti, l'azione dovrà essere nuovamente esperita: « ex integro repetendi reum potestas fiet ». Analoga disposizione è contenuta in

D. 48, 5, 16, 9 (Ulp. 2 *de adult.*):

Si quis et adulterum et adulteram simul detulit, nihil agit, poteritque, quasi neutrum detulerit, rursus a quo velit initium facere.

La *delatio* nei confronti dei due correi non è valida e l'azione può nuovamente essere intentata, naturalmente nei confronti di uno dei due. Passiamo ora a

D. 48, 5, 35 (Mod. 1 *regul.*):

Accusaturus adulterii, si quid circa inscriptionem erraverit, si tempora largiantur, emendare non prohibetur, ne causa aboleatur.

Nel caso che si riscontri un qualche errore nell'*inscriptio* — l'uso del termine è qui senz'altro improprio, sottintendendosi la parola *libelli* — l'accusatore, entro il termine stabilito per l'esercizio dell'accusa, sarà ammesso ad una correzione. Apparentemente questo testo si trova in aperto contrasto con i due sopra esaminati, soprattutto con il primo, ma in sostanza, anzichè reciprocamente escludersi, questi frammenti si integrano; e, infatti, mentre D. 48, 2, 3, 1, pone la regola generale, prevedendo un'*abolitio* dell'accusa, nel caso di un vizio che in termini moderni potremmo definire violazione di legge ⁽⁶¹⁾ (« quodsi... legitime ordinati non fuerint »), D. 48, 5, 35 ne chiarisce e limita la portata, escludendo tale conseguenza, allorchè si tratti di una pura irregolarità (« si quid circa inscriptionem erraverit »). In

⁽⁶¹⁾ Tale vizio era già contemplato come causa di nullità fin dall'epoca dei Severi: cfr. RACCI, *op. cit.*, pp. 21-22 e ORESTANO, *op. cit.*, p. 278.

ambidue i testi appare evidente la funzione che esercita il magistrato, il controllo successivo all'accusa, ma anteriore alla dichiarazione di accoglimento: si potrebbe dire che, col deposito dei *libelli*, si apre una fase autonoma di delibazione. Non è infatti concepibile che l'accusatore di sua iniziativa modifichi, o, comunque, corregga l'atto di accusa già presentato; sarà invece il magistrato che, riscontrata l'irregolarità, ove questa sia sanabile, inviterà l'altro a correggerla.

All'atto del deposito dei *libelli* fanno riferimento, con maggiore o minore chiarezza, molti altri testi. Oltre a D. 48, 5, 8 - 48, 2, 3, - 48, 5, 35 (in cui si trova l'espressione ellittica 'in-scriptio'), citiamo ancora

D. 48, 5, 11, 3 (Pap. *l.s. de adult.*):

... se libellis praesidi datis testatus...

C. 9, 1, 1 (*Impp. Severus et Antoninus AA. Silvano*, a. 195):

...tametsi prior inscriptionem deposuisti... (⁶²),

D. 48, 16, 15, 5 (Macer 2 *publ.*):

Qui post inscriptionem ante litem contestatam, anno [vel biennio] agere non potuerint [variis praesidum occupationibus] <publicorum> vel etiam civilium officiorum necessitatibus districti, in senatusconsultum non incident.

Contro Wlassak, il Biscardi ha dimostrato che il testo, ad eccezione di [vel biennio] e di [variis praesidum occupationibus], è da considerare genuino e, di conseguenza, anche il riferimento alla *litis contestatio*. In base all'interpretazione del fram-

(⁶²) Possiamo aggiungere altri testi, chiaramente dell'età postclassica, tanto più notevoli, in quanto ci confermano il perdurare del principio accusatorio, cui si informa ancora la procedura; C. 9, 42, 3, 1 (a. 369): «...inscriptionis illatae...»; C. 9, 1, 9 (a. 374): «...inscriptiones... deponere».

mento proposta dal Biscardi ⁽⁶³⁾, con validissime argomentazioni, appare chiaro che il deposito dei *libelli* — pur non avendo valore costitutivo, valore che si riporta invece, secondo il giurista, al *contestari litem*, quindi ad un atto o ad atti che vengono compiuti successivamente — sembra produrre altri effetti in un certo senso più limitati, ma ugualmente importanti; solo la dimostrazione di motivi riconosciuti legittimamente validi, può, infatti, sottrarre l'accusatore desistente alle sanzioni previste dal S.C. Turpilliano, mentre, quando il rapporto è validamente costituito, non esiste altra possibilità di eludere il senatoconsulto, se non ottenendo l'*abolitio* ⁽⁶⁴⁾.

Il frammento di Macro ci richiama alla mente l'intervallo, di cui poc'anzi abbiamo parlato, intercorrente fra il deposito dei *libelli* e l'iscrizione a ruolo dell'accusa e quindi la costituzione del rapporto. Nei passi precedentemente esaminati, del resto, si affermava che era possibile una correzione in caso di irregolarità non sostanziali, ma che l'accusa cadeva solo in caso di riscontrata nullità (e solo allora poteva essere rinnovata); argomentando *a contrariis* niente poteva e doveva fermare l'accusa in qualsiasi altro caso e Macro ce lo conferma: la desistenza

⁽⁶³⁾ Cfr. *Sur la litis contestatio*, cit., p. 319: « Macer confirmait par dérogation le régime du S. C. Turpillien. En vertu de celui-ci, il fallait punir les accusateurs n'ayant pas accompli dans un an tous les actes judiciaires destinés à la poursuite du prévenu; le commentateur du S. C. précisait à son tour qu'on n'aurait pas pu incriminer les accusateurs s'étant désistés de ces actes (*qui post inscriptionem... agere non potuerint*) en raison de motifs reconnus légitimes, mais à la condition que leur désistement se soit vérifié avant et non après l'accomplissement du *litem contestari* ». Cfr. ancora p. 322: « La peine edictée par le S. C. Turpillien (61 d. C.) frappait en droit classique tous ceux qui, ayant porté une accusation criminelle contre quelqu'un, se désistaient d'elle n'accomplissant pas dans un an tous les actes judiciaires destinés à la poursuite du prévenu, sans qu'aucune *abolitio* — faut-il ajouter maintenant — n'eût été accordée. A l'égard de cette règle ayant force de loi, la jurisprudence avait toutefois établi, par voie d'interprétation, que l'accusateur se désistant pour un motif reconnu légitime ne devait pas être considéré comme un véritable *tergiversator* (et il n'aurait donc pas été punissable), pourvu que son désistement se fût vérifié avant et non après l'accomplissement de la *litis contestatio* ».

⁽⁶⁴⁾ Che può essere pubblica o privata: cfr., del resto, FERRINI, *op. cit.*, p. 28.

dopo il deposito non era punita solo se sussistevano legittimi motivi ⁽⁶⁵⁾.

Ai testi già esaminati possiamo aggiungere ancora

C. Th. 9, 19, 4, 1 (*Impp. Valent., Valens et Grat. AAA. ad Maximum p.p.*, a 376):

Rationi quoque huiusmodi plenissime suffragatur antiquitas quae nequissimos homines et argui voluit et coherceri legibus variis... ita promulgatis; ut possit etiam sine inscriptione cognosci, poena tamen accusatorem etiam sine sollemnibus occuparet.

La costituzione, postclassica, che si ricollega, tuttavia, a principî di antica tradizione (« plenissima suffragatur antiquitas »), ricorda che, in base alle varie *leges iudiciorum publicorum*, era possibile derogare ad alcune formalità dell'accusa, previa autorizzazione del giudice competente; i criminali possono essere perseguiti (*cognosci*) anche senza *inscriptio* « pur colpendo la pena in ogni caso l'accusatore temerario, anche se non ha compiuto i *sollemnia*, perchè dispensato » ⁽⁶⁶⁾.

Evidentemente *inscriptio* non sta qui ad indicare l'atto magistratuale dell'iscrizione a ruolo: non si può, infatti, pensare ad un processo instaurato senza un atto del genere, sia che si proceda su accusa di un privato che d'ufficio. *Inscriptio*, anche qui, serve ad indicare, ellitticamente, il deposito dei *libelli*: di conseguenza ci troviamo di fronte ad un caso di processo iniziato d'uf-

⁽⁶⁵⁾ Forse proprio a queste disposizioni può ricollegarsi quell'imprecisabile privilegio a favore del marito: egli ha cioè la possibilità di ritirarsi anche dopo il deposito dei *libelli* (ed a ciò probabilmente allude la disposizione contenuta in C. 9, 9, 17), non incorrendo nella pena, come gli altri, ma incontrando, tuttavia, un ostacolo nella ulteriore proponibilità della stessa azione, come si deduce da C. 9, 9, 16, 2, che, con riferimento ad una *lex Petronia* e ad un *decretum patrum*, non meglio identificati, prevede appunto per il marito desistente dopo la *delatio*, la sola impossibilità di ripresentare la stessa accusa.

⁽⁶⁶⁾ BISCARDI, *Processo civile e processo penale*, cit. p. 170.

ficio, non escludendosi, ma anzi presupponendosi una delazione. La costituzione si riallaccia all'altra di Diocleziano, esaminata a proposito dei *libelli*, dove si metteva in risalto la contrapposizione, tipica poi dell'età postclassica, fra accusa accompagnata dai *libelli* e semplice delazione ⁽⁶⁷⁾. Forse proprio per questa circostanza (mancanza dei *libelli inscriptionum* e quindi di un vero e proprio accusatore) ⁽⁶⁸⁾ i *sollemnia* sono esclusi e, sia pure con le dovute riserve, possiamo inferirne che la presentazione dei *libelli* costituisce il necessario presupposto per questi ultimi.

Vediamo ancora

C. 9, 35, 11 (*Imp. Zeno A. Alexandro viro illustri*, a. 478):

Si quando iniuriarum actio... criminaliter forte movetur, ipsos quidem, qui super iniuria queruntur, inscribere aliaque omnia, quae in huiusmundi causis de more procedunt, sollemniter observare decernimus.

Con un esplicito riferimento ad una consuetudine processuale, da gran tempo affermata (« de more procedunt »), la costituzione, piuttosto tarda, richiede, per il valido esercizio dell'azione penale, il compimento di una serie di atti (« inscribere aliaque omnia... sollemniter observare »), il primo dei quali è appunto l'*inscriptio*. Di essa si parla come di un atto compiuto dall'accusatore, cui devono far seguito altri atti, rivestiti di una particolare determinata forma: *sollemniter observare*. Notevole è la corrispondenza col precedente frammento di Marco, tra « inscribere aliaque omnia... sollemniter observare » dell'uno e « post inscriptionem ante litem contestatam » dell'altro.

⁽⁶⁷⁾ C. 9, 2, 8.

⁽⁶⁸⁾ Il termine « accusatore » è usato in senso improprio, col valore di 'delatore'.

6. E' chiaro quindi che di *inscriptio* si parla ora in una accezione molto diversa da quella conosciuta all'epoca di Cicerone. Quali sono le cause di tale trasformazione? Esse sono probabilmente da ricercarsi nella diversa organizzazione raggiunta dal processo penale e, in particolare, nella diversa economia processuale. Nell'ambito di una più minuta regolamentazione del processo in generale, di una semplificazione della fase preliminare e soprattutto anche in vista di una maggiore conformità al mutato clima politico, pernio della fase preliminare diviene l'*inscriptio* e in questo termine, denso di significato, si mette in evidenza il carattere ormai determinante dell'intervento magistratuale.

L'*inscriptio* è l'atto in vista del quale tutti gli altri vengono compiuti e in nome del quale si raggiunge un principio di unità. Essa sintetizza e raccoglie in sè gli altri atti che l'accompagnano: abbiamo incontrato i *libelli inscriptionum*, abbiamo poi visto che *inscriptio* è talvolta usata per indicare, ellitticamente, il deposito dei *libelli inscriptionum*, inoltre si parla di *vinculum inscriptionis*, come vedremo poi oltre. L'*inscriptio* rappresenta dunque la molla centrale dell'ingranaggio, l'elemento sostanzialmente unificatore. Esteriormente, formalmente, il punto di contatto è costituito invece dalle *tabulae publicae*, come si rileva da

C. Th. 9, 3, 4 (*Impp. Valent. et Valens AA. ad Valerium, vic. Hispaniarum*, a. 365):

Nullus ante carceris custodiae mancipetur, quam ab eo, qui in accusationem eius erupit, in codice publico sollemnia inscriptionis impleta sint.

Oltremodo significativo l'uso di *sollemnia*, che fin troppo chiaramente indica un complesso di formalità, ancora ricomprese nell'ambito della *inscriptio*: tali formalità devono essere com-

piute nel *codex publicus*, costituito da un insieme di *tabulae publicae* ⁽⁶⁹⁾.

Di estremo interesse ci appare anche

C. 9, 1, 10 (*Imp. Gord. A. Mucatraulo militi*, a. 239):

Si crimen ad tuam tuorumque iniuriam pertinens exequeris, sollemnibus te inscriptionibus adstringe.

In base a questa costituzione, della cui genuinità non ci sembra si possa ragionevolmente dubitare, l'accusatore, volendo perseguire un reato che ha offeso lui stesso o i suoi congiunti ⁽⁷⁰⁾, dovrà « se adstringere » per mezzo di « sollemnes inscriptiones »: su questi due elementi è necessario fermare la nostra attenzione. Innanzitutto « sollemnes inscriptiones » rivela una innegabile analogia col passo sopra esaminato e con un'altra caratteristica espressione, « sollemnia accusationis », cui viene naturalmente attribuito il valore di « complesso delle formalità richieste per l'accusa ». Ora, a nostro avviso, *inscriptio* è qui usata con un valore ben diverso da quello originario e sta ad indicare qualcosa di più che la semplice trascrizione. Non è mutato il suo contenuto materiale, anzi strumentale, in quanto essenzialmente essa indica ancora l'atto magistratuale con cui l'accusa è ricevuta e iscritta a ruolo, secondo gli estremi forniti dal libello; ciò risulta confermato dai passi in cui si parla di « *tabulae publicae* » ⁽⁷¹⁾ o si dice « *de reis exemptus est* » ⁽⁷²⁾. *Inscriptio*, tuttavia, non ha più il valore dell'iscrizione a ruolo del tempo di Cicerone; allora essa non era che una integrazione della *receptio*, atto formale che

⁽⁶⁹⁾ Vedi LAFAYE, in DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire*, cit., s. v. *Tabularium*; cfr. anche MOMMSEN, *op. cit.*, II, p. 206 nt. 2, che, in relazione alle *tabulae publicae*, afferma: « Cette désignation se rencontre aussi ailleurs comme terme technique *Codices* est également employé dans ce sens: Cicéron, *Verr.* 1, 46, 119; Sénèque, *De brev. vitae* 13, 4: *publicae tabulae codices dicuntur* ».

⁽⁷⁰⁾ Notevole la precisazione; in effetti solo entro questi limiti è ormai proponibile un'accusa.

⁽⁷¹⁾ Cfr. C. Th. 9, 3, 4.

⁽⁷²⁾ Vedi D. 48, 2, 11, 2.

valeva di per sè a costituire il rapporto — senza incidere sulla perfezione dell'atto; ora, mentre la *receptio*, come risulta da varie innegabili testimonianze ⁽⁷³⁾, è venuta meno alla sua funzione come tutti gli atti essenzialmente formali, l'*inscriptio* costituisce l'intervento autoritativo, la vera ed efficace manifestazione di volontà del magistrato, nelle mani del quale sono ormai le redini del processo, sia stata o meno presentata un'accusa; nè

(73) Il termine *receptio* viene menzionato nelle fonti sempre con minor frequenza. Al frammento di Papiniano, D. 48, 5, 16, 7, precedentemente citato a proposito delle *praescriptiones*, possiamo aggiungere D. 48, 2, 12, 4 (Ven. 2 *de iud. publ.*): « Item Cornelia iniuriarum servum non debere recipi reum, Cornelius Sulla auctor fuit, sed durior ei poena extra ordinem imminet » e D. 48, 5, 11, 2 (Pap. l. s. *de adult.*): « Ea quae inter reas adulterii recepta esset, absens defendi non potest ». In ambedue i frammenti riportati, *recipere* sta ad indicare che il processo è definitivamente instaurato: nel primo è nettamente contrapposto a « durior ei poena extra ordinem imminet », col conseguente valore di attività che permette l'applicazione della pena negli *iudicia publica*; nel secondo è ancor più chiara la dipendenza della fase del giudizio dal compimento della *receptio*, dal momento che si esclude, dopo tale atto, la possibilità, per la donna assente, di essere difesa (ovviamente nel corso del giudizio). Molto significativa è l'espressione qui usata « *recipere inter reos* »: nella *lex Sempronia* si parlava infatti di *nomen recipere* e, analogamente, in Cicerone avevamo trovato « *nomen absentis recipere* », formula in cui *recipere* aveva un preciso oggetto, indicava cioè l'atto con cui il magistrato formalmente dichiarava di accogliere l'accusa nei confronti di una determinata persona; « *recipere inter reos* » ha invece un valore sostanzialmente diverso, indicando piuttosto l'effetto che si produce in seguito ad una certa attività e dimostrando, al tempo stesso, che il termine *recipere*, se pure viene ancora usato, ha assunto ormai un valore generico e quindi atecnico. Possiamo qui richiamare anche una tarda costituzione nella quale, tuttavia, a parte il riferimento alla *custodia*, la successione degli atti è, a nostro avviso, rimasta immutata. Si tratta di C. Th. 9, 2, 6 (*Imp. Hon. et Theod.*): « Si quos praecepto iudicium praemisso inscriptionis vinculo reos factos adminiculum curiae propriae dirigere iussum fuerit, municipalis actis interrogentur, an velint iuxta praeceptum triumphalis patris nostri XXX diebus sibi concessis sub moderata et diligenti custodia, propter ordinationem domus propriae parandosque sibi sumptus in civitate residere ». E' interessante notare che l'effetto ricondotto al *praeceptum iudicium* e al *vinculum inscriptionis* è *reos facere*, formula altrettanto indeterminata quanto *inter reos recipere*, cui forse si è sostituita con l'andar del tempo. Tale espressione, tuttavia, ci richiama alla mente « Gabinium de ambitu reum fecit Sulla » (Cic., *ad Q. fr.* 3, 3) e la considerazione che al proposito avevamo fatta (cfr. *retro*, p. 50): la formula *reum facere* sintetizza chiaramente tutta l'attività compiuta nella fase preliminare, indicando il fine che si intende raggiungere attraverso l'esercizio dell'accusa.

diversamente potrebbe essere, dal momento che ci stiamo avviando verso la monarchia assoluta.

Ma in C. 9, 1, 10, si usa l'imperativo « te adstringe » : cioè, accanto all'indicazione di un atto molto importante, che non può non riflettere anche l'intervento magistratuale, traspare l'intervento fattivo dell'accusatore, come già in altri frammenti precedentemente citati ⁽⁷⁴⁾. Come si configura praticamente questo intervento dell'accusatore? In un primo senso come un'assidua vigilanza a che tutti gli atti richiesti, in particolare quelli di competenza del magistrato, vengano puntualmente compiuti; ma qualcosa di più particolare e specifico si nasconde in « adstringe ». Il verbo « adstringere », nella sua più comune accezione, vale « vincolare, legare strettamente », quindi anche creare un vincolo, come del resto conferma la definizione di *obligatio*, conservataci in

Inst. 3, 13 pr. :

Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura ⁽⁷⁵⁾.

In primo luogo ci appare di estremo interesse l'uso di un termine uguale a quello proprio degli obblighi di natura privatistica, il che fa senz'altro pensare ad un vincolo inderogabile; in secondo luogo, il fatto che si prescriva « te adstringe » induce a riportare il sorgere del *vinculum* ad un atto dell'accusatore. Del resto anche altre costituzioni, ricordando il vincolo, mettono in risalto un'analoga e stretta dipendenza dalla volontà dell'offeso: così avviene in

⁽⁷⁴⁾ Così in D. 48, 16, 15, 5; C. 9, 35, 11; C. Th. 9, 3, 4; C. 9, 3, 2, 1.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. l'analoga espressione in Gai., 3, 87: « ... nihil enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, an iuris necessitate hereditati adstringatur ». Per la critica di I. 3, 13 pr. vedi tuttavia BISCARDI, *Secundum nostrae civitatis iura*, in « Studi Senesi », 63 (1951), p. 70 ss.

C. Th. 9, 1, 11 (*Impp. Valent. Valens et Grat. AAA. ad Florianum com.*, a. 373);

Nullus secundum iuris praescriptum crimen quod intendere proposuerit exequatur, nisi subeat inscriptionis vinculum,

e in

C. 9, 2, 17 (*Impp. Hon. et Theod. AA. consulibus... salutem dicunt*, a. 423):

Sed quisquis ille est qui crimen intendit, in iudicium veniat, nomen rei indicet, vinculum inscriptionis adripiat... ⁽⁷⁶⁾.

Per altra strada l'esistenza di questo obbligo conferma quanto da noi ipotizzato in relazione a C. Th. 9, 3, 4 e C. 9, 1, 10: infatti il *vinculum* solo indirettamente si ricollega alla vera e propria *inscriptio*, dipendendo piuttosto da atti successivi che ad essa si riconnettono e nel suo nome unitariamente sono ricompresi.

7. L'intervento dell'accusatore, oltre che in un'assidua vigilanza, si concreta in qualcosa di ben più preciso, abbiamo detto, e, particolarmente, con la *subscriptio* che viene apposta nelle stesse *tabulae*, in cui è stata iscritta l'accusa. Ad un atto di tal genere allude senz'altro Paolo in

D. 48, 2, 3, 2 (2 *de adult.*):

Item subscribere debebit is, qui dat libellos, se professum esse, vel alius pro eo, si litteras nesciat.

⁽⁷⁶⁾ Nei confronti di questo testo abbiamo già rilevato in altra parte della presente indagine le ragioni per cui esso può fornire utili elementi anche per l'età classica: v. *retro*, p. 78.

In relazione a questo testo alcuni ⁽⁷⁷⁾ riportano il *subscribere* ai *libelli*, altri ⁽⁷⁸⁾, invece, lo intendono come una sottoscrizione apposta nel protocollo giudiziale, ed è questa, a nostro avviso, la soluzione più giusta. Prima di tutto, l'espressione « *is qui dat libellos* » ci appare una parafrasi, facilmente sostituibile con il termine 'accusatore', serve cioè a specificare la persona che deve appunto *subscribere*. Ma altre considerazioni ci sembrano

⁽⁷⁷⁾ Così BISCARDI, *Processo civile e processo penale*, cit., p. 172.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. in tale senso VOLTERRA, *op. cit.*, p. 24: « Probabilmente per l'inizio dell'accusa si richiedeva la redazione e la sottoscrizione di un libello, quindi la *subscriptio* dell'accusatore nelle *tabulae publicae* o protocollo giudiziale, dove era stata trascritta l'*inscriptio* (si accorderebbero su questo punto Sen., *lud.* 14 e D. 48, 2, 3, 2) ». Analogamente PUGLIESE, *op. cit.*, p. 74: « ... l'iniziativa unilaterale dell'accusatore... si esplicava col *deferre* il *nomen* dell'accusato (*lex Acilia* 4, 6, 9), più tardi col depositare il *libellum inscriptionis* (Paul. D. 48, 2, 3, pr.) e con l'apporre la propria firma negli atti dell'ufficio (*subscriptio*, Paul. D. 48, 2, 3, 2; Ulp. D. 48, 2, 7, pr.) », nonchè più oltre, p. 87 nt. 2: « Del resto la *subscriptio* non era verosimilmente se non una sottoscrizione *apud acta* ».

Concorda con le nostre affermazioni, almeno in parte, WLASSAK (citazione in LEIFER, *loc. cit.*): la *subscriptio*, cioè, non significa l'apposizione del nome al libello di accusa, ma serve piuttosto a precisare definitivamente il *crimen* imputato all'accusato, ed in origine aveva significato un *subscribere* dell'accusatore nelle *tabulae publicae*, e cioè in quel punto del protocollo giudiziale dove era posta l'*inscriptio* (« nicht etwa die Namensunterschrift unter dem Anklagelibell bedeutet, sondern der endgültigen Präzisierung des dem Beschuldigten zur Last gelegten *crimen* diene und ursprünglich möglicherweise ein *subscribere* des Anklägers in den *tabulae publicae* bedeutet habe, und zwar an jener Stelle des Protokolls, wo die *inscriptio* aufgenommen oder auf sie wenigstens verwiesen war »). A questo proposito riteniamo opportuno richiamare anche MOMMSEN, il quale (*op. cit.*, II, p. 57) afferma che l'*inscriptio* nel protocollo giudiziale è fatta dallo stesso accusatore, o da un altro per lui, nel caso si tratti di analfabeta, citando a conferma il frammento di Paolo riportato in D. 48, 2, 3, 2. Pur tuttavia le affermazioni di MOMMSEN sono, a nostro avviso, non fondate e, soprattutto, imprecise, in quanto egli non solo non distingue, come a suo tempo abbiamo già rilevato, *inscriptio* e *subscriptio*, ma identifica altresì l'*inscriptio* con lo schema dei libelli che lo stesso Paolo ci ha trasmesso. Ora, dopo quanto finora detto, pur accogliendo l'interpretazione che l'A. citato dà dell'inciso « *item subscribere debet et rell.* » (riferendo perciò la *subscriptio* al protocollo giudiziale), non possiamo senz'altro accettare le altre affermazioni. Sempre riguardo all'interpretazione di D. 48, 2, 3, 2, vogliamo infine citare PREMIERSTEIN, in PAULY-WISSOWA, *RE.*, s.v. *Libellus*: « Die... *subscriptio* des Klägers (D. 48, 2, 3, 2: *subscribere debet is qui dat libellos se professum esse, vel alius pro eo si litteras nesciat*) scheint sich auf Unterzeichnung des Gerichtsprotokolls, nicht des *l*, zu beziehen, MOMMSEN 385, 5 ».

escludere la prima soluzione: i *libelli*, infatti, con ogni probabilità, venivano compilati fuori del tribunale, non si vede perciò la necessità di una sottoscrizione che non poteva offrire garanzie di autenticità; la stessa circostanza che si richieda, nel caso di accusatore analfabeta, la sottoscrizione di un terzo « pro eo » (dichiarando dunque per chi e per quale ragione si è compiuto un tale atto), sottolinea l'importanza attribuitale. La disposizione riportata da Paolo è pienamente giustificata solo se la *subscriptio* deve essere compiuta in un pubblico registro (le *tabulae publicae*) alla presenza dell'autorità competente, che provvederà ad accertare l'identità tra la persona che ha formulato l'accusa (« se professum esse »), concretandola poi in uno scritto, e l'accusatore, dal momento che proprio in seguito ad essa sorgerà, a carico del soggetto, l'impegno a perseverare fino alla condanna dell'accusato (il *vinculum* di cui molti testi ci parlano).

Cos'altro rappresenta, infatti, la *subscriptio*, se non appunto il riconoscimento delle proprie affermazioni, una volta trascritte nel protocollo giudiziale? E, infatti, nel passo citato, l'accusatore deve *subscribere* « se professum esse », riconoscere cioè la paternità delle dichiarazioni accolte dal magistrato. Non si esclude che anche il libello possa essere sottoscritto, anzi il *subscribere* ricomprende forse nel suo ambito tale aspetto peraltro secondario, ma il libello, pur firmato, mantiene la sua natura di atto meramente privato, esaurendo inoltre la sua funzione nel servire da schema per l'*inscriptio*, mentre la *subscriptio* nelle *tabulae* va ad integrare l'*inscriptio* del magistrato, atto di diritto pubblico. Del resto, lo stesso frammento di Macro, ripetutamente citato (D. 48, 16, 15, 5), alludeva ad un'ulteriore attività dell'accusatore ed ancor più chiaramente vi alludono tutti i frammenti relativi al *vinculum inscriptionis* ⁽⁷⁹⁾. Un'ultima argomentazione può trarsi dalla successione cronologica delle varie parti del frammento in questione. Osserviamo infatti che in primo luogo si

(⁷⁹) Cfr., *retro*, p. 101 ss.

riporta la formula dei *libelli*, facendo un parallelo con le analoghe disposizioni dettate dalla *lex Iulia* (D. 48, 2, 3 pr.); poi si stabilisce la nullità dell'atto di accusa, qualora non sia stata perfettamente osservata la disposizione precedente (nullità che, come abbiamo cercato di mettere in luce in uno dei precedenti paragrafi, viene accertata dal magistrato dopo il deposito dei *libelli*, in seguito ad un controllo di legittimità) (*eod.* §); alla fine si viene a parlare della necessità di una *subscriptio* (§ 2), circostanza che ci sembra riportare tale atto ad un momento successivo anche all'*inscriptio*, mentre il collegamento con i *libelli* è solo indiretto, servendo essi ad indicare la persona cui la sottoscrizione è richiesta.

Tra gli altri testi che ci parlano dell'importanza della *subscriptio* ⁽⁸⁰⁾, il più significativo ci sembra

C. 9, 20, 3 (*Imp. Alex. A. Cornelio*, a. 224):

Ut legis Fabiae poena debeatur, in crimen subscriptio et accusatio et sententia necessaria est,

in cui si stabilisce che gli elementi essenziali per l'applicazione della pena all'accusato sono: prima di tutto la *subscriptio* dell'accusatore, termine nel quale sembrano riassunti tutti gli atti compiuti da quest'ultimo (circostanza che conferma l'importanza determinante di tale atto), poi l'*accusatio*, nell'indubbio valore di 'svolgimento dell'intero processo a carico dell'accusato' ⁽⁸¹⁾ e infine la *sententia*, con la quale si dichiara la colpevolezza dell'accusato stesso.

Ora si può comprendere appieno perchè, in relazione al *vinculum*, si faceva un esplicito riferimento ad un atto dell'accusatore; d'altra parte è indiscutibilmente giusto che l'obbligo sorga in dipendenza di quella *subscriptio*, in cui si sostanzia, ap-

⁽⁸⁰⁾ Vedi C. 9, 1, 12 e C. 9, 45, 2.

⁽⁸¹⁾ V., le nostre osservazioni in merito al valore del termine, *retro*, p. 72 nt. 17.

punto, l'accettazione dei termini dell'*inscriptio* e, quindi, di tutte le conseguenze che ne discendono; dalla configurazione della *subscriptio* dipende inoltre il contenuto dell'obbligo di perseverare fino alla condanna dell'accusato (⁸²).

8. Una volta accertate l'esistenza e le relative modalità della *subscriptio*, è necessario ora volgere la nostra attenzione ad un istituto di notevole importanza, strettamente connesso all'atto sopra esaminato. Si tratta dell'istituto della garanzia (⁸³), i cui precedenti storici sono rappresentati dallo *ius iurandum* della *lex Sempronia* e dai *subscriptores* ciceroniani; tuttavia, come abbiamo notato a suo tempo, l'uno tende piuttosto a creare un impegno morale-religioso e gli altri, che pur rappresentano un notevole progresso nella storia dell'istituto, svolgono una funzione di garanzia, non specifica, ma generica, che si ricollega piuttosto al complesso dei compiti loro affidati, quali sostenitori dell'accusatore.

D'altra parte, tanto l'uno che gli altri assicurano soltanto una certa fondatezza dell'accusa, mentre la garanzia che noi ritroviamo nel processo dell'età imperiale ha come oggetto l'impegno a perseguire l'accusato fino alla sentenza.

L'istituto della garanzia nell'ambito del processo penale comincia a delinearsi, ad acquistare una propria fisionomia, solo alla fine dell'età classica. Peraltro, circa l'esatta denominazione, le fonti non sono sempre concordi: alcune volte ci parlano di

(⁸²) Vedi D. 48, 2, 7, 1 (Ulp. 7 *de off. proc.*): « Caveant itaque singuli quod crimen obiciant, et praeterea perseveraturos se in crimine usque ad sententiam » (in relazione a questo testo vedi DELL'ORO, *I libri « de officio » nella giurisprudenza romana*, Milano 1960, p. 148 nt. 157) e D. 38, 2, 14, 8 (Ulp. 45 *ad ed.*): « Accusasse autem eum dicimus qui crimina obiecit et causam perorari usque ad sententiam effecit ».

(⁸³) Cfr. BISCARDI, *Sur la litis contestatio*, cit., p. 338: « Par ailleurs, semble-t-il, une caution ne pouvait manquer, garantissant que l'accusateur ferait honneur à son engagement (*vinculum inscriptionis*) de poursuivre le prévenu jusqu'au bout ».

fideiussor de exercenda lite ⁽⁸⁴⁾, altre volte, più semplicemente, di *satisfare* o di *fidem adstringere* ⁽⁸⁵⁾. I testi che ci parlano del *fideiussor* sono piuttosto sospetti: ciò fa supporre che tale termine sia entrato nell'uso molto più tardi ⁽⁸⁶⁾, in età postclassica. Non è tuttavia la questione terminologica che direttamente ci interessa (tanto più che l'espressione *fidem adstringere*, riportata in testi sicuramente classici, è molto vicina a *fide iubere*), ma piuttosto il problema dell'esistenza e della struttura della garanzia processuale. A tal fine ci è utile esaminare, prima di tutto, una costituzione dell'imperatore Caracalla, sulla cui integrale genuinità sorgono molti dubbi. Si tratta di

C. 9, 45, 1 (*Imp. Antoninus A. Anniano*):

Is demum in senatusconsultum incidisse videtur, qui crimen publici iudicii detulit et causa ordinata, id est inscriptionibus depositis et fideiussore de exercenda lite praestito eoque qui accusatur sub custodia officii facto, non impetrata abolitione ab executione criminis destitit.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. C. 9, 45, 1 e C. 9, 1, 3.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. C. 9, 1, 3, 1 e C. 9, 45, 2.

⁽⁸⁶⁾ Tutti questi frammenti sembrano riportare l'introduzione del *fideiussor* all'età postclassica, ma la data può forse essere ulteriormente spostata in base ad un confronto testuale: infatti, poichè di una stessa costituzione (di Costantino) troviamo nei Codici (teodosiano e giustiniano) due lezioni che differiscono proprio per la menzione del *fideiussor*, l'istituzione di questo, almeno per l'appello, cui il passo si riferisce, è da attribuire, con ogni probabilità, all'età pregiustiniana o addirittura giustiniana. Questo tardivo riferimento non può permetterci di stabilire con assoluta certezza la data di apparizione del *fideiussor* (qui si tratta, come già detto, di appello contro una sentenza di condanna e non di processo in prima istanza), ma la questione resta *sub iudice*. I passi in questione sono

C. Th. 11, 30, 2 (*Const.*, a. 314): « **Mi-** nime fas est, ut in civili negotio libellis appellatoriis oblati... absque his criminalibus causis in quibus etiamsi possunt provocare rei, eum tamen statum debent obtinere, ut post provocationem in custodia perseverent ».

C. I. 7, 62, 120: « Minime fas est, ut in civili negotio libellis appellatoriis oblati... perferat appellator, absque his criminalibus causis in quibus etiamsi provocare possit eum tamen statum debet obtinere, ut post provocationem in custodia, si fideiussoris idonei copiam non habeat, perseverat ».

Già da tempo, infatti, si è sospettato del periodo « id est... facto » ⁽⁸⁷⁾, che fa pensare ad un rimaneggiamento successivo — probabilmente ad un glossema, proprio per la formula con cui è introdotto — anche per l'allusione, ivi contenuta, alla *custodia* preventiva dell'accusato ⁽⁸⁸⁾. Il fatto che si tratta con ogni probabilità di un glossema conferma anzichè escludere l'ipotesi della esistenza e della necessità di una garanzia anche in età classica, perchè, se per chiarire il significato di « causa ordinata » (ovviamente nel Basso Impero), si è ricorso, tra l'altro, all'intervento del *fideiussor*, molto probabilmente l'istituto relativo esisteva già in precedenza, sia pure con diversa denominazione.

Di fondamentale importanza ai fini della ricostruzione del regime della garanzia nel processo penale dell'ultima età classica è però una costituzione di Gordiano, della cui genuinità non ci sembra si possa dubitare,

C. 9, 45, 2 (*Imp. Gord. A. Appio*, a. 239):

Si pro eo, qui in crimen subscripsit, fidem tuam adstrinxisti isque destitit et commissa stipulatio est, non ultra quantitatem quam spopondisti, obligatus es: eo qui destitit infamia nihilo minus notando et extra ordinem secundum indicialem motum puniendo.

La garanzia viene dunque prestata nella forma della *stipulatio*, ed anzi addirittura in quella della *sponsio*, come si de-

⁽⁸⁷⁾ Cfr. BOHAČEK, *Un esempio dell'insegnamento di Berito ai compilatori*, in « Studi Riccobono », Palermo 1936, p. 361 ss., il quale accetta pienamente l'opinione del WLASSAK, *op. cit.*, p. 90 nt. 18; in tal senso vedi anche BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 323.

⁽⁸⁸⁾ A proposito di questo istituto BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1957, p. 411, osserva che esso non appartenne mai al processo ordinario delle *quaestiones* (mentre il passo si riferisce espressamente agli *iudicia publica*), se non quando il reo era confesso *in iudicio* (ricordando D. 48, 3, 5: « Si confessus fuerit reus, donec de eo pronuntietur, in vincula publica coiciendus est », e D. 48, 4, 4: « (Lex Iulia maiestatis praecipit eum... teneri... qui) confessum in iudicio reum et propter hoc in vincula coniectum emisit »), laddove l'istituto stesso era, di regola, applicato in caso di *cōercitio* non vincolata. Scopo del car-

sume facilmente dall'uso del verbo « spondere » (il termine più antico e quindi il più caratteristico per questo genere di negozio), con l'effetto di creare un vero e proprio vincolo obbligatorio a carico del garante: si parla, infatti, di « adstringere » (e con questo termine si indica altresì il contemporaneo impegno assunto dall'accusatore) e di *obligatio*; ed attraverso questa *stipulatio* si tende a rafforzare un obbligo giuridico preesistente, quello dell'accusatore, ponendo a fianco di questi un altro « obligatus ». Pur trasportato in campo processuale, l'istituto in questione mantiene inalterato il suo contenuto privatistico, dal momento che la garanzia si concreta in una somma di danaro, da pagarsi nel caso di desistenza dell'accusatore, il comportamento del quale costituisce dunque la condizione sospensiva, cui è subordinata l'efficacia della *stipulatio*: al verificarsi della desistenza, *commissa stipulatio est*.

Se, tuttavia, dal punto di vista della struttura, si tratta di un negozio privatistico, nei confronti della funzione che è chiamata ad adempiere, questa *stipulatio* è senz'altro un negozio processuale, in quanto strumentalmente connessa ad un procedimento penale. A seguito della sua duplice configurabilità, con una certa prevalenza del secondo aspetto, si pone il problema di stabilire a chi spetti agire per ottenere l'adempimento dell'obbligo, nel caso si verifichi la condizione sospensiva, problema la cui soluzione resta nel campo delle ipotesi, in mancanza di ogni e qualsiasi appoggio testuale. Mentre escludiamo senz'altro lo Stato, inteso in senso moderno, perchè ciò non corrisponde alla concezione romana (per la quale appunto non esiste lo Stato come persona giuridica, titolare di diritti e di obblighi), pensiamo piuttosto che proprio all'accusato spettasse eventualmente agire contro l'*obligatus*, contro colui che è tenuto in base ad un *vin-*

cere « è la custodia, che Antonino Pio vuole si subordini alla mancata dazione di fideiussori (D. 48, 3, 3) o alla *commissio militi*... Secondo Ulpiano, valuterà volta per volta il proconsole quale sia il mezzo preventivo migliore per assicurare il *reus* alla giustizia », così BRASIELLO, *op. ult. cit.*, p. 412.

culum iuris ⁽⁸⁹⁾, considerando che l'esistenza di un garante mira sostanzialmente a tutelare, più che un interesse della comunità, quello del singolo, la cui libertà e tranquillità non possono impunemente essere messe in pericolo da un accusatore che non abbia poi la minima intenzione di « peragere reum usque ad sententiam ». D'altra parte, appare logico che un'eventuale riparazione patrimoniale possa competere al privato esposto temerariamente ai pericoli di un procedimento penale ⁽⁹⁰⁾ piuttosto che alla comunità, dal momento che nei confronti di quest'ultima l'accusatore desistente è già costretto a fornire una soddisfazione, con la sottoposizione alle pene previste per tale suo comportamento.

L'ultima parte del frammento citato riporta appunto le sanzioni previste; si nota, tuttavia, una certa contraddizione, in quanto è posta un'alternativa inammissibile fra la pena dell'*ordo*, (« infamia... notando »), e quella *extra ordinem*. La spiegazione non ci sembra presentare, però, eccessiva difficoltà: originariamente il frammento doveva parlare solo dell'*infamia*, tipica sanzione degli *iudicia publica*, che comportava la perdita della capacità di accusare; successivamente, affermandosi altri e ben diversi principî, non si ritenne più applicabile l'antica sanzione (diventa ormai anacronistica), ma si lasciò al giudice la facoltà di determinare, caso per caso, la pena ritenuta più opportuna. Pur tuttavia, e questo si verifica anche in altri testi sicuramente rima-

⁽⁸⁹⁾ E ciò possiamo indirettamente arguire dall'esistenza e dalla struttura di un analogo istituto applicato nell'ambito del processo privato, come mezzo complementare del procedimento *per formulas*: le c.d. *stipulationes praetoriae*, promesse solenni fatte davanti al tribunale del magistrato « sia a scopo di rafforzamento di un obbligo giuridico già esistente, sia — e più spesso — per creare un'obbligazione nuova a difesa di un interesse non altrimenti tutelato » (ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 144).

⁽⁹⁰⁾ Cfr., sempre in base all'accostamento fatto nel corso della nota precedente, quindi nell'ambito delle *stipulationes praetoriae*, la disciplina e la funzione della *cautio damni infecti*, tendente a tutelare gli interessi di chi preveda la possibilità di un danno da parte del vicino. Per tutti, vedi sull'argomento ARANCIO-RUIZ, *loc. ult. cit.*

neggiati, si mantiene, accanto alla nuova, la precedente disposizione, come se fosse ancora in vigore e si presenta così una situazione immutata, sia pure solo in apparenza.

Un ultimo rilievo da fare su questo testo concerne la stretta relazione che corre tra la *subscriptio* e la garanzia, da un lato, e le sanzioni previste in caso di desistenza, dall'altro: tale circostanza ci sembra attribuire ai due atti succitati un'importanza decisiva ai fini della costituzione del rapporto, ipotesi confermata, del resto, da un altro frammento, sulla cui genuinità non ci sembrano gravare dubbi sostanziali. Si tratta di

C. 9, 1, 3 (*Imp. Alex. A. Rufo*, a. 222):

Sin vero post satisfactionem praesentes non fuerint, edicto admonendi sunt, ut veniant ad causam agendam, et si non adfuerint, non solum extra ordinem puniendi sunt, sed etiam sumptus, *et rell.*

Solo dopo la *satisfatio*, cioè dopo la prestazione della garanzia, si producono pienamente gli effetti costitutivi: l'accusatore è tenuto a presentarsi ed a sostenere la sua accusa nel corso del processo; la costituzione prevede la possibilità di un *edictum*, di una intimazione a comparire, analoga, probabilmente, a quella che troviamo nel processo privato (*edictum peremptorium*) e che serve a stabilire la contumacia della parte. Quanto alla pena, poichè, evidentemente, siamo in tema di *cognitio*, essa non appare predeterminata, ma dovrà essere stabilita dal giudice investito della causa, tenendo conto di varie circostanze. La *satisfatio*, avendo la pratica funzione di conferire la piena produttività di effetti ad un rapporto già completo in tutti i suoi elementi costitutivi, ne rappresenta perciò una condizione di efficacia.

Alla conclusione del rapporto processuale concorrono dunque, sulla base comune e imprescindibile della presentazione dei *libelli accusatorii*, oltre all'atto magistratuale (*inscriptio*), anche un'espressa manifestazione di volontà dell'accusatore (*sub-*

scriptio), che dà luogo ad un particolare obbligo, garantito mediante *stipulatio*.

9. E' giunto ormai il momento di sintetizzare i risultati raggiunti e di inquadrare storicamente i dati raccolti nel corso della nostra indagine sul procedimento preliminare penale sul finire dell'età classica. Tale procedimento ha subito notevoli modificazioni strutturali, che riflettono i vari sistemi che si sono affiancati e succeduti nel corso di questi primi due secoli dell'impero, soprattutto della primitiva *cognitio* e delle *quaestiones*, tendendo ad inquadrarsi nel clima politico che con l'avvento al trono di Settimio Severo già comincia a delinearsi: il progressivo consolidamento del potere centrale come presupposto per l'affermarsi della monarchia assoluta. In luogo della pluralità di procedimenti che finora si sono divisi il campo, si ha ora una sostanziale uniformità (che risponde ad un preciso criterio di unità e di certezza): il processo è nelle mani del magistrato, regolato minuziosamente dalle costituzioni imperiali, mentre rimane ancora in vita, accanto al puro e semplice promovimento d'ufficio, il principio accusatorio (anch'esso partitamente regolato e limitato), che non rappresenta più l'elemento informatore, ma una parte, secondaria, del complesso ingranaggio processuale che fa capo all'*inscriptio*, atto magistratuale che condiziona e riassume tutti gli altri atti. Ed è proprio questo diverso equilibrio che si è venuto a stabilire fra attività magistratuale e attività di parte che costituisce la trasformazione più appariscente e determina, a sua volta, ulteriori modificazioni; d'altra parte esso ha le sue radici nell'evoluzione che si sta compiendo nella coscienza giuridica, morale e politica. Abbiamo già visto come e perchè scomparire la *postulatio* ⁽⁹¹⁾, il cui presupposto vien meno col venir meno della libertà di accusa; in secondo luogo, sappiamo che l'impero romano abbraccia ormai una estensione di territorio

⁽⁹¹⁾ Cfr., *retro*, p. 75.

enorme: può ben verificarsi il caso che l'accusato si trovi lontano dal luogo del processo e quindi nell'impossibilità di sapere che contro di lui è stata presentata un'accusa. A tale situazione si ricollega probabilmente l'istituto della *denuntiatio*, che, nella successione cronologica degli atti, prende il posto della *postulatio*, laddove un istituto del genere sarebbe stato del tutto inconciliabile con le rigide ed ormai cristallizzate *quaestiones*, ancorate a Roma ed al loro vieto formalismo.

La diversa e più matura concezione dell'impero si riflette anche su un altro aspetto del procedimento preliminare: allorchè la *delatio* si fa più complessa ed assorbe la *postulatio*, il magistrato competente deve procedere ad un esame della stessa, ad una valutazione degli elementi in essa contenuti, valutazione che postula una certa discrezionalità ⁽⁹²⁾. Col consolidarsi, invece, del potere centrale, mentre la monarchia comincia ad avviarsi verso l'assolutismo, diviene sempre più forte la tendenza accentratrice del potere statale (=imperatore) e di conseguenza, scomparsi ormai definitivamente procedimento senatorio e *quaestiones*, da un lato viene sempre più minuziosamente regolata e limitata l'iniziativa privata (in questo clima più adeguatamente si spiega il definitivo e ufficiale inserimento dei *libelli accusatorii* tra le formalità del procedimento preliminare) e dall'altro si disciplina partitamente e quindi si riduce ad una funzione meramente esecutiva anche l'attività del magistrato, che si limita infatti ad un puro e semplice controllo di legittimità (con esclusione, perciò, di qualsiasi discrezionalità) ⁽⁹³⁾. Il deposito dei *libelli*, nei

⁽⁹²⁾ Del resto, qualcosa di analogo si riscontrava nel parallelo procedimento senatorio, dove appunto il console, o, più spesso, il supremo consesso, dichiarava di accogliere l'accusa presentata, in seguito ad una valutazione discrezionale della stessa. Vedi su questo punto, quanto abbiamo affermato *retro*, a p. 66, e, sul problema in generale, il lavoro — più volte citato — di F. AVONZO DE MARINI.

⁽⁹³⁾ La progressiva restrizione dei poteri del magistrato, dopo un'iniziale ampiezza — non straordinaria del resto, nè nuova nella storia del processo — segue di pari passo l'altrettanto progressiva regolamentazione del fenomeno processuale, una volta preso atto della sua conseguita piena maturità. Qualcosa del

quali viene infine a sintetizzarsi l'accusa, finisce per costituire un semplice presupposto per la costituzione del rapporto, mentre il loro contenuto va a confluire nell'*inscriptio* e nella *subscriptio*; ed è proprio l'esistenza e la funzione di quest'ultimo atto, che distingue la vera accusa dalla dichiarazione resa da un delatore o informatore e che risulterà *apud acta* ⁽⁹⁴⁾.

L'atto che esprime tutta la fase preliminare è l'*inscriptio*, mentre, in particolare, *subscriptio* sta ad indicare la stessa fase, ma esclusivamente per la parte che concerne l'attività dell'accusatore ⁽⁹⁵⁾. Tali termini facevano parte, fin dalle origini, del linguaggio tecnico processuale, ma con ben altra importanza. Al tempo delle *quaestiones* essi indicavano atti che costituivano il rovescio, l'aspetto del tutto secondario, dei due atti fondamentali, formali, destinati, da soli, a costituire il rapporto processuale: *delatio* e *receptio*. Si è ora, invece, attuato un ridimensionamento di valori e la funzione ormai essenziale attribuita a *inscriptio* e *subscriptio* (e ai *libelli*) non è che la diretta conseguenza del venir meno della *delatio* e della *receptio*: prevale la sostanza sulla forma.

A questo punto, per concludere sul quadro del procedimento preliminare, una volta completato l'esame dei singoli atti

genere si era già verificato qualche secolo prima, quando, dalla più ampia discrezionalità di cui godeva il magistrato nella repressione dei crimini si passò ad una prima regolamentazione — *lex Sempronia* — per cui, una volta presenti tutti i presupposti e i requisiti richiesti, la *receptio* magistratuale si configurava addirittura come atto dovuto (cfr., *retro*, p. 26) e nell'epoca ciceroniana, a conclusione della prima fase dell'evoluzione del processo, il magistrato, all'atto dell'accoglimento dell'accusa, si limitava ad un controllo di legittimità. Qualcosa di simile si verifica anche nell'evoluzione del procedimento di appello (sul quale vedi *infra*, cap. IV): in un primo momento, ancora in fase di formazione, il magistrato giudicante (in particolare il giudice *a quo*) ha un ampio potere discrezionale che progressivamente si restringe fino a scomparire, allorchè, raggiunta ormai una certa maturità, il procedimento stesso viene completamente e definitivamente regolato dalle costituzioni imperiali.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. la costituzione di Diocleziano riportata in C. 9, 2, 8, sulla quale v. *retro*, p. 83 ss.

⁽⁹⁵⁾ Cfr., *retro*, p. 107, le nostre osservazioni in merito a C. 9, 20, 3.

nella loro struttura e nei loro effetti, non ci resta che stabilire la relazione che intercorre fra questi atti ed i *sollemnia accusationis*, dal momento che, come il Biscardi ha validamente dimostrato ⁽⁹⁶⁾, i *sollemnia* altro non sono che l'atto costitutivo del rapporto processuale e, di conseguenza, possono essere messi in relazione con il corrispondente atto del processo privato: la *litis contestatio*, tenendo conto, evidentemente, non della struttura, bensì degli effetti di quest'ultima ⁽⁹⁷⁾.

L'espressione « *sollemnia accusationis* » appare per la prima volta in Papiniano: questa circostanza permette perciò di segnare l'ingresso ufficiale nella terminologia processuale tra la fine del II secolo ed i primissimi anni del III secolo d. C. ⁽⁹⁸⁾,

D. 48, 5, 11, 5 (Pap. l. s. *de adult.*):

...utiles dies accusatori computandos esse, id est, quibus potuit accusationis sollemnia implere.

Con quali atti della fase preliminare si identificano dunque i *sollemnia*? Il punto di contatto su cui dovremmo far leva è rappresentato dall'effetto costitutivo proprio di alcuni fra gli atti precedentemente studiati e riportato altresì al compimento dei *sollemnia* ⁽⁹⁹⁾, come confermano numerosi testi. Oltre il passo di Papiniano possiamo citare

D. 48, 2, 18 (Mod. 17 *resp.*):

Cum Titia... et sollemnia accusationis non impleviset... non posse illam amplius de falso testamento dicere;

⁽⁹⁶⁾ Cfr., soprattutto, *Sur la litis contestatio*, cit.

⁽⁹⁷⁾ L'indubbia affinità fra l'atto costitutivo del rapporto processuale penale e civile sembra essere già stato intuito dagli ultimi giuristi classici, come appunto ha dimostrato il BISCARDI, *op. ult. cit.*

⁽⁹⁸⁾ L'espressione viene ricordata da un gran numero di testi, soprattutto costituzioni, anche postclassiche, che fanno tuttavia riferimento ad un'antica tradizione, come: C. 9, 9, 15, 1; C. 9, 9, 18, 1; C. 9, 12, 3; C. 9, 12, 7.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 341: « ...seulement par l'accomplissement des *sollemnia* le rapport judiciaire criminel peut être considéré comme existant... ».

e alcune costituzioni come

C. 9, 22, 4 (*Imp. Alex. A. Cassio*, a. 225):

...non impedieris accusationem contra eam, impletis sollemnibus, instituere,

in cui la funzione dei *sollemnia* appare con tutta la sua chiarezza: infatti, solo dopo il compimento di tutti gli atti richiesti, il processo è instaurato (*accusatio instituta*). Le formule usate nei tre passi or ora citati — e in molti altri — mettono in risalto la connessione fra svolgimento del giudizio e intervento dell'accusatore e l'importanza di quest'ultimo ai fini dell'instaurazione del processo: « potuit accusationis sollemnia implere », « cum... sollemnia accusationis non implevisset », « accusationem..., impletis sollemnibus, instituere »; questa circostanza sta a dimostrare che, pur se il processo è ormai nelle mani del magistrato l'impulso deve però ancora provenire da parte del privato, la cui partecipazione non è solo formale, ma anche attiva.

Una uguale chiarezza riscontriamo in

C. 3, 42, 6 (*Imp. Phil. A. Polemonidi*, a. 244):

Si quidem crimen intendis, sollemnibus accusationis impletis, fidem adseverationi tuae fac, sin vero ad exhibendum intendis *et rell.*

e in

C. Th. 9, 1, 9 = C. I. 9, 46, 7 (*Impp. Valent. et Valens AA. ad Valerianum, p.u.*, a. 366):

Non prius quemquam sinceritas tua... iubebit adduci, quam sollemnibus satisfecerit *et rell.*

Tenendo sempre presente l'effetto costitutivo ⁽¹⁰⁰⁾ riconosciuto dalle fonti al complesso dei *sollemnia* e i risultati raggiunti

⁽¹⁰⁰⁾ Accanto all'effetto costitutivo, che è senza dubbio il più appariscente, esiste, con ogni probabilità, anche un effetto preclusivo. Mentre alcuni testi ri-

dalla nostra indagine sui singoli momenti della fase preliminare, mentre escludiamo senz'altro dai *sollemnia* la *denuntiatio*, cui è attribuita la sola funzione di citazione preliminare (sia essa giudiziale o stragiudiziale), riconosciamo alla *delatio* o, più precisamente, alla presentazione dei *libelli*, la funzione di presupposto essenziale degli atti che realmente hanno un effetto costitutivo, dal momento che il loro contenuto viene praticamente trasfuso nell'*inscriptio* e nella *subscriptio*, ed in ciò si esaurisce il loro contributo. Sostanzialmente, i *sollemnia* si identificano con l'*inscriptio* magistratuale e con la *subscriptio* dell'accusatore, cui si aggiunge la prestazione di una garanzia, con la specifica funzione di condizione di efficacia dei primi due.

portano questo effetto genericamente allo svolgimento del processo (cfr. « actum est » di D. 43, 29, 3, 13) o, più precisamente, alla sentenza (cfr. « accusatum et absolutum » di D. 47, 15, 3, 1), altri, con sufficiente chiarezza, lo riportano anche ad un momento precedente, al compimento, cioè, delle varie formalità ricomprese nei *sollemnia*. Si tratta di C. 9, 2, 9 (*Imp. Diocl. et Max. AA. Honorato*, a. 289): « Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest », e di D. 48, 2, 11, 2 (*Macer 2 de publ. iud.*): « Ab alio delatum alius deferre non potest, sed eum, qui abolitione publica vel privata interveniente, aut desistente accusatore, de reis exemptus est, alius deferre non prohibetur ». L'effetto preclusivo si determina dunque col compimento dei *sollemnia*, come molto facilmente si deduce dall'uso dell'espressione « de reis exemptus est », con riferimento, dunque, alla definitiva acquisizione della qualità di *reus* (che si verifica solo al termine della fase preliminare). D'altra parte le due espressioni: « in accusationem deductus » e « ab alio delatum » ci sembrano usate con significato ampio e generico, con riferimento all'intera fase preliminare, del resto coerentemente con la degenerazione subita dal termine *delatio* in particolare e dagli altri termini relativi alla fase preliminare. Nei confronti di questi ultimi due passi, WLASSAK, *op. cit.*, pp. 30-36, afferma che essi costituiscono un'ulteriore conferma della sua teoria: se, infatti, esistesse nel processo penale una *litis contestatio* (o un atto analogo), ad essa direttamente si ricollegerebbe tale effetto, e non sarebbe affatto necessario che l'ordinamento giuridico lo riportasse ad alcuni determinati atti della fase preliminare. L'ostacolo ci sembra però superabile: una volta infatti dimostrata l'esistenza dei *sollemnia accusationis*, quale atto costitutivo del rapporto processuale (cfr. le varie opere, già citate, del BISCARDI, le cui conclusioni accettiamo pienamente), determinato sostanzialmente dall'incontro dei due atti, di parte e magistratuale, è naturale che, proprio in relazione a questi atti, si parli di effetto preclusivo. Tale considerazione, anzi, mette in luce un altro punto di contatto, un'altra affinità, tra *litis contestatio* e *sollemnia accusationis*, accanto all'effetto costitutivo del rapporto processuale, del quale più volte abbiamo avuto occasione di parlare.

IV

« SOLLEMNIA ACCUSATIONIS » E « SOLLEMNIA IURIS »

SOMMARIO: 1. Necessità di inquadrare i *sollemnia accusationis* nell'ambito dei *sollemnia iuris*. — 2. I *sollemnia appellationis* e i problemi relativi alla dichiarazione di appello. — 3. L'indagine del giudice *a quo* sull'ammissibilità dell'appello. — 4. La richiesta delle *litterae dimissoriae* a conclusione della fase preliminare, identificazione dei *sollemnia appellationis*. — 5. I *sollemnia* nelle *causae liberales* e i relativi problemi. — 6. Il problema dei *sollemnia iuris* nel quadro dell'evoluzione delle forme solenni del diritto romano. — 7. Il valore del termine *sollemnis* nel corso dei secoli. — 8. Osservazioni conclusive.

1. La nostra indagine, condotta fino ad ora con metodo analitico, ci ha permesso di identificare i *sollemnia accusationis* con determinati atti della fase preliminare del processo accusatorio — atti che abbiamo studiato nella loro evoluzione dalle origini fino al momento in cui, sul finire dell'età classica, vengono appunto indicati mediante quella particolare espressione — ma non ci ha fornito tuttavia elementi per una sintesi. Infatti, cosa rappresentano in realtà questi *sollemnia*? Abbiamo detto che si identificano con determinati atti della fase preliminare, ma rappresentano il risultato di una somma o di una fusione? Ed altri problemi, a questi connessi, richiedono una soluzione: perchè questi atti o, meglio forse, questo atto complesso, viene designato *sollemnia* e solo a partire dall'epoca dei Severi?

Per dare una risposta soddisfacente ai quesiti ora posti, dovremo necessariamente allargare il nostro campo d'indagine, non limitandoci a considerare i *sollemnia accusationis* come un istituto a sè stante, unico nel suo genere, senza nessi logici e

storici con altri istituti simili, ma inquadrandoli invece nel loro ambito naturale: nei *sollemnia iuris*. Di *sollemnia*, infatti, si parla anche in altri campi del processo: appello, *causae liberales*, e in relazione ad istituti propri del diritto privato, prospettando tutta una serie di problemi che in questa sede non vogliamo — nè d'altra parte potremmo — risolvere. Senza perdere di vista il nostro obiettivo fondamentale, cercheremo piuttosto di mettere in luce quei particolari aspetti che possono permetterci una migliore comprensione dei *sollemnia accusationis*, nell'ambito di una più vasta visione d'insieme. Ma non basta: dobbiamo determinare soprattutto l'esatto valore della formula che, come abbiamo più volte notato, entra a far parte del linguaggio processuale solo all'epoca dei Severi, e, più precisamente, il valore del termine *sollemnis* (sul quale la formula stessa s'impernia) nelle sue varie sfumature, nella sua evoluzione attraverso i secoli; solo allora saremo in grado di cogliere l'intima essenza dell'istituto e di raggiungere una sintesi.

2. Intraprendendo l'esame dei *sollemnia iuris* in altre applicazioni, sarà opportuno esaminare, in primo luogo, gli istituti che presentano un'indubbia affinità con l'atto costitutivo del rapporto processuale penale: intendiamo cioè parlare dei *sollemnia appellationis* e dei *sollemnia* in relazione alle c.d. *causae liberales*, che trovano appunto applicazione nel campo processuale e, in particolare, nella *cognitio* ⁽¹⁾.

In modo particolare ci interessa l'appello, sia per la quantità, veramente notevole, di elementi, conservatici dal *Corpus Iuris*, che permettono una più sicura ricostruzione dei relativi *sollemnia*, sia perchè esso ci presenta molti punti di contatto (come vedremo nel corso della nostra esposizione) col processo penale, che abbiamo appena finito di esaminare. Innanzitutto, anche

(1) Quanto all'appello, esso è naturalmente connesso con tale forma di procedimento, essendo fondato su principi radicalmente opposti a quelli che governano l'*ordo*.

i *sollemnia appellationis* stanno ad indicare l'atto costitutivo del relativo rapporto processuale, come si rileva da una costituzione dei *Divi Fratres* dell'anno 161,

C. 2, 13, 2 :

Cum rem pecuniariam esse dicas, potes per maritum tuum *sollemnibus impletis* appellationi adversariae tuae respondere [cum appellationes pecuniariae etiam per procuratores exerceri ab utraque parte litigantium possunt] ⁽²⁾.

Il compimento dei *sollemnia* appare infatti come la condizione necessaria per *respondere* all'appello presentato dall'altro contendente. E' superfluo notare — e d'altra parte nulla rileva ai nostri fini — che si tratta di appello civile, dal momento che concerne espressamente una *res pecuniaria*. Altro testo di notevole importanza ci sembra una costituzione di Gordiano, dell'anno 239, riportata in

C. 5, 37, 11 :

Si bonam causam ea, cuius tutor es, habuit, et adversus latam sententiam *non appellasti*, seu post appellationem *provocationis sollemnia implere cessaveris*, tutelae iudicio indemnitatem pupillae praestare debes.

Il passo citato, oltre a mettere ancora una volta in luce la necessità del compimento dei *sollemnia* per produrre effetti definitivi, contrappone nettamente a questi ultimi l'*appellatio*, cioè la manifestazione della volontà di impugnare una data sen-

⁽²⁾ La parte finale del testo è stata ritenuta interpolata da ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 318 nt. 4. Egli afferma che « a parte la ineleganza dei due *cum* l'interpolazione finale è denunciata... dalla inattendibilità di una enunciazione di carattere così generale in un rescritto che muoveva da un caso concreto ben specifico. Inoltre assai sospette quelle *appellationes pecuniariae* e quell'*exerceri* riferito ad *appellationes* ». Questa osservazione, tuttavia, nulla rileva ai fini della nostra indagine.

tenza. Si tratta di due momenti distinti, ma, al tempo stesso, interdipendenti, in quanto l'*appellatio*, come dichiarazione, rappresenta il necessario presupposto dei *sollemnia*; si dice, infatti: « seu post appellationem... sollemnia implere cessaveris », ossia, 'se non hai portato a termine ciò che hai iniziato' ⁽³⁾. Possiamo fin d'ora mettere in luce un primo punto di contatto con il processo penale, una prima analogia fra l'espressione testè esaminata e quelle più volte incontrate nel capitolo precedente: « post inscriptionem... ante litem contestatam », « inscribere... aliaque omnia sollemniter observare ». *Appellatio* o *provocatio*, come già il deposito dei *libelli inscriptionis*, indicano il primo atto da compiere nel corso della fase preliminare. Dal rescritto in questione si deduce inoltre che la dichiarazione di appello dà vita ad una situazione giuridica imperfetta, ad una sospensione di effetti della sentenza impugnata, condizionata, tuttavia, all'esatto compimento dei *sollemnia*. E, infatti, la sentenza impugnata, la cui esecuzione viene sospesa nel momento stesso in cui è interposto l'appello, torna ad avere piena efficacia e può quindi essere eseguita, ove non risultino esattamente compiute tutte le formalità richieste. Tale affermazione trova esatto riscontro in una costituzione di Diocleziano (a. 294),

C. 2, 4, 32 :

Si, causa cognita, prolata sententia, sicut iure traditum est, *appellationis* vel in integrum restitutionis *sollemnitate suspensa non est*, super iudicato frustra transigi non est opinionis incertae.

E analoghe conclusioni si traggono da

D. 49, 1, 20, 1-2 (Mod. *l.s. de praescript.*):

Is vero, qui in rem suam procurator datus est, intra biduum appellare debet, quia suam causam agit. Mi-

⁽³⁾ Cfr. C. 7, 62, 13 (*Constant.*): « Ex illo tempore, quo... appellationis a te interpositae sollemnia completa fuerint... ».

litibus appellandi tempora non remittuntur et victi
si non provocaverint et sollemnia fecerint, postea non
 audiuntur.

A parte i dubbi sulla genuinità del riferimento al *procurator*, cui si è voluto sostituire « cognitor » ⁽⁴⁾, il Beseler ⁽⁵⁾ ha ritenuto interpolata la frase « et victi... non audiuntur » per il particolare uso del verbo « audire » ⁽⁶⁾. Tuttavia, come esattamente rileva Orestano ⁽⁷⁾, l'uso del termine *sollemnia* in senso analogo è confermato, tra l'altro, da D. 48, 2, 18, sempre di Modestino, e da noi citato proprio in relazione ai *sollemnia accusationis* ⁽⁸⁾. Il passo, come già abbiamo avuto modo di accennare, si pone sullo stesso piano della costituzione più sopra citata, C. 5, 37, 11, e ancora una volta contrappone come due atti distinti, ma al tempo stesso strettamente connessi, da un lato *provocare* ⁽⁹⁾, dall'altro *sollemnia facere*. Il *provocare*, come

⁽⁴⁾ Cfr. FRESE, in « Mélanges Cornil », I, p. 338 nt. 3; *contra* HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, s.v. *Procurator*.

⁽⁵⁾ *Subsiciva*, Lipsia 1929, p. 14.

⁽⁶⁾ A questo proposito cfr. BISCARDI, *Sur la litis contestatio*, cit., p. 347 nt. 113, il quale già in relazione ad un'analoga espressione « causam audire » osserva che « il n'a rien d'étrange ». Inoltre, tra i passi citati in nota dallo stesso A., uno soprattutto ci sembra confermare la genuinità dell'espressione usata in D. 49, 1, 20, 1-2, dal momento che come questa mette in relazione « pars » con « audire » ed è tratto da Sen., *Apoc.* 12, 3: « una tantum parte audita... ».

⁽⁷⁾ *Op. cit.*, p. 227.

⁽⁸⁾ Vedi *retro*, p. 117.

⁽⁹⁾ L'uso del termine *provocatio*, parallelamente ad *appellatio*, è connesso con l'origine stessa dell'appello. Alcuni autori avevano voluto ricondurre tale istituto all'*intercessio* (spesso designata nelle fonti come *appellatio*) ed anche alla *provocatio ad populum*, considerandolo dunque come filiazione storica dell'una e dell'altra: vedi ad esempio MOMMSEN, *Le droit public romain* (trad. fr. Girard) Paris 1892, V, p. 269, nt. 1. In realtà, come sostiene giustamente ORESTANO, non bisogna lasciarsi prendere la mano dalla suggestione terminologica, ma obiettivamente considerare come si tratti di istituti diversi, sia per la struttura che per gli effetti. L'*intercessio* tribunizia era, infatti, un rimedio esperibile anteriormente alla pronunzia della sentenza, mentre la causa pendeva ancora davanti al magistrato; la *provocatio*, poi, oltre a configurarsi naturalmente come istituto specifico del processo penale comiziale, non dava mai luogo alla pronunzia di una nuova decisione, da

l'*appellare* precedentemente incontrato, indica dunque la manifestazione di volontà che arresta il decorso dei termini e l'efficacia della sentenza impugnata, sia pure temporaneamente; i *sollemnia*, di cui tale manifestazione di volontà costituisce solo il primo momento, indicano invece il compimento di tutti gli atti necessari per la definitiva instaurazione del procedimento in seconda istanza.

Una volta stabiliti l'esistenza e gli effetti essenziali che possono ricondursi ai *sollemnia appellationis*, ci sembra opportuno, per una visione più chiara e completa, procedere ad un esame del contenuto dei *sollemnia* stessi, attraverso un'indagine più approfondita della fase preliminare, la cui caratteristica più notevole è data dal fatto di rientrare nella competenza del giudice che pronunciò la prima sentenza ⁽¹⁰⁾.

Il procedimento preliminare è aperto dalla dichiarazione di appello che, come ci informano le fonti in nostro possesso, viene resa verbalmente (« voce appellare ») o per iscritto (« li-

sostituire alla prima, caratteristica, invece, specifica, dell'appello. Pur non escludendo che sia l'una che l'altra costituiscano un autorevole precedente, a nostro avviso la spiegazione deve ricercarsi piuttosto nel valore intrinseco comune ai due termini *appellare* e *provocare* (= 'chiamare' od 'invocare'). Per questa ragione appare logico che l'appello dell'età imperiale (non riconducibile di per sé ad alcuno degli istituti che l'hanno preceduto nel tempo), l'atto, cioè, con cui si « chiama » l'imperatore, venisse indifferentemente qualificato « appellatio » o « provocatio », senza, con questo, attribuire ai due termini il significato specifico e tecnico che avevano nell'età repubblicana. Pur restando fermo, per tutta l'età imperiale, il loro uso promiscuo, ad un certo momento, peraltro imprecisabile, *appellatio* e *appellare* prevalgono nella prassi: evoluzione, questa, non agevolmente spiegabile. Ci resta, tuttavia, un preciso dato di fatto che l'ORESTANO (cfr. il suo lavoro più volte citato, p. 162) mette in dovuto rilievo: dall'epoca dei Severi in poi *appellare* non indica più soltanto l'attività del 'chiamare' o 'invocare' qualcuno, ma anche e soprattutto un atto processuale, o, meglio, tutta l'attività processuale contro la sentenza; conseguentemente *appellatio* passa a significare l'intero procedimento diretto ad ottenere la riforma della sentenza impugnata.

⁽¹⁰⁾ L'importanza di questa fase, secondo ORESTANO, *op. cit.*, p. 364 ss., ha subito nel tempo notevoli modificazioni: mentre infatti all'epoca dei Severi dovette essere piuttosto rilevante (condizionando praticamente lo svolgimento del procedimento di appello e attuando un controllo sull'atto di appello presentato dalla parte), in età postclassica si assiste ad un processo involutivo che riduce le funzioni del giudice « a quo » ad una mera trasmissione burocratica.

bellos appellatorios dare »): la prima alla presenza del giudice subito dopo la pronunzia della sentenza, la seconda anche successivamente. Inizialmente il termine *appellare* (e così *appellatio*) stava ad indicare l'azione materialmente compiuta dall'appellante, l'invocare qualcuno, mentre successivamente, per una progressiva concettualizzazione, passa ad indicare l'atto che sospende l'efficacia della sentenza ⁽¹¹⁾; esiste una sintomatica analogia, innegabile, tra l'evoluzione del significato del termine *appellatio* (e *appellare*) e quella del termine *delatio* dalla *lex Sempronia* all'epoca di Cicerone ⁽¹²⁾: le tappe sono le stesse, pur se raggiunte in epoche diverse; come già abbiamo avuto modo di osservare, il fenomeno processuale tende a seguire una stessa linea di svolgimento, e questa circostanza ne fornisce una prova ulteriore.

Tra le due forme, orale e scritta, la prima è con ogni probabilità « la forma più antica o, almeno, la più congruente al carattere essenzialmente orale della tradizione processuale romana » ⁽¹³⁾ e poteva consistere anche nella semplice pronunzia della parola « appello » ⁽¹⁴⁾.

D. 49, 1, 2 (Macer 1 *de appell.*):

Si apud acta quis appellaverit, satis erit, si dicat 'appello'.

⁽¹¹⁾ Cfr. *retro*, p. 123.

⁽¹²⁾ Cfr. *retro*, cap. II.

⁽¹³⁾ Cfr. ORESTANO, *op. cit.*, p. 228.

⁽¹⁴⁾ A tale dichiarazione faceva, probabilmente, seguito l'indicazione della autorità cui si intendeva rivolgersi. Questo fatto è sicuramente documentato almeno per i primi casi di appello, allorchè il termine era usato nel senso di invocazione all'autorità del principe e non ancora come vero e proprio atto di appello. Cfr., a tal proposito, ORESTANO, *loc. cit.*, nt. 1, che si richiama alle parole di S. Paolo (Atti degli Apostoli), anche se non relative ad un vero e proprio appello: *καίσαρα ἐπικαλοῦμαι*. Egli precisa inoltre che l'uso del termine « appello », anche se probabilmente il più diffuso nella pratica, non doveva essere tassativo e che, con analogo significato, si doveva adoperare « provoco ».

All'appello orale si affianca, presto soverchiandolo, l'appello scritto ⁽¹⁵⁾, mettendo in luce un'ulteriore analogia col processo penale nel quale, con identica successione di atti, alla iniziale *delatio* orale si sovrappongono, nel prosieguo di tempo, i *libelli inscriptionis* ⁽¹⁶⁾: sintomo della progressiva organizzazione dell'Istituto e di un più intenso intervento coordinatore e accentratore del *princeps*. Alcuni frammenti sembrano alludere ad una alternativa fra le due forme, così ad esempio

D. 49, 1, 5, 4 (Marcian. 1 *de appell.*):

Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit, sin autem hoc non fecerit, ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est ⁽¹⁷⁾.

Se la dichiarazione orale non veniva compiuta nel giorno stesso dell'emanazione della sentenza, « ipso die » ⁽¹⁸⁾, unico mezzo restava la forma scritta: i *libelli*, i quali, di contro alla semplicità della prima, dovevano contenere alcune specifiche indicazioni, secondo quanto risulta da

D. 49, 1, 1, 4 (Marcian. 1 *de appell.*):

Libelli qui dantur appellatorii, ita sunt concipiendi

⁽¹⁵⁾ Tale forma appare l'unica vigente in una costituzione di Diocleziano (C. 7, 62, 5, 6), mentre tuttavia Costantino sembra rimettere la forma orale nel dovuto rilievo, C. 7, 62, 14: « Litigatoribus copia est etiam non conscriptis libellis illico appellare voce, cum res poposcerit iudicata, tam in civilibus quam in criminalibus causis ». Secondo ORESTANO, *op. cit.*, p. 230, nt. 1, questa costituzione, in origine, avrebbe riguardato solo i giudizi civili (vi si parla, infatti, di « litigatores »), mentre l'estensione « tam... causis » sarebbe da considerare un'aggiunta compilatoria: ciò si deduce anche dal fatto che essa non risulta minimamente dalla lezione riportata in C. Th. 11, 30, 7.

⁽¹⁶⁾ Cfr. *retro*, cap. III.

⁽¹⁷⁾ Ritiene interpolata la seconda parte del frammento da « sin autem » ALBERTARIO, *Contributi alla critica del Digesto*, Pavia 1911, p. 40; v. anche P. KRÜGER, *Supplementa* (Berolini 1920).

⁽¹⁸⁾ Cfr., anche FADDA, *Appello penale romano*, in « Digesto It. », s. h. v., secondo il quale l'espressione « ipso die », da mettere sullo stesso piano dell'« illico » contenuto in C. 7, 62, 14, dimostra appunto che la dichiarazione verbale non è più ammessa successivamente. L'A. citato richiama a sua volta DONELLO, 28, 6, nt. 27, e PUCHTA, *Institutionen*, § 181, p. 259.

ut habeant scriptum et a quo dati sint, hoc est qui appellet, et adversus quem et a qua sententia ⁽¹⁹⁾.

I requisiti richiesti sono dunque: indicazione del nome dell'appellante, della parte contro cui si appella (la relativa omissione può anche essere irrilevante, come ad es. nel caso in cui l'appellante abbia di fronte a sè un solo avversario) e della sentenza impugnata; a questi elementi doveva probabilmente aggiungersi, nella prassi processuale, anche l'elenco dei motivi ⁽²⁰⁾. I *libelli*, inoltre, debbono essere presentati entro termini fissi che sembrano essere già stabiliti al tempo di Giuliano (D. 49, 4, 1, 14) e di M. Aurelio (D. 49, 4, 1, 7) ⁽²¹⁾: più precisamente di due giorni, se l'appellante agiva « in causa propria », e di tre, se agiva « alieno nomine » ⁽²²⁾.

Il netto contrasto che abbiamo messo in luce fra l'estrema semplicità che caratterizza l'appello orale e quella certa com-

⁽¹⁹⁾ Sulla genuinità delle parole « qui dantur appellatorii » ha sollevato dei dubbi H. KRÜGER, in « Arch. lat. lex. » 10 (1898), p. 250. A questo proposito ORESTANO, *op. cit.*, p. 232 nt. 1, osserva che, probabilmente, nella dizione originale Ulpiano doveva usare « dicuntur » e che i compilatori o qualche amanuense (pre- o post-giustiniano) hanno invece errato nel trascrivere, forse avendo nell'orecchio l'espressione « libellos dare ». Dubbi sostanziali, di conseguenza, non sembrano gravare sulla genuinità del testo in questione.

⁽²⁰⁾ Cfr. ORESTANO, *op. cit.*, pp. 236-37. A questo proposito non possiamo fare a meno di richiamarci ancora una volta al processo accusatorio, rilevando una ulteriore analogia tra il contenuto dei *libelli accusatorii* e dei *libelli appellationis*.

⁽²¹⁾ Cfr. RAGGI, *op. cit.*, p. 50: « In particolare anche i *tempora appellationis* di cui la più antica notizia risale all'età di Adriano, paiono acquistare fissità inderogabile e valore condizionante per la valida proposizione dell'appello solamente a cominciare dall'età dei Severi ». L'A. citato si richiama naturalmente allo studio di ORESTANO, in particolare pp. 241 e 256.

⁽²²⁾ Cfr. D. 49, 1, 5, 4, cit., e D. 49, 4, 1, 5 (Ulp. 1 *de appell.*): « Biduum vel triduum ex die sententiae latae computandum erit ». Come nota l'ORESTANO, *op. cit.*, p. 238 nt. 1, nel termine rientrava, con ogni probabilità, il giorno della emanazione della sentenza, così che esso si riduceva, praticamente, ad uno o a due giorni liberi, secondo quanto sembra potersi dedurre anche da C. 7, 62, 6, 5. Tali termini restano immutati nel diritto postclassico e nella compilazione giustiniana; Giustiniano, tuttavia, con la Nov. 23 (a. 536), abolì la distinzione fra appello « in causa propria » e « alieno nomine », unificando i termini ed elevandoli a 10 giorni; cfr. ORESTANO, *op. cit.*, p. 239 nt. 1.

pietà propria dei *libelli*, induce a pensare che, se pur rimane tra le due forme un'alternativa — del resto generalmente ammessa — esse hanno, tuttavia, una diversa rilevanza, senza considerare poi che lo *ius variandi* appare notevolmente limitato nel tempo: al solo momento dell'emanazione della sentenza, dopodichè la parte può manifestare la sua volontà di ricorrere solo attraverso la forma scritta. Del resto, a parte la constatazione che nel contemporaneo processo penale — col quale il procedimento di appello presenta numerose e notevoli analogie di sviluppo e di struttura — l'accusa orale ha finito per cedere la preminenza a quella scritta, dalla quale viene integrata e riassunta, appare inspiegabile un esame del giudice (diretto, come vedremo, ad accertare l'ammissibilità dell'appello) sulla base della semplice dichiarazione orale, pur trascritta « apud acta », mentre è fin troppo logico ed evidente che un'attività del genere si eserciti sul contenuto dei *libelli*, nei quali appunto dovevano essere indicati, con ogni probabilità, anche i motivi dell'impugnazione ⁽²³⁾. Forse, l'appello orale, pur sopravvivendo, doveva esser compiuto, subito dopo la pronunzia della sentenza, al fine di sospenderne immediatamente l'efficacia, fermo restando per l'appellante l'onere (non ancora obbligo) di presentare entro i termini stabiliti, pena la decadenza ⁽²⁴⁾, i *libelli*, contenenti l'esposizione dei motivi della sua impugnazione e le altre indicazioni necessarie.

L'inammissibilità di una vera e propria alternativa e quindi dell'attribuzione di un ugual valore e peso alle due forme è

⁽²³⁾ Cfr., *retro*, p. 128 e nt. 20.

⁽²⁴⁾ A questo stato di cose alludono forse i frammenti che parlano di « post appellationem... sollemnia implere cessaveris » e simili: dopo la dichiarazione di appello, cioè, l'appellante si è assolutamente disinteressato di far proseguire la causa (*cessaveris*), non presentando i *libelli*, ad integrazione della primitiva manifestazione di volontà, entro i termini a tal fine stabiliti. ORESTANO, *op. cit.*, p. 384, intende invece « cessaveris » con particolare riferimento a D. 49, 5, 5, 4, nel senso di 'desistere', dopo che il giudice « a quo » ha respinto l'appello: come vedremo in seguito, contro tale rifiuto l'appellante ha infatti la possibilità di ricorrere.

del resto avvertita dallo stesso Orestano, il quale afferma: « l'appello orale finisce per cedere il posto alla forma di appello scritto, pur non venendo meno la possibilità di continuare a servirsi del primo nei casi più semplici o in particolari circostanze » ⁽²⁵⁾.

3. La manifestazione (sia scritta che orale) della volontà di appellare, che mette in moto il complesso ingranaggio e la cui essenzialità è messa in luce dai frammenti già esaminati (D. 49, 1, 20, 1-2, e C. 5, 37, 11), appare dunque di per sè sufficiente, come altrove abbiamo accennato, a sospendere l'esecuzione della sentenza, sia pure condizionatamente al compimento di tutti gli altri atti necessari ad instaurare il procedimento di appello, tanto che, fino a quando il giudice non si sia pronunciato sull'appello interposto, tutto deve essere rigorosamente mantenuto nello *statu quo ante* ⁽²⁶⁾, per non pregiudicare i risultati della decisione in seconda istanza. La necessità di impedire qualsiasi mutamento della situazione giuridica preesistente è chiaramente sentita da

D. 49, 7, 1 pr. (Ulp. 4 *de appell.*):

Appellatione interposita, sive ea recepta sit, sive non, medio tempore nihil novari oportet: si quidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est, si vero non est recepta, ne praeiudicium fiat, quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio an non sit.

⁽²⁵⁾ *Op. cit.*, p. 230.

⁽²⁶⁾ Nulla vieta, tuttavia, al giudice di prendere le misure cautelative previste espressamente, quali la continuazione del carcere preventivo, per l'uno o l'altro degli appellanti, quando ciò fosse richiesto dalla legge o forse anche quando non fossero stati presentati idonei garanti, come lascerebbero supporre due costituzioni, C. 7, 62, 6, 3 e C. 7, 62, 12; tuttavia il fatto che nella seconda la menzione del *fideiussor* è senz'altro un'aggiunta posteriore (v. *retro*, p. 109 e nt. 86) porta a dubitare, per lo meno, della classicità del termine.

Il testo mette altresì in luce un altro atto fondamentale del procedimento preliminare, atto che ha un nome denso di significato: *receptio*. La *receptio* appare qui una dichiarazione resa dal giudice « a quo », in seguito ad una serie di accertamenti che, sempre secondo l'Orestano ⁽²⁷⁾, alla cui indagine ancora una volta ci riferiamo, vertevano sull'esistenza dei presupposti e dei requisiti per un appello valido (quindi sulla ricevibilità e ammissibilità dello stesso), e, in una certa misura, sul suo fondamento ⁽²⁸⁾.

Come si vede, il giudice « a quo » disponeva di un certo grado di discrezionalità ⁽²⁹⁾, tanto da poter anche rifiutare la *receptio*; ma in questo caso si riconosceva all'appellante la possibilità di ricorrere contro una decisione di tal genere sia all'imperatore, sia al giudice che sarebbe stato competente in seconda istanza, come ci è confermato da Ulpiano in

D. 49, 5, 5, 5 (5 *de appell.*):

Intra constituta autem appellatoria tempora debet is cuius appellatio non est recepta, vel competentem iudicem vel principem adire ⁽³⁰⁾.

Questa funzione di estremo rilievo attribuita al giudice « a quo » sembra essere stata in seguito notevolmente ridotta, come

⁽²⁷⁾ *Op. cit.*, p. 368 ss.

⁽²⁸⁾ Cfr. ancora ORESTANO, *op. cit.*, p. 311 ss.

⁽²⁹⁾ Tale attività discrezionale viene progressivamente meno nel corso dell'età postclassica, come vedremo meglio in seguito.

⁽³⁰⁾ Il testo è stato ritenuto interpolato in più parti: così [constituta tempora] dal GRADENWITZ, in ZSS., 7 (1889) che vi sostituisce « biduum vel tri-duum » e da H. KRÜGER, in « Arch. lat. lex. » 10 (1898), p. 250, che vi sostituisce « annum » e ancora [vel competentem... audire] dal SOLAZZI, in « Rend. Ist. Lomb. », 54 (1921), p. 181 nt. 4; così anche ORESTANO, *op. cit.*, p. 383, che osserva però come tali eventuali interpolazioni nulla tolgano al principio ivi affermato (che si può cioè ricorrere in caso di *appellatio non recepta*), principio che trova ulteriore riscontro in D. 49, 5, 5, 1 (Ulp. 4 *de appell.*): « Non recepta autem appellatio, si quidem principem appellari oportuit, principi erit supplicandum, sin vero alius appellabatur quam princeps, ille erit adeundus ».

rileva anche l'Orestano, e limitata ad un mero controllo di legittimità degli atti compiuti. prima di trasmetterne una relazione al giudice « ad quem », cui la cognizione della causa viene devoluta. Ecco ancora un punto di contatto con la linea di sviluppo seguita dal processo penale: infatti, come abbiamo visto più indietro, già sul finire dell'età classica il magistrato accoglie l'accusa in seguito ad un semplice controllo di legittimità, regime che, tuttavia, presuppone, corrispondentemente al periodo di maggior sviluppo della *delatio*, una valutazione discrezionale degli elementi addotti, dei requisiti dell'accusa. Nell'uno e nell'altro procedimento notiamo un analogo passaggio, che ci appare più che logico e perfettamente spiegabile: allorchè ambedue sono in fase di formazione, manca una regolamentazione precisa e ampi poteri vengono affidati all'organo giudicante, mentre, man mano che se ne consolida e se ne completa la disciplina giuridica con norme specifiche e inderogabili, la funzione del giudice (nella fase che abbiamo definito istruttoria) si riduce proporzionalmente, per un'esigenza di certezza, indice di una più matura coscienza giuridica.

4. Sostanzialmente il rapporto processuale di appello si costituisce mediante l'incontro di due atti, uno di parte e l'altro magistratuale: l'*appellatio* (dichiarazione accompagnata dai *libelli*) e la *receptio*; ma nè il primo nè il secondo possono adeguatamente documentare l'avvenuta costituzione, sia perchè ne rappresentano due momenti distinti, se pur fra loro interdipendenti, sia perchè l'uno, pur scritto, resta sempre un atto privato (come abbiamo osservato anche a proposito dei *libelli inscriptionum*) e l'altro è essenzialmente un atto orale. D'altra parte sappiamo che il nuovo giudizio si svolgerà davanti ad un altro giudice, cui la questione dovrà essere sottoposta già definita nei suoi termini. Da tutto ciò scaturisce la necessità delle c.d. *litterae dimissoriae* (o *apostoli*), che devono essere redatte dal primo giudice e fatte pervenire al secondo, allo scopo di attestare

la regolare interposizione dell'appello, l'accoglimento dello stesso e l'osservanza delle relative norme, come risulta da

D. 49, 6, 1, pr.-1 (Marcian. 2 *de appell.*):

Post appellationem interpositam litterae dandae sunt ab eo, a quo appellatum est, ad eum, qui de appellatione cogniturus est, sive principem sive quem alium, quas litteras dimissorias sive apostolos appellant. Sensus autem litterarum talis est: appellasse, puta, Lucium Titium a sententia illius, quae inter illos dicta est.

Così come si presentano, le *litterae* sono strumentalmente coordinate alla *receptio*, analogamente all'*inscriptio* ciceroniana, costituendo al tempo stesso per il giudice un atto dovuto (« *litterae dandae sunt* »), per cui, una volta *recepta* l'*appellatio*, egli non può sottrarsi alla redazione del documento. Se tale redazione fosse subordinata alla prestazione di idonee garanzie, non possiamo affermarlo con sicurezza; una costituzione di Diocleziano, riportata in C. 7, 62, 1, 6, sembra escluderlo in modo assoluto:

Apostolos post interpositam provocationem etiam petente appellatore sine aliqua dilatione iudicem dare oportet, cautione videlicet de exercenda provocatione in posterum minime praebenda.

Il riferimento alla cauzione, anche se per negarne la necessità, è oltremodo significativo adombrando un regime anteriore molto diverso (senza considerare la cura con la quale i compilatori hanno evitato, nei corrispondenti titoli del Digesto, ogni e qualsiasi riferimento alla cauzione) ⁽³¹⁾: non dimentichiamo che anche nel processo penale l'accusatore è tenuto a fornire una

⁽³¹⁾ Così ORESTANO, *loc. cit.*, che però pone il problema anche in relazione alla *receptio*.

garanzia per la prosecuzione del processo. Questo stato di cose ci appare pienamente giustificato, se teniamo presente il diverso peso assunto, nel volger degli anni, dalla funzione del giudice *a quo*: infatti essa, originariamente molto importante, si è ridotta col tempo ad una mera trasmissione di atti, priva di qualsiasi discrezionalità⁽³²⁾. Al rilascio di tale documento, che a cura dell'appellante doveva essere trasmesso al giudice superiore, non sembra tuttavia essere stata riconosciuta una posizione di assoluto rilievo nell'ambito dei *sollemnia*: come abbiamo già osservato, tale atto aveva soprattutto valore di documentazione della fase preliminare ai fini del successivo svolgimento, e, per di più, si presentava come atto dovuto⁽³³⁾. Inoltre si prevede anche la possibilità di un rifiuto del giudice *a quo* di redigere il documento, mentre tuttavia il nuovo giudizio segue ugualmente il suo corso regolare solo che l'appellante abbia richiesto « *instanter et saepius* » il rilascio delle *litterae*.

D. 49, 6, 1, 2 (Marcian. 2 *de appell.*)

Sufficit autem *petisse* intra tempus dimissorias *instanter et saepius*; ut et si non accipiat, id ipsum contestetur; nam instantiam petentis dimissorias constitutiones desiderant. [aequum est igitur, si per eum steterit, qui debebat litteras, quo minus det, ne hoc accipienti noceat]⁽³⁴⁾.

(32) Cfr. ORESTANO, *op. cit.*, p. 376 nt. 1; egli richiama due frammenti di costituzioni postclassiche, C. 7, 62, 24 e C. *eod.* 31, dalle quali risulta come, in età postclassica, le *litterae* abbiano ormai assunto la funzione di pura e semplice relazione del giudice 'a quo' al giudice 'ad quem'.

(33) Cfr. C. 7, 62, 1, 6 e D. 49, 6, 1, pr. - 1.

(34) L'ultima frase è stata ritenuta una probabile aggiunta successiva (cfr. *Index Interpolationum*, h. l.); a questa tuttavia l'ORESTANO aggiunge altre espressioni di dubbia genuinità, quale ad es. [intra tempus], in netto contrasto col « *saepius et instanter* ». L'A., *op. cit.*, p. 380 nt. 1, rileva tuttavia che, contro la possibilità di pensare a notevoli interpolazioni di questo testo, sta il fatto che esso rappresenta, di fronte al regime postclassico, uno stadio superato.

Tale circostanza porta a spostare la nostra attenzione dall'atto del giudice all'atto di parte, dalla redazione delle *litterae* alla loro richiesta da parte dell'appellante, al « petisse ». il quale, purchè risulti compiuto « *instanter et saepius* », sostituisce a tutti gli effetti l'atto non rilasciato e induce altresì a pensare (deduzione peraltro non documentabile) che di tale richiesta l'appellante debba in qualche modo dar prova; forse egli si presentava davanti al giudice *a quc* accompagnato da testimoni (conferendo così, fra l'altro, una certa solennità alla sua richiesta), tanto più che, indipendentemente dall'esistenza di conferme testuali, non possiamo trascurare l'esigenza che il giudice *ad quem*, pur in mancanza delle *litterae*, venisse informato sull'effettivo svolgimento della fase preliminare: questo scopo poteva appunto raggiungersi attraverso una testimonianza dei presenti alla richiesta delle *litterae* da parte dell'interessato.

Con la richiesta « *saepius et instanter* » e la conseguente consegna, l'onere di far proseguire il processo passa nelle mani dell'appellante il quale dovrà vigilare che la causa venga regolarmente iscritta a ruolo; analogo impegno veniva disciplinato anche nel processo penale attraverso varie disposizioni che incitavano a tal fine, come « *te adstringe* » e simili ⁽³⁵⁾. Vediamo ad ogni modo

C. 7, 66, 5 (*Imp. Gord. A. Q. Felici*):

Quamvis ancilla, de cuius dominio disceptabatur et a rectore provinciae contra te iudicatum fuerat, in fatum concesserit, tamen cum appellationem super ea interpositam fuisse et in numero cognitionum pendere proponas, ea provocatio suo ordine propter peculium ancillae audiri debet.

Si allude qui all'ulteriore attività svolta dall'appellante: presentazione degli « apostoli » al giudice *ad quem* e conse-

⁽³⁵⁾ Cfr., *retro*, p. 101 ss.

guente iscrizione a ruolo (probabilmente su conforme istanza della parte) e si pongono a fronte due diversi momenti del procedimento preliminare. Da un lato, infatti, abbiamo *appellatio interposita* (molto probabilmente riferita all'intero procedimento davanti al giudice *a quo*) e dall'altro *in numero cognitionum pendere*, ossia l'iscrizione della causa a ruolo. Non si può fare a meno di notare, a questo punto, l'analogia con alcuni passi già considerati, in cui *appellatio* veniva contrapposta a « *sollemnia implere* » ⁽³⁶⁾, come qualcosa di ancora non definitivo; ciò induce a pensare che l'ultimo atto rientrante nei *sollemnia* sia appunto rappresentato dall'iscrizione a ruolo.

Tale atto, tuttavia, presentandosi come una naturale conseguenza degli altri già compiuti, in particolare il riflesso delle *litterae dimissoriae*, si configura piuttosto come una condizione di efficacia del rapporto processuale, già costituito presso il giudice *a quo*: per permettere il regolare e completo svolgimento del giudizio presso il giudice *ad quem*, la causa dovrà infatti essere iscritta a ruolo da quest'ultimo, ovviamente sulla base delle *litterae dimissoriae*.

Un'ultima considerazione è da fare per quanto riguarda gli effetti che si producono alla conclusione della fase preliminare: una volta *recepta l'appellatio*, diviene infatti definitiva la situazione, del resto determinatasi già al momento della presentazione dei *libelli* (condizionata, tuttavia, come abbiamo già notato, al compimento di tutti gli atti richiesti), ed essa non potrà essere modificata che dalla seconda sentenza. Vogliamo al proposito richiamare un frammento già citato precedentemente, e cioè

D. 49, 7, 1 pr.-1 (Ulp. 4 *de appell.*):

Appellatione interposita, sive ea recepta sit sive non,
medio tempore nihil novari oportet: si quidem fuerit
recepta appellatio, quia recepta est, si vero non est

⁽³⁶⁾ Tra gli altri ci sembra particolarmente notevole C. 7, 62, 13 (*Constant.*): « ...vel appellationis a te interpositae sollemnia completa fuerint... ».

recepta, ne praeiudicium, quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio, an non sit; *recepta tamen appellatione tamdiu nihil erit innovandum, quamdiu de appellatione fuerit pronuntiatum.*

Sia l'*appellatio* che la *receptio* hanno effetto sospensivo ⁽³⁷⁾, tuttavia questo si manifesta con diversa intensità nei due casi: nel primo appare condizionato alla pronunzia del giudice sulla ammissibilità dell'impugnazione ⁽³⁸⁾, nel secondo, invece, opera incondizionatamente, per tutta la durata del procedimento di seconda istanza, fino alla nuova sentenza.

Abbiamo così esaurito l'indagine sui singoli momenti della fase preliminare del procedimento di appello, sempre in vista ed in funzione dei *sollemnia appellationis*, non trascurando, al tempo stesso, di mettere in luce i punti di contatto con la corrispondente fase del processo criminale. A questo punto le conclusioni ci sembrano essere implicite in quanto siamo venuti dicen-

⁽³⁷⁾ In relazione all'effetto sospensivo, che più volte abbiamo ricordato come riconducibile alla dichiarazione di appello, dobbiamo tener presente che le fonti non ne parlano esplicitamente; anch'esse, tuttavia, lo sottintendono, usando espressioni affini, quali « nihil erit innovandum ». L'unica chiara allusione è contenuta in C. 2, 4, 32.

⁽³⁸⁾ E' ovvio che l'effetto sospensivo viene meno se l'appello è dichiarato inammissibile. Si potrebbe a ciò obiettare che, in pratica, l'*appellatio* sospende indefinitamente l'efficacia della sentenza dal momento che l'appellante può ricorrere anche contro tale rifiuto, senza limiti di tempo. Indubbiamente, in origine, la funzionalità del meccanismo doveva dipendere più che altro dall'arbitrio della parte. Ben presto deve essersi fatta sentire la necessità di porre dei termini ben precisi, entro i quali tutti gli atti dovevano venir compiuti. Per quanto riguarda l'epoca classica, una testimonianza indiretta può considerarsi quella contenuta nella costituzione di ignoto imperatore (cfr. RICCOBONO, *Fontes iuris romani ante-iustiniani*, I, p. 452), che si preoccupa appunto di fissare il limite massimo per l'inizio dell'udienza. Alla posizione di termini si fa poi riferimento in D. 49, 5, 5, 5 (sicuramente interpolato) e in C. 7, 62, 18 (a. 327), ma è chiaro che sia nell'uno che nell'altro caso la testimonianza è relativa all'età postclassica. Il problema, almeno per quanto riguarda i termini per la *receptio*, dovette senz'altro perdere d'importanza allorchè, anche per ovviare agli abusi del giudice *a quo*, la funzione di questo venne ridotta ad una semplice trasmissione di atti, ad una mera trasmissione burocratica.

do. Infatti, tenuto presente l'effetto costitutivo che le fonti chiaramente riconducono al compimento dei *sollemnia* ⁽³⁹⁾, appare evidente che a tale scopo tendono in via immediata l'*appellatio* e la *receptio* del giudice *a quo*, in via mediata gli altri atti che appaiono strumentalmente coordinati ai primi. Intendiamo cioè parlare delle *litterae dimissoriae*, atto indubbiamente dovuto ⁽⁴⁰⁾, cui può essere attribuita una funzione eminentemente probatoria da svolgersi presso il giudice *ad quem*, e riassuntiva della fase preliminare; della richiesta di queste da parte dell'appellante, atto cui viene riconosciuta una fondamentale importanza soprattutto allorchè il giudice *a quo* si sia rifiutato di rilasciare il documento in questione: in tal caso, infatti, la prova dell'avvenuta regolare richiesta sembra sostituire per contenuto e per effetti il documento non rilasciato; dall'iscrizione a ruolo, mera attività materiale (svolta sulla base delle indicazioni fornite dalle *litterae* o, in mancanza di queste, dalla prova della avvenuta richiesta), che serve praticamente a conferire piena efficacia al rapporto processuale già costituito: infatti, solo dopo l'iscrizione esso dà luogo al regolare svolgimento del giudizio di appello.

5. Passando ora al secondo degli istituti di cui ci siamo prefissi di parlare in questa sede, cinque frammenti, tratti da costituzioni di Diocleziano ⁽⁴¹⁾, ci parlano di *sollemnia* in relazione alle c.d. *causae liberales* e le loro testimonianze sono oltremo-

⁽³⁹⁾ Cfr. *retro*, p. 122 ss.

⁽⁴⁰⁾ A tal fine ci richiamiamo a « *dandae* » di D. 49, 6, 1, pr., e a « *dare oportere* » di C. 7, 62, 1, 6.

⁽⁴¹⁾ Cronologicamente, Diocleziano si pone già in età postclassica, tuttavia, dal punto di vista dell'evoluzione del diritto, egli può ancora essere localizzato in una fase di transizione — che sempre forma l'anello di congiungimento fra due epoche consecutive — tanto più che l'imperatore in questione tende a reinserirsi nel filone della tradizione classica, nell'ambito della vagheggiata idea di restaurazione dell'impero romano. Sull'argomento, vedi da ultimo AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, specialmente pp. 51-108.

do preziose ai fini della nostra indagine. I cinque frammenti cui abbiamo accennato sono :

C. 7, 16, 11 :

...unde si status moveatur quaestio, intellegere vobis licet nihil prodesse posse, quod pater vester honores civiles gessit, *sollemnibus* itaque *ordinatis* apud praesidem provinciae de statu vestro cognoscetur,

C. 7, 16, 15 :

Cum itaque ad examinationem veri omnis iure prodita debeat admitti probatio, aditus praeses provinciae, *sollemnibus ordinatis*, prout iuris ratio patitur, causam liberalem inter vos decidi providebit,

C. 7, 19, 5 :

Cum status quaestionem tibi moveri... commemorares, ordinarium est prius *sollemnibus interpositis*, si hoc iuris admiserit ratio, apud praesidem provinciae decidi...,

C. 8, 45, 18 :

Si status super homine tibi venumdato mota quaestio est, *sollemnibus*, quae iuris admittit ratio, *interpositis*, si secundum libertatem fuerit lata sententia, poteris de evictione... auctorem vel eius fideiussores... convenire,

C. 7, 16, 31 :

Si tibi servitutis improbe moveatur quaestio, *sollemnibus ordinatis* de calumnia vel iniuria... habita contestatione... ⁽⁴²⁾.

In tutti i frammenti citati l'esatto compimento dei *sollemnia*, «quae iuris admittit ratio», appare la «condicio sine qua

⁽⁴²⁾ In relazione a questo testo, LEMOSSE, *Accusation calomnieuse et l'action d'injures*, in «RHD.» 31 (1934), p. 434, afferma che la menzione dell'*actio iniu-*

non » affinché il giudice competente possa pronunciarsi sulla questione ⁽⁴³⁾; ancora una volta proprio ad essi si riporta la costituzione delle parti in giudizio, e conseguentemente, la costituzione del rapporto processuale. In relazione a questi *sollemnia ordinata*, applicati evidentemente nell'ambito della *cognitio*, dal momento che si parla di *praeses provinciae* ⁽⁴⁴⁾, non possiamo trascurare l'opera del Nicolau, veramente fondamentale in materia ⁽⁴⁵⁾. Il Nicolau, dopo aver ricercato quali siano state, in ordine di tempo, le giurisdizioni competenti nelle questioni di stato ⁽⁴⁶⁾, si pone appunto anche il problema della *ordinatio iudicii* ⁽⁴⁷⁾, a proposito del quale osserva che « il ne faut pas y voir quelque chose de spécial à la *causa liberalis*, comme on l'a fait trop souvent, encore moins s'imaginer qu'elle remplace ici la *litis contestatio*, comme l'a soutenu Karlowa ». Come afferma anche in seguito, egli sostiene che nella *cognitio* la *litis ordinatio* non corrisponde alla *litis contestatio* dell'*ordo* ⁽⁴⁸⁾, ma al procedimento *in iure* anteriore a questa e cioè alla presentazione dell'*adsertor libertatis* e alla prestazione della cauzione; nella *cognitio* la *litis ordinatio* segna il momento a partire dal quale « la personne dont l'état était contesté est considérée com-

riae è da considerare interpolata, come dallo stesso già sostenuto in « Tijdschrift voor Rechtsgesch. », 21 (1935), p. 45.

⁽⁴³⁾ Cfr., infatti: « de statu vestro cognoscetur » (C. 7, 16, 11) e « causam liberalem inter vos decidi providebit » (C. 7, 16, 15).

⁽⁴⁴⁾ Senza considerare poi che all'epoca in cui scrive Ulpiano esiste il *praetor liberalium causarum*. L'istituzione di questo magistrato si riporta, con ogni probabilità, al movimento di riforme giudiziarie dovute a Settimio Severo e, più precisamente, va posta intorno al 220 d. C., come sembra confermato da una iscrizione di quest'epoca; cfr. DI PAOLA, *La litis contestatio nella cognitio extra ordinem*, in « Ann. Catania », 2 (1948), p. 267, ed anche NICOLAU, *Causa liberalis*, Paris 1933, pp. 13 ss., pp. 67 ss. e spec. p. 69.

⁽⁴⁵⁾ V. nota precedente.

⁽⁴⁶⁾ *Op. cit.*, p. 13 ss.

⁽⁴⁷⁾ *Op. cit.*, p. 114 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. però Fest., s. v. *Contestari litem*, (50 Lindsay): « contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: 'Testes estote' ». Sul valore di « *litis ordinatio* » non vi possono dunque essere molti dubbi.

me libre, 'ordinata liberali causa, liberi loco habetur' » ⁽⁴⁹⁾. Ricercando il valore dell'espressione « lis (causa ordinata) », il Nicolau richiama un passo da noi già esaminato precedentemente,

C. 9, 45, 1 (*Imp. Gord. A. Anniano*):

Is demum in senatum consultum incidisse videtur qui... detulit et causa ordinata, id est inscriptionibus depositis et fideiussore de exercenda lite praestito, non impetrata abilitatione... destitit,

e ne deduce che *litis ordinatio* indica il compimento delle formalità necessarie « pour pouvoir agir » ⁽⁵⁰⁾ (cioè nomina dell'*adsertor* e prestazione delle relative cauzioni): ed è ciò che egli identifica appunto con i *sollemnia ordinata* ⁽⁵¹⁾. Non ci sembra di poter accettare su ogni punto le conclusioni formulate dal Nicolau, che si basa su un'interpretazione di C. 9, 45, 1 a nostro avviso non esatta. Egli afferma infatti che *litis ordinatio* o *causa ordinata* indicano il compimento delle formalità necessarie ad agire, distinguendosi perciò dalla *litis contestatio* che conclude la fase preliminare ⁽⁵²⁾, mentre come già a suo tempo abbiamo avuto modo di rilevare, il frammento attesta che, compiute tali formalità, l'accusato va incontro alle sanzioni previste dal S. C. Turpilliano. Ciò vuol dire che il rapporto si è già costituito, una volta concluso il procedimento preliminare: come si spiegherebbe, diversamente, l'applicabilità del S.C.? Ma non basta. Il Nicolau parla anche di « pouvoir agir », come conseguenza ricon-

⁽⁴⁹⁾ *Op. cit.*, p. 115.

⁽⁵⁰⁾ *Loc. cit.*

⁽⁵¹⁾ *Op. cit.*, p. 116: « il fallait par conséquent que ces diverses personnes acceptassent à tour de rôle la fonction juridique qu'elles devaient remplir: c'est ce que les constitutions impériales désignaient par l'expression courante *sollemnibus ordinatis* (C. I. 7, 16, 11-15-31) ».

⁽⁵²⁾ *Op. cit.*, p. 117: « La lis est ordinata au moment même où les cautions ayant été acceptées, le prétendu esclave est mis en liberté... Ce n'es qu'après cela qu'a lieu la *litis contestatio* ».

ducibile al compimento delle varie formalità della *litis ordinatio*, da lui stesso identificate proprio con quei *sollemnia ordinata* che, come risulta invece con ogni evidenza dal complesso dei testi finora esaminati, stanno ad indicare l'esercizio dell'azione, con il pratico effetto di costituire il relativo rapporto processuale. D'altra parte, lo stesso Nicolau praticamente lo ammette quando afferma che proprio in seguito ai *sollemnia ordinata* il preteso schiavo è messo in libertà. Non è forse questo il primo effetto riconducibile all'avvenuta costituzione del rapporto? Inoltre, in che cosa praticamente consisterebbe la *litis contestatio*? Lo stesso Nicolau non affronta il problema, lo sfiora appena, limitandosi a notare che essa ha luogo dopo i *sollemnia*. Il fatto è che all'istituto in questione non può adattarsi la *litis contestatio* classica, che risulta assolutamente incompatibile con esso. Ed in ciò consiste appunto l'errore del Nicolau: perchè, se pure si parla di *litis contestatio* nella *cognitio extra ordinem*, non se ne parla certo negli stessi schemi e termini propri del sistema dell'*ordo*, ma con valore e finalità completamente diverse, come ha messo in evidenza il Di Paola in un'opera *ex professo* dedicata a quest'argomento ⁽⁵³⁾. Il termine in questione viene usato nella *cognitio*, sempre secondo l'A. citato ⁽⁵⁴⁾, per indicare un momento del procedimento preliminare, per essere più precisi « quella fase del procedimento in cui le parti, convenute per la prima volta assieme davanti al magistrato, proponevano i termini della controversia, chiudendo così quella che doveva essere considerata come la fase iniziale del processo » ⁽⁵⁵⁾. A riprova delle sue affermazioni, il Di Paola ⁽⁵⁶⁾ riporta un testo che direttamente riguarda il nostro argomento.

⁽⁵³⁾ *La litis contestatio*, cit.

⁽⁵⁴⁾ Sulla *litis contestatio* nel sistema della *cognitio* vedi tuttavia lo studio del BISCARDI, *Le papyrus de la prokatarxis*, di prossima pubblicazione in « RIDA ». Lo stesso A. ha tenuto in proposito una comunicazione, di cui vedi la cronaca di GANDOLFI, in « Labeo » 10 (1964) p. 145.

⁽⁵⁵⁾ *Op. cit.*, p. 295.

⁽⁵⁶⁾ *Loc. cit.*

D. 38, 2, 16, 3 (Ulp. 45 *ad ed.*):

Petisse in servitutem non videtur qui ante litem contestatam destitit [sed et si post litem contestatam, dicendum est nec id nocere debere, quia non usque ad sententiam duravit] ⁽⁵⁷⁾.

La *petitio in servitutem* non s'intende realizzata se l'attore « ante litem contestatam destitit »: ciò vuol dire che prima della *litis contestatio* non sono ancora definiti i termini della questione e che, d'altra parte, dopo di essa quei termini sono invece così nettamente determinati che il processo può ormai proseguire anche senza l'intervento dell'attore. Ed è logico che una estensione o, meglio, un adattamento del concetto di *litis contestatio* in un ambito assolutamente diverso da quello naturale non possa essersi compiuto se non tenendo conto dei suoi effetti pratici, più che della sua struttura intrinseca ⁽⁵⁸⁾, considerandola cioè come l'atto costitutivo del rapporto processuale: sotto questo aspetto, già nell'ultima età classica è concepibile un suo avvicinamento ad istituti con identica funzione, quali appunto i *sollemnia*. Accanto alle altre affinità precedentemente messe in luce, e cioè avere gli stessi effetti costitutivi, essere istituti appli-

⁽⁵⁷⁾ La critica ha concordemente ritenuto interpolata la seconda parte del testo riportato: essa, infatti, appare assolutamente inconciliabile con la prima, che anzi annulla. Da questa constatazione indiscussa, dice il DI PAOLA, deriva come inequivocabile conseguenza la genuinità della prima parte del testo, che è poi quella che direttamente ci interessa. Il fatto che il passo sia tratto da un'opera *ad edictum* può far dubitare sulla riferibilità di questa testimonianza alla *cognitio*. Il DI PAOLA, ponendosi lo stesso problema (anche se non in seguito allo stesso rilievo) sostiene che nel passo citato la *litis contestatio* si riferisce senz'altro alla *cognitio* e ciò per una serie di motivi, ma soprattutto perchè, per l'epoca di Ulpiano, è assolutamente certa l'esistenza del *praetor liberalium causarum* (cfr., *supra*, p. 140 nt. 44); questa considerazione di ordine cronologico deve essere messa in relazione « con la dottrina che esclude le *causae liberales* dalla competenza dei *centumviri*, restringendo questa alle sole cause ereditarie (vedi Bozza, *Sulla competenza dei centumviri*, Napoli 1928, p. 20 ss.) o anche ad alcune *vindicationes*, con esclusione delle *causae liberales* »; in seguito a queste precisazioni non possono più esservi dubbi sulla riferibilità del testo alla *cognitio*.

⁽⁵⁸⁾ In tale senso cfr. le opere del BISCARDI più volte citate.

cati nell'ambito della *cognitio*, avere assunto la comune qualifica di « *sollemnia* » più o meno nello stesso periodo di tempo — la fine dell'età classica —, il procedimento preliminare del processo penale, quello dell'appello, quello delle *causae liberales* sono dunque unificati anche dall'accostamento all'istituto della *litis contestatio* ⁽⁵⁹⁾; tale circostanza è sintomo del progressivo chiarificarsi del concetto dell'unità del fenomeno processuale. Una generale applicabilità dei *sollemnia* nell'ambito del processo è documentata del resto, sia pur al di là dei limiti tradizionali dell'età classica, da una costituzione di Diocleziano (ancora legato al diritto classico, come abbiamo precedentemente osservato) e da una di Costantino (ormai emancipatosi dalla tradizione classica) che ci parlano appunto di *sollemnia* con riferimento alla *cognitio* in materia civile.

C. 7, 43, 8:

Consentaneum iuri fuit temporibus ad praesentiam partis adversae praescriptis praesidem provinciae *impleta iuris sollemnitate* et adversario tuo trinis litteris vel uno pro omnibus peremptorio edicto, ut praesentiam sui faceret, commonefacto, si in eadem contumacia perseveravit, praesentis adlegationes audire;

C. Th. 2, 6, 4:

Quod si successor minoris aetatis sit, postquam datus tutor sive curator *sollemnia susceptae defensionis impleverit*, tempus dinumerari conveniet.

Nelle due costituzioni *sollemnia* e *sollemnitas* alludono ancora al compimento di determinati atti idonei alla costituzione delle parti in giudizio.

⁽⁵⁹⁾ Per essere precisi, tale accostamento non ci risulta espressamente per quanto riguarda l'appello, ma possiamo facilmente dedurlo dalla dimostrazione offerta dal DI PAOLA, circa la generale applicazione del termine *litis contestatio* nell'ambito della *cognitio extra ordinem*.

6. Una volta accertato che i *sollemnia* non costituiscono un fenomeno di limitate proporzioni, ma anzi hanno generale applicazione nell'ambito del processo (anche se per l'età classica, entro i confini tradizionali, dobbiamo limitarli al campo penale ed all'appello, sia civile che penale), resta da stabilire — e questa necessità si impone ora con maggiore insistenza — perchè questi atti o, più precisamente ormai, perchè questo atto complesso viene designato *sollemnia*, quale valore debba attribuirsi all'espressione e, in particolare, al termine *sollemnis*, sul quale l'espressione appare impostata, e, infine, perchè di *sollemnia* si comincia a parlare solo all'età dei Severi. In pratica questi problemi, come osservavamo all'inizio del capitolo, sono interdipendenti e la soluzione di uno porta come conseguenza la soluzione degli altri, naturalmente connessi. A tal fine dobbiamo ormai, come ci eravamo proposti, completare il quadro dei *sollemnia iuris*, estendendo la ricerca di questi ultimi e del relativo valore in un ambito più ampio, e soprattutto considerare l'evoluzione del termine *sollemnis* nel corso dei secoli, con particolare riferimento all'epoca che direttamente ci interessa.

Il problema dei *sollemnia iuris* è naturalmente connesso con quello delle forme solenni e dei negozi formali che hanno subito, nel corso dei secoli, una profonda trasformazione, parallelamente all'affacciarsi di nuove e diverse esigenze: è dunque opportuno un breve cenno sull'argomento, senza la pretesa di esaurirlo, al solo scopo di meglio inquadrare il nostro problema.

Il più antico diritto romano, come tutti i diritti primitivi, è caratterizzato dall'esistenza di complessi formularii che, sorti in perfetta corrispondenza di precise esigenze pratiche, si riducono in seguito, venuti a mancare i presupposti che avevano loro dato vita, ad una pura forma inderogabile, come tutto ciò che la tradizione aveva trasmesso, suscettibili perciò di qualsiasi contenuto ⁽⁶⁰⁾. Caratteristica comune è l'oralità, che si identifica

⁽⁶⁰⁾ Così nella *manus iniectio* o nella *legis actio sacramenti*, il cui formulario, in epoca storica, riproduce l'originario modo di risolvere le questioni e si

perciò con solennità: in tutti questi negozi, infatti, si richiede la pronunzia di determinate parole, formule sacramentali, così nella *mancipatio*, nella *stipulatio*, nel *testamentum per aes et libram*, nel procedimento delle *legis actiones*, ed è da tale pronunzia, indipendentemente dalla volontà, che scaturiscono i vari effetti giuridici, come solennemente e drasticamente sancisce il famoso versetto delle XII Tavole (6, 1):

Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupas-
sit ita ius esto ⁽⁶¹⁾.

Le forme solenni si mantengono inalterate, apparentemente, secondo quanto risulta dalle fonti, per tutta l'età classica, e ven-

spiega solo pensando che in origine realmente il creditore, o chiunque avesse ricevuto un torto, prendeva per il collo il suo debitore e che i due soggetti che si contendevano la proprietà di una cosa cercavano a vicenda di strapparsela (cfr. ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 111). Così anche nella *mancipatio*: tutto il complesso formulario tramandato dalle fonti ha la sua ragion d'essere solo in una società primitiva in cui è necessaria la presenza di tutti i membri (in numero limitato alle origini), per attribuire ad uno scambio immediato contro corrispettivo pecuniario il riconoscimento ufficiale, e di un *libripens* che controlli la quantità di *aes rude* data in cambio, non esistendo la moneta conosciuta (cfr. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma 1933, p. 85: « come queste forme generali di diritto abbiano avuto origine non sappiamo: ...in genere queste forme civili o hanno un'origine religiosa, attribuendo effetto giuridico alla parola data, alla promessa posta sotto la protezione della divinità, o hanno origine sostanziale, ossia in origine sono negozi sostanziali, con l'andar del tempo si riesce a fondere la loro causa sostanziale con la forma civile che rivestono e divengono negozi tipici formali. Ciò accade per es. nell'emancipazione romana »). In seguito, quando la città si espande e, conseguentemente, l'organizzazione si fa più complessa, è chiaro che tale meccanismo non corrisponde più alla realtà, ma si conserva come tutto ciò che è stato consacrato dalla consuetudine, ed è come tale insopprimibile. La *mancipatio* diviene così uno dei tipici negozi formali, un negozio simbolico (*imaginarium venditio*), il cui compimento appare tuttavia indispensabile per la costituzione od il trasferimento di diritti reali, per il *testamentum*, per l'*adoptio*, per l'*emancipatio* e così via, senza alcuna modifica rispetto allo schema originario: resta perfino il *libripens*, che di tutti gli elementi è senz'altro il più anacronistico. Analogo discorso può farsi per tutti gli altri negozi formali che le fonti ci hanno tramandato.

⁽⁶¹⁾ Cfr. ancora XII Tab., 5, 3: « uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto ».

gono man mano abolite nel corso del IV e V secolo d. C. ⁽⁶²⁾: ciò ha condotto a ritenere interpolati tutti i passi del *Corpus Iuris*, relativi all'epoca classica, in cui, più o meno esplicitamente, si parla di *voluntas* e di *animus*, con la conseguente attribuzione in massa di tutte le teorie sulla *voluntas* alle scuole postclassiche e bizantine. A questo proposito, le lunghe e minuziose indagini del Riccobono ⁽⁶³⁾ hanno scalzato in più punti tali drastiche affermazioni, mettendo in luce un ben diverso stato di cose. Richiamandosi, tra l'altro, anche al Costa, il Riccobono sostiene ⁽⁶⁴⁾ — com'è noto — che il movimento tendente a mettere nel dovuto rilievo l'elemento volontaristico anche nei negozi formali si era già iniziato all'epoca di Cicerone ⁽⁶⁵⁾, in seguito alla diffusione in Roma della retorica aristotelica (prevalenza, in caso di conflitto, della volontà del legislatore o del privato, nella sfera dell'autonomia negoziale, sulla lettera della legge o sui *verba* della dichiarazione), continuando poi per tutta l'età classica, saggiamente indirizzato dall'opera della giurisprudenza. Il mutamento non poteva certo essere brusco, pur tuttavia la vecchia tradizione dell'interpretazione letterale doveva, giorno per giorno,

⁽⁶²⁾ Cfr., del resto, *Inst.* 3, 15, 1: « Sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt ».

⁽⁶³⁾ Tra le numerose opere relative a questo problema vedi in particolare: *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, in « Mélanges Cornil », Gand 1926, II, p. 235 ss.; *Punti di vista critici e ricostruttivi. A proposito della dissertazione di L. Mitteis*, in « Ann. Palermo », 12 (1929), p. 500 ss.; *Prefazione a « Summus ius-summa iniuria »* dello STROUX, in « Ann. Palermo », 12 (1929), p. 639 ss.; *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in « Studi Bonfante », 1929, I, p. 124 ss.; *Origine e sviluppo del dogma della volontà nel diritto romano*, in « Atti del Congr. Intern. di dir. romano », Roma 1933, I, p. 177 ss.; *L'importanza ed il decadimento delle forme solenni nel mondo romano*, in « Miscell. Vemeersch », Roma 1935, p. 15 ss.

⁽⁶⁴⁾ In *Punti di vista*, cit., pp. 523-24.

⁽⁶⁵⁾ A conferma della sua tesi egli riporta un passo tratto dai *Topica*, in cui si accenna appunto a controversie relative a contrasti tra *verba* e *voluntas* (*Top.*, 26): « discrepantia scripti et voluntatis non magis in legibus quam in testamentis, in stipulationibus, in reliquis rebus, quae ex scripto aguntur, posse controversias easdem existere ». Anche ORESTANO, *op. cit.*, p. 128, afferma che l'antitesi *verba-voluntas* si prospetta già sul finire della repubblica.

essere rinnovata, sostituita da decisioni nuove, determinate dalla volontà in concreto. Solo verso la fine dell'epoca classica, sotto Adriano, si incontrano le prime formulazioni teoriche, che rappresentano la sintesi di una lunga speculazione, il frutto dell'elaborazione scientifica di oltre due secoli ⁽⁶⁶⁾.

I risultati delle indagini del Riccobono consistono sostanzialmente nell'aver messo in luce che nell'ultima età classica le forme solenni sono in gran parte svalutate: non rappresentano più la sostanza degli atti e l'unica energia produttrice di effetti giuridici. Ancora in vita, esse hanno assunto una diversa funzione, essendo divenute « la veste esteriore dell'atto giuridico, come l'impronta delle monete secondo la frase dello Jehring o, come più efficacemente spiega lo Scialoja, destinate alla garanzia dell'autenticità, della serietà e della ponderazione della volontà medesima ⁽⁶⁷⁾ ».

La concezione del Riccobono, che si fonda principalmente sulla teoria retorica della *interpretatio legis*, posta nel dovuto rilievo dallo Stroux ⁽⁶⁸⁾, non fu — come è pure noto — universalmente accettata ⁽⁶⁹⁾, ma anzi sollevò, da più parti, critiche ed

⁽⁶⁶⁾ E' di Celso il passo riportato in D. 33, 10, 7, 2, che afferma la rilevanza della volontà in materia testamentaria e che il RICCOBONO, in *Formazione della teoria*, cit., p. 138, così commenta: « La volontà è la forza efficiente degli effetti giuridici (*prior ac potentior*); la voce è necessaria come requisito richiesto dallo *ius civile* per esprimere il contenuto della volontà ». Ed è logico che proprio in questo campo lo sviluppo sia molto più rapido: infatti, dato il carattere unilaterale del testamento, più facilmente si poteva tener conto dell'intento individuale. Di poco posteriore è il principio documentato da Ulpiano, D. 2, 14, 1, 3, che ripete l'elegante formulazione di Pedio in relazione ai negozi anche solenni del commercio: « nullum esse contractum, nullam obligationem quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat ». In altre parole, per la validità ed efficacia di tali negozi, presupposto è l'accordo delle parti sull'oggetto del negozio, anche se esso non appare all'esterno, come nella *mancipatio*, in *iure cessio*, ecc., che si presentano « uno loquente ».

⁽⁶⁷⁾ *Origine e sviluppo*, cit., p. 126.

⁽⁶⁸⁾ *Summus ius-summa iniuria*, Leipzig-Berlin 1926 (trad. it. FUNAIOLI, con prefazione di S. RICCOBONO, in « Ann. Palermo », 12 (1929), pp. 647-691).

⁽⁶⁹⁾ Tra gli scritti più recenti, vedi BIONDI, recensione a KASER, *Das römische Privatrecht*, I, in « Iura », 7 (1956), p. 185, il quale esponendo il pensiero del KASER sulla critica interpolazionistica, afferma: « le idee manifestate in questo

obiezioni più o meno fondate ⁽⁷⁰⁾, in quanto, indubbiamente, si trattava di una concezione che rivoluzionava tutto il sistema della dottrina interpolazionista, proponendo, al tempo stesso, una radicale revisione di molti problemi. Tale concezione ha trovato un'ulteriore conferma nei risultati dell'indagine svolta dal Lanfranchi sulle *Controversiae* di Seneca, sulle *Declamationes* dello Pseudo-Quintiliano e su quelle di Calpurnio Flacco, quali fonti di cognizione del diritto romano ⁽⁷¹⁾. Pur non esclu-

campo da Salvatore Riccobono da oltre un trentennio hanno prodotto buoni frutti. Se consideriamo la letteratura romanistica degli ultimi tempi possiamo constatare che, salvo eccezioni, eccellenti trattazioni, generali e monografiche, sembrano ignorare la stessa esistenza delle interpolazioni; qualcuna è segnata, ma quasi a scopo ornamentale ed erudito». Aderisce parzialmente alle teorie del RICCOBONO il KASER, *Das römische Privatrecht*, II, München 1959, il quale, studiando l'evoluzione postclassica del diritto e cercando di individuarne i fattori storici, tende a svalutare quelli ritenuti tradizionalmente principali, come l'ellenismo, il cristianesimo, l'instaurazione della monarchia assoluta. Pur non negando l'influenza di questi fattori (egli critica ad es. la tesi del RICCOBONO contraria ad ammettere apporti greci od orientali: cfr. p. 7 nt. 20), la restringe, tuttavia, entro confini piuttosto limitati. Sull'opera del KASER, vedi la recensione di PUGLIESE, in «Iura», 11 (1960), p. 303 e quella di ARCHI, in «SDHI.», 26 (1960), p. 329 ss.

⁽⁷⁰⁾ Tra gli oppositori si distingue soprattutto l'ALBERTARIO, il quale, nella sua replica, *La crisi del metodo interpolazionistico*, in «Studi Bonfante», I, pp. 609-672 (ripubblicata in *Studi di dir. romano*, V, Milano 1937, p. 67 ss.), ha cercato di ribattere, punto per punto, le affermazioni del RICCOBONO. Dopo aver osservato che l'attività svolta dal grande maestro dal 1917 in poi è in aperta contraddizione con tutte le precedenti teorie dello stesso, aggiunge che, proprio in questa seconda parte della sua produzione, esistono intimi e insanabili contrasti. La critica dell'ALBERTARIO si articola in cinque proposizioni (secondo l'esatta formulazione del LANFRANCHI, *Il diritto dei Retori romani*, Milano 1938, p. 9), delle quali ci interessano soprattutto le prime tre: 1) l'influenza della filosofia e della retorica sulla giurisprudenza romana non deve misurarsi su quella, innegabile, che hanno esercitato sulle scuole filosofiche e retoriche in Roma; 2) deve essere posta una netta differenza fra la romana *aequitas*, presente fino all'età dei Severi, e l'aristotelica *ἐπιείκεια* delle elaborazioni postclassiche e della compilazione giustiniana; 3) nell'antitesi della *voluntas* a *verba* e *scriptum* esiste una netta distinzione fra l'orientamento della giurisprudenza romana e quello dei compilatori giustiniane. A parte il fatto che l'antitesi in questione già si prospetta in età repubblicana, come ha rilevato anche l'ORESTANO, *Augusto e la cognitio*, cit., p. 153 ss., ci sembra che, pur con le dovute riserve, l'indagine del LANFRANCHI, come vedremo tra breve, abbia portato prove in contrario alle affermazioni dell'ALBERTARIO.

⁽⁷¹⁾ *Op. ult. cit.*

dendo le comprensibili riserve su un'opera di tal genere ⁽⁷²⁾ — dal momento che le fonti retoriche sono molto spesso ispirate a repertori greci — riconosciamo, tuttavia, col Lanfranchi non solo che un'indagine giuridica delle fonti retoriche si è resa necessaria, dopo le teorie di Stroux e Riccobono, ma anche che i retori, pur non essendo dei giuristi — e questo traspare dalla stessa formulazione dei concetti —, sono più vicini alla realtà del mondo giuridico di quanto non si creda, e conoscono una parte del diritto normalmente usato, quella parte che più si presta ad ampie divagazioni o permette di prospettare problemi di carattere morale o filosofico. Eliminata, ovviamente, la parte non giuridica, possiamo perciò ricavare dall'esperienza dei retori molte notizie che, cronologicamente, si riportano all'epoca classica. Queste notizie riguardano in particolare i concetti di *voluntas* e di *aequitas*, il quale ultimo sembra usato con un valore molto diverso da quello normalmente attribuito ai classici ⁽⁷³⁾: da ciò consegue che « o i nostri retori esprimono un concetto di *aequitas* che è normale per il loro tempo, o essi iniziano un movimento che porterà alla totale trasformazione del concetto classico e quindi ad essi, anche in questo caso, va riportato quello che normalmente si attribuisce ai giustiniane » ⁽⁷⁴⁾.

A questo punto, prendendo posizione nei confronti delle teorie suesposte, ci sembra di poter sostanzialmente accogliere

⁽⁷²⁾ Le naturali limitazioni di un'opera del genere già erano state messe in luce, tra gli altri, dal PAOLI, *Droit attique et droit romain dans les rétheurs latins*, in « RHD », 31 (1935), p. 175 ss.

⁽⁷³⁾ L'ALBERTARIO aveva appunto distinto in questi termini l'*aequitas* classica da quella giustiniana: la prima è la norma positiva, considerata nel suo aspetto finale o anche la norma che non è ancora diventata *ius*, ma la coscienza sociale esige che lo diventi, mentre la seconda « coincide assai frequentemente con la nozione aristotelica e cristiana dell'equità e si denomina spesso *humanitas*, *benignitas*, *pietas*, *caritas* » (*La crisi*, cit., p. 642). Il LANFRANCHI ricorda invece il passo di Quintiliano in cui, senza equivoci, l'aggettivo *aequus* è applicato proprio alla parola *pietas* (ciò implica, fin da quell'epoca, un riavvicinamento tra i due concetti): *Decl. min.* V, « accipite, iudices, maiorem pietatis aequae probationem ».

⁽⁷⁴⁾ *Op. cit.*, p. 108.

le affermazioni del Riccobono, nonostante le critiche che gli sono state mosse. In esse è contenuta una indiscutibile verità, anche se l'A., appassionatosi alla sua tesi, l'ha voluta sostenere fino in fondo, arrivando a conclusioni troppo estremiste: questo, se mai, è l'appunto che gli si può muovere. Non si può infatti annullare completamente il contributo delle scuole postclassiche, dei diritti, della mentalità orientale, ma, al tempo stesso, indubbiamente, non si può parlare, come alcuni in pratica hanno voluto, di una assoluta contrapposizione fra diritto classico e postclassico, come due sistemi completamente diversi, bensì piuttosto di una ininterrotta evoluzione del diritto che, compiuta in età postclassica, era stata iniziata e sviluppata dai giuristi classici ⁽⁷⁵⁾. Senza soluzione di continuità le scuole postclassiche si inseriscono dunque nel filone già tracciato degli illustri predecessori, sviluppando concetti che in essi si trovano ancora allo stato embrionale e solo in alcuni campi, così ad es. in materia testamentaria, erano arrivati ad una formulazione teorica. Questo ridimensionamento di valori e di posizioni è stato possibile solo in seguito alle indagini del Riccobono, cui deve ascriversi il merito di aver fatto luce su aspetti ancora ignorati, o almeno in gran parte trascurati, dell'evoluzione del diritto romano.

7. Chiusa la necessaria parentesi, passiamo a prendere in considerazione il termine *sollemnis* nelle sue varie accezioni e soprattutto nelle varie sfumature che assume in epoche successive, corrispondentemente al progredire della coscienza giuridica: il che ci permetterà di constatare, fra l'altro, come il significato di *sollemnis* si sia modificato secondo una linea di sviluppo che rispecchia fedelmente l'evoluzione delle forme solenni del diritto romano, or ora esaminata.

Il valore originario del termine è documentato da Festo

⁽⁷⁵⁾ Su questa stessa linea, accettando quindi sostanzialmente le affermazioni del RICCOBONO, si pone l'ORESTANO, *Augusto e la cognitio*, cit., p. 153 ss. Cfr. anche, dello stesso A., *Introduzione allo studio del diritto romano*², Torino 1961, p. 672 ss.

(s.v. *sollo*, 385 Lindsay) che ci fornisce, al tempo stesso, la derivazione etimologica:

Sollo osce dicitur id quod nos totum vocamus... sollemne quod omnibus annis praestari debet.

Mentre la derivazione etimologica proposta appare scarsamente attendibile, possiamo senz'altro accettare il significato che lo stesso Festo attribuisce al termine in questione: infatti, anche secondo l'opinione dei glottologi ⁽⁷⁶⁾, in origine *sollemnis* indica tutto ciò che si ripete periodicamente ⁽⁷⁷⁾ e passa poi a significare, per naturale conseguenza, ciò che è 'consuetudo'.

Leggiamo infatti

Cic., *ad Att.* 7, 6:

nostrum illud solemne servemus ut ne quem istuc euntem sine litteris dimittamus,

dove *sollemne* vale « il nostro solito costume »;

Tac., *Ann.* 3, 6:

proin repeterent sollemnia et, quia ludorum Megalesium spectaculum suberat, etiam voluntates resumerent,

⁽⁷⁶⁾ Cfr. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*³, Paris 1951, s.v. *sollemnis*: « adjectif de la langue religieuse, s'appliquant à des cérémonies, rites, coutumes solennellement suivis et célébrés à date fixe... Le nom *sollemnis*, *sollemnia*, s'emploie avec le sens de 'coutume religieusement suivie, solennité, cérémonie religieuse': *soll. nuptiarum, funerum*; et aussi de 'coutume ancienne' (peut-être par un rapprochement avec *soleo* »). La derivazione etimologica non è comunque sicura: infatti, anche se generalmente si accetta l'identificazione della prima parte della parola con l'aggettivo osco « *sollus* », come già Festo proponeva, ancora incerta è l'identificazione della seconda parte, che gli antichi avevano impropriamente ricollegato ad « *annus* ».

⁽⁷⁷⁾ Cfr. Fest., s. v. *sollemnia* (467 Lindsay): « Sollemnia sacra dicuntur quae certis temporibus annisque fieri solent »; Liv. 3, 15: « Et a Volscis et Aequis statum iam ac prope sollemne in singulos annos bellum timebatur, propiusque aliud novum malum inopinato exortum » e 3, 36: « Idus tum Maiiae sollemnes ineundis magistratibus erant ».

dove ancora *sollemnia* significa « le solite faccende »; e finalmente anche ciò che è 'formale', valore documentato dall'accostamento ad *ius* di

Val. Max., 4, 1, 2:

... non prius Veios ad accipiendum exercitum ivit,
quam de dictatura sua omnia *sollemni iure* acta com-
perisset,

in cui *ius sollemne* = *ius civile* (che è appunto essenzialmente formale). Se questo è il valore del termine per tutta l'età repubblicana e, probabilmente, nei primi decenni del principato, in seguito ed in virtù di quella evoluzione, le cui tappe sono state messe in luce dal Riccobono, tale valore subisce una lenta ma ininterrotta trasformazione, di cui restano tracce nell'opera degli ultimi giuristi classici. Non vogliamo arrivare a sostenere che *sollemnis* ha totalmente perduto il significato di 'formale' ⁽⁷⁸⁾, ma ci sembra opportuno mettere nella dovuta evidenza alcuni passi che, a nostro avviso, attestano modificazioni più o meno essenziali nel valore attribuito al termine in questione, fino ad arrivare a spiegare e giustificare la *regula iuris* contenuta in D. 50, 17, 183: « Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit subveniendum est ».

Cominciamo con l'esaminare un frammento relativo alla materia testamentaria, citato proprio dal Riccobono a conferma della sua tesi. Si tratta di

D. 28, 1, 21, 1 (Ulp. 2 *ad Sab.*):

Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. Quod vero quis obscurius in testamento vel noncupat vel scribit, an post sollemnia explanare possit, quaeritur... et puto posse: nihil enim nunc dat, sed datum significat.

⁽⁷⁸⁾ Tale valore è del resto confermato da alcuni passi: D. 3, 3, 46, pr.; C. 2, 38, 2; C. 8, 44, 15, 15; C. 7, 14, 11.

La giurisprudenza ammetteva dunque che il testatore potesse chiarire in atto separato o correggere espressioni ambigue del testamento: da ciò consegue, come a suo tempo aveva esattamente rilevato Riccobono ⁽⁷⁹⁾, che la dichiarazione ha importanza per la forma, mentre il contenuto dell'atto è determinato dalla volontà. Significativa è la motivazione della risposta: è possibile una precisazione, in quanto con tale atto non si aggiunge nè si toglie alcunchè al contenuto del testamento, ma solo si mette in chiaro qualcosa che già era stato detto, anche se non in modo esplicito.

Ugualmente degno di rilievo ci appare

D. 28, 3, 1 (Pap. 1 *def.*):

Testamentum aut non iure factum dicitur, ubi sollemnia iuris defuerunt, aut nullius esse momenti, cum filius qui fuit in patris potestate praeteritus est...

Qui si considerano due diversi aspetti della invalidità del testamento: nullità sostanziale (*nullius esse momenti*) per preterizione del figlio « in patris potestate » e irregolarità formale per inosservanza dei *sollemnia iuris*, anzi con maggior esattezza potremmo parlare di illegittimità formale, dal momento che la conseguenza cui si va incontro è che il testamento risulta « non iure factum ». Ancora una volta appaiono nettamente distinti: sostanza (contenuto) e forma dell'atto; vediamo inoltre che la equazione si pone in questi termini: 'adempimento dei *sollemnia*' = 'osservanza di precise norme giuridiche'.

Questa testimonianza di Papiniano si pone come ponte di passaggio fra la vecchia e la nuova concezione. Ben più probanti ci sembrano tuttavia altri passi come

D. 28, 1, 21, pr. (Ulp. 2 *ad Sab.*):

...quid est palam? non utique in publicum sed ut exaudiri possit: exaudiri autem non ab omnibus, sed

⁽⁷⁹⁾ La formulazione della teoria, cit., p. 137.

a testibus: et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit *sollemnem numerum* exaudire,

dove, senza dubbio, '*sollemnis*' = 'legale';

C. 5, 65, 2 (*Imp. Gord. A. Celeri veterano*, a. 239):

Quod placuit veteranos tantummodo conveterani filiorum seu militum, et quidem unam tutelam seu curam eodem tempore administrare compelli, eo pertinet ut, si aliis dati fuerint, intra *sollemnia tempora* causas excusationis apud competentem iudicem deferant,

dove '*sollemnia tempora*' = 'termini legali' (ossia espressamente stabiliti da una norma giuridica) ⁽⁸⁰⁾;

C. 6, 23, 3 (*Imp. Alex. A. Antigono*, a. 232):

Ex imperfecto testamento nec imperatorem hereditatem vindicare saepe constitutum est. licet enim lex imperii *sollemnibus iuris* imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere,

dove '*sollemnia iuris*' = 'osservanza delle norme giuridiche';

C. 6, 30, 4 (*Imp. Decius A. Athenaidi*, a. 250):

Filiofamilias delata hereditate, si pater pro herede voluntate filii gessit, *sollemnitati iuris* satisfactum videri saepe rescriptum est ⁽⁸¹⁾.

dove ancora '*sollemnitas iuris*' = 'osservanza di norme giuridiche'.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. anche D. 41, 9, 1 pr. (Ulp. 31 *ad Sab.*): « ut qui in dotem rem accipiat, usucapere possit spatio sollemni, quo solent qui pro emptore usucapiunt »; conformemente lo interpretano HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*, cit., p. 545, sollevando, al tempo stesso, qualche dubbio, peraltro non documentato, sulla genuinità dell'espressione « spatio sollemni ». Vedi anche C. 10, 65, 5, 2 (a. 392): « sollemnis auctoritas » = 'autorità costituita', dotata cioè dalla legge di particolari poteri; C. Th. 4, 4, 5: « sollemnis scriptura » = 'forma scritta prescritta dalla legge'.

⁽⁸¹⁾ A questo testo accenna BIONDI, *Degenerazione della cretio ed accettazione espressa non formale*, in « Studi Solazzi », Napoli 1948, p. 71 ss. Pur ammet-

Questo schematico elenco di testi ci sembra aver messo in luce il nuovo valore assunto, ormai sul finire dell'epoca classica, dal termine *sollemnis*, valore che corrisponde pienamente a quanto ritroviamo poi nelle fonti relative all'età postclassica ⁽⁸²⁾. *Sollemnis* è passato ad indicare tutto ciò che ha ricevuto una particolare disciplina da parte dell'ordinamento giuridico: si può ancora rendere con « formale », ma intendendolo non più come sinonimo di astratto ⁽⁸³⁾, bensì con riferimento ad una forma con la quale la volontà deve manifestarsi in determinati negozi, secondo quanto prescrive il diritto obiettivo. E proprio in questa trasformazione del valore di *sollemnis* — che, come abbiamo osservato, segue di pari passo l'evoluzione delle forme solenni del diritto romano — trovano spiegazione il venir meno, nell'ambito del processo penale, della *delatio* e della *receptio* come pure dichiarazioni formali (in cui la volontà gioca un ruolo assoluta-

tendo che in origine, come vuole il SOLAZZI (*Del tempus ad deliberandum*, in « SDHI. » 1937, p. 43 ss.) si dicesse « satisfactum non videri », l'A. citato afferma che ciò non ha eccessivo rilievo, mentre è da considerare, piuttosto, che *sollemnitas iuris* non può essere la *cretio*: oggetto del quesito, proposto e risolto in numerosi rescritti, non era se l'accettazione del *pater* potesse sostituire le formalità che avrebbe dovuto compiere il *filius* (tale quesito sarebbe stato improponibile), ma piuttosto se l'accettazione del *pater* « voluntate filii » potesse considerarsi con valida accettazione. A questo proposito l'A. citato, p. 72 nt. 17, dice espressamente: « Per una diversa interpretazione non si invochi la frase *sollemnitate iuris*, giacchè questa, anche nel linguaggio classico, indica non formalità, ma conformità alla legge (cfr. HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*) ».

(82) A questo proposito, cfr. ancora BRONDI, *op. cit.*, p. 89, che in relazione alla *cretio* afferma: « La forma dell'accettazione è estranea al legislatore. Né si obietti che talvolta, con riferimento alla *cretio*, si parla di *sollemnis* e di *sollemnitas*. *Sollemnis* è una qualifica largamente usata nelle leggi postclassiche, come dimostra l'*Heidelberg Index*, e sta ad indicare non tanto la formalità, ma piuttosto la legalità o consuetudinarietà dell'atto: atto *sollemnis* è l'atto compiuto secondo la legge o l'uso ».

(83) 'Formale' ha due significati: in un primo senso si contrappone a 'causale', indicando quindi tutti gli atti in cui la manifestazione di volontà vale di per sé, indipendentemente dall'intenzione di chi la pone in essere, in un secondo senso si contrappone invece a « non formale » o a « non solenne », con riferimento ad atti in cui la volontà deve manifestarsi in una certa forma. Storicamente *sollemnis* si identifica, in origine, con « astratto », mentre, successivamente, passa al secondo significato, quello che abbiamo ora messo in luce.

mente secondario) e il corrispondente affermarsi dei *libelli*, dell'*inscriptio* e della stessa *subscriptio*, che sono invece « solenni » nel senso or ora accertato, e cioè sono manifestazioni di volontà che, per produrre certi effetti, devono essere rivestite di una certa forma, secondo quanto appunto espressamente prescrive l'ordinamento giuridico.

Per completare il quadro, relativamente all'età classica, non ci resta che un frammento, e precisamente

D. 4, 1, 7 (Marc. 3 *digest.*):

Divus Antoninus Marcio Avito praetori de succurrendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam rescripsit: 'Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit subveniendum est. Itaque si citatus non respondit et ob hoc more pronuntiatum est, confestim autem pro tribunali te sedentem adiit: existimari potest non sua culpa, sed parum exaudita voce praeconis defuisse, ideoque restitui potest'. Nec intra has solum species consistet huius generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, cum etiam de dolo malo actio competere soleat, et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest.

Il frammento di Marcello ⁽⁸⁴⁾, da cui è stata tratta la *regula iuris* di D. 50, 17, 183, dopo aver riportato il testo del rescritto di Antonino Pio, in cui è racchiuso il famoso principio ⁽⁸⁵⁾, lo

⁽⁸⁴⁾ In base alla *Palingenesia iuris civilis* del LENEL, il frammento appare tratto dal titolo XIV « de iudiciis omnibus ».

⁽⁸⁵⁾ Sull'inciso « etsi-est » gravano dubbi di rimaneggiamenti successivi; cfr. BESELER, *Index Interp.* ad h. l., e REGGI, *Note anonime ai Digesta di Marcello*, in « Studi Parmensi », 1954, p. 38. Quest'ultimo considera l'inciso un'interpolazione

interpreta estensivamente, applicandolo a tutta una serie di situazioni affini. Il principio in questione trovava quindi applicazione non solo nel caso del condannato in contumacia, per non aver udito la voce del messo del tribunale ⁽⁸⁶⁾, ma anche nell'ipotesi del « sine culpa deceptus », soprattutto per dolo dell'avversario. Anzi, a questo proposito Marcello afferma che il pretore dovrà concedere la *restitutio in integrum*, « ut et ratio et aequitas postulabit », piuttosto che l'*actio doli*, che costituisce l'*extrema ratio*, in mancanza cioè di qualsiasi rimedio. Ma esaminiamo più da vicino questo famoso principio sancito da Antonino, sì da individuarne la sostanza e la pratica portata: « etsi nihil mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit subveniendum est ». In esso appare in tutta la sua chiarezza il contrasto fra i *sollemnia* = *ius strictum* (non già forme astrat-

pregiustiniana e ciò per vari motivi: innanzitutto perchè, aparendo in D. 4, 1, 7 dopo la parola « rescipit », sembra far parte del rescritto di Antonino, mentre in D. 50, 17, 183 viene attribuito a Marcello. La contraddizione non si spiega, secondo l'A., se non ritenendolo, in origine, estraneo al frammento. Ulteriore argomentazione addotta dall'A. citato è che i Basilici, riportando il passo, lo travisano, (Bas. 2, 3, 83 = Heimb. 1, 77: Δυσχερῶς μὲν, ὁμῶς τοῦ δικαίου ἀπαιτοῦντος ἐναλλάσσει μὲν τὴν συνήθειαν - « difficulter quidem, attamen aequitate postulante, consuetudinem immutamus »). Le due affermazioni ci sembrano escludersi a vicenda. Se, infatti, si trattasse veramente di un'aggiunta postclassica, è chiaro che il suo contenuto non potrebbe essere talmente estraneo al diritto giustiniano da venir modificato. D'altra parte, la prima affermazione ci sembra già di per sé poco probante: l'indebita attribuzione a Marcello contenuta in D. 50, 17, 183 non ci sembra sufficiente ad escludere senz'altro la genuinità del famoso inciso; si potrà, se mai, parlare di scarsa sensibilità dei compilatori. Comunque, dato che il principio, pur tratto da un rescritto, era riportato da Marcello nel corso di un suo ragionamento, non appare poi tanto strano che il principio stesso, già formulato sullo schema di una *regula iuris*, fosse stato, se non altro per facilità di citazione, attribuito direttamente al giurista.

Ritiene genuino il riferimento all'*aequitas* LAURIA, in « Studi Bonfante », II, p. 518 nt. 225, mentre non si pronunciano ARANCIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1933, p. 221 e DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Milano 1937, p. 226 nt. 4.

⁽⁸⁶⁾ Tale riferimento permette di attribuire, con una certa sicurezza, la testimonianza di Marcello alla *cognitio*.

te, ma concrete disposizioni del diritto obiettivo) e l'*aequitas*, intesa in un senso molto diverso da quello che normalmente si attribuisce all'epoca classica, e molto vicino, invece, a quello proprio dell'età giustiniana. Ma tale constatazione non può e non deve meravigliarci, e soprattutto non può indurci a ritenere interpolata la parola *aequitas*, come altri hanno fatto, tenendo presente quanto poco sopra abbiamo affermato, riportando la teoria del Riccobono e successivamente commentando i risultati dell'indagine del Lanfranchi. La *restitutio in integrum* viene concessa, pertanto, non per violazione di una norma (chè anzi i *sollemnia* prescritti per il caso particolare appaiono rigorosamente rispettati), bensì per violazione dell'*aequitas* ⁽⁸⁷⁾, intesa appunto come giustizia del caso concreto, ossia come giustizia sostanziale contrapposta a giustizia formale: non per niente si afferma che « etsi nihil facile mutandum est », pur tuttavia si deve provvedere allorchè « *aequitas evidens poscit* », e cioè nella singola specifica ipotesi. Cosa significa dunque *sollemnia* per Marcello? Significa il compimento o, meglio, l'esatta osservanza di quanto il diritto espressamente prescrive nei confronti di determinati atti — da tener presente che si tratta di atti processuali — al fine non dubbio di garantire la certezza del diritto. Il frammento di Marcello sembra appunto sancire il principio della certezza del diritto, principio che non può soffrire attenuazioni o eccezioni, a meno che non si sia verificata la violazione di un principio di equità (o giustizia sostanziale, giustizia del

(87) Non sarà inopportuno a questo punto mettere in relazione il testo suscitato con D. 49, 8, 1, 3 di Macro: « Item cum ex edicto peremptorio, quod neque propositum est, neque in notitiam pervenit absentis, condemnatio fit, nullius momenti esse sententiam constitutiones demonstrant ». Nel frammento di Macro abbiamo una sentenza nulla per mancanza di un presupposto processuale (una valida citazione), mentre nel passo di Marcello la sentenza è valida, e così pure la citazione; questa, tuttavia, per un motivo imprevedibile e comunque estraneo alla sua perfezione, non ha raggiunto il suo scopo nei confronti del destinatario. E' chiaro, dunque, che qui non il diritto è stato violato, ma solo un principio di equità o giustizia del caso concreto.

caso concreto che dir si voglia), il quale, in caso di conflitto, come quello da noi contemplato, deve necessariamente avere il sopravvento. Ciò appunto giustifica la concessione di una *restitutio in integrum*.

8. E' giunto ora il momento di raccogliere le fila del nostro lungo discorso formulando le conclusioni, che ci sembrano tuttavia implicite in quanto siamo venuti dicendo.

E' chiaro che non si può parlare di un *genus* « *sollemnia* », almeno in età classica, tale da unificare in sè le varie *species* applicate nei singoli campi del diritto, mancando un qualsiasi tentativo di formulazione teorica. Abbiamo tuttavia la netta sensazione che, se pur inconsapevolmente, i classici avessero avvertito il legame che univa le varie fattispecie ⁽⁸⁸⁾; ma i tempi non erano ancora maturi per conquiste di tal genere. Ad ogni modo, se da un punto di vista più generale la soluzione, come abbiamo accennato, non può che essere negativa, ben diverse sono le conclusioni che si raggiungono nella materia processuale, dove è assolutamente innegabile l'esistenza dei *sollemnia* come categoria del diritto positivo, soprattutto in seguito alla testimonianza di D. 4, 1, 7. Il frammento dei *Digesta* di Marcello — non dimentichiamolo — risulta tratto dal titolo XIV « *de omnibus iudiciis* » ⁽⁸⁹⁾ e riporta conseguentemente un principio applicabile agli atti processuali e soltanto ad essi. Così si spiega l'uso del termine *sollemnia* con riferimento al processo penale, all'appello e poi, man mano, alle *causae liberales* ed in genere alla *cognitio* civile. Il termine entra a far parte del linguaggio processuale solo all'età dei Severi, ed a questo periodo infatti si riporta l'identifi-

⁽⁸⁸⁾ Così in relazione ad alcuni negozi unilaterali (testamento, adizione dell'eredità), senza dimenticare il passo tratto dalla costituzione di Alessandro, già citato, anche se fuggevolmente (C. 6, 23, 3). Leggendoli, si potrebbe quasi essere indotti a pensare proprio ad una generalizzazione dei *sollemnia iuris*. Si tratta peraltro solo di un'impressione che il testo, mancando altre esprese conferme testuali, non può senz'altro autorizzare.

⁽⁸⁹⁾ Cfr., *retro*, p. 157 nt. 84.

cazione di *sollemnis* con legale, senza considerare poi che è ancora l'epoca dei Severi che segna il definitivo consolidarsi della *cognitio*, dopo una lunga evoluzione, mai costretta, ma solo diretta e saggiamente indirizzata dalle costituzioni imperiali.

Naturalmente questa situazione non si produce contemporaneamente in tutti i campi, ma prima nell'ambito di quei procedimenti, come il processo criminale e l'appello, che, oltre ad avere principî e finalità comuni, esistono solo nell'ambito della *cognitio*, poi anche negli altri casi in cui la *cognitio* più a lungo coesiste e concorre con l'*ordo*. Ed è solo a questo punto che si riesce a cogliere l'intimo legame che unisce i singoli momenti della fase preliminare, a concepirli come un qualcosa di organico, ad individuare gli effetti che ad esso e non alle singole componenti si riportano.

La raggiunta configurazione sistematica di questi istituti permise di giungere, attraverso un processo di astrazione — le cui tappe avevamo già individuato per altra strada, studiando cioè l'evoluzione del termine *sollemnis* — alla definizione del concetto di *sollemnia* = 'legalità' e di *sollemnis* = 'legale'. E si dovette giungere a tale risultato con una certa facilità. Cos'erano infatti in sostanza i *sollemnia*, sia *accusationis* che *appellationis*, e poi i *sollemnia ordinata* nelle *causae liberales*, se non dei modi in cui la volontà doveva manifestarsi per raggiungere certi fini espressamente stabiliti da una norma?

I *sollemnia* rappresentano dunque il negozio processuale tipico, nel senso cioè che le singole manifestazioni di volontà che lo pongono in essere devono effettuarsi in una forma determinata, espressamente stabilita dall'ordinamento giuridico. Sotto questo comune denominatore si raccolgono i *sollemnia accusationis*, *appellationis* e così via. Essi sono senza dubbio atti negoziali, in quanto le singole manifestazioni di volontà sono rivestite dal diritto di particolari effetti (costitutivi); sono inoltre negozi tipici, in quanto la volontà deve manifestarsi in certe

determinate forme ⁽⁹⁰⁾; sono infine negozi processuali, dal momento che sono strumentalmente connessi allo svolgimento del processo, anzi lo instaurano, poichè l'effetto che il diritto obiettivo riconduce al loro compimento è appunto quello di costituire il rapporto processuale.

Un'ultima considerazione ci resta ancora da fare, e cioè che, se all'epoca di Marcello esiste solo la categoria dei *sollemnia* processuali, all'epoca della compilazione giustiniana si è certamente compiuta quell'evoluzione già iniziata nell'ultima età classica permettendo la enucleazione di un concetto di legalità applicabile ad ogni campo del diritto, tanto da venir praticamente sottinteso: ne fa prova il fatto che i termini *sollemnis* e *sollemnia* divengono sempre più difficilmente rintracciabili nelle fonti dell'età postclassica.

All'epoca della compilazione esiste pertanto un concetto di *sollemnia*, che assorbe in sè tutte le singole *species* e che trova la sua precisa espressione nel principio riportato da Marcello: principio, che, avulso dal contesto e privato così del suo valore originario, può veramente assurgere a « *regula iuris* », acquistando di conseguenza un nuovo e più vitale contenuto.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. soprattutto C. 7, 16, 15: « *prout ratio iuris patitur* », e C. 8, 45, 18: « *quae iuris admittit ratio* ».