

La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite «ex parte actoris» (*)

1. Impostazione del problema della temerarietà della lite in Gaio (*inst.* 4.171-182): la *calumnia actoris* — 2. L'alternatività dei rimedi contro la *calumnia actoris* — 3. L'alternatività fra *iudicium calumniae*, *iusiurandum calumniae* e *iudicium contrarium* — 4. I tre casi di applicazione del *iudicium contrarium* — 5. Ancora su *iudicium calumniae* e *iusiurandum calumniae* — 6. L'alternatività fra *iudicium calumniae*, *iusiurandum calumniae* e *restipulatio* — 7. Corrispettività della pena in ipotesi di temerarietà della lite *ex parte actoris*: l'*infamia*.

1. Il fenomeno dell'eccessiva litigiosità doveva costituire in Roma un problema non infrequente se ad esso l'ordinamento romano ritiene di dedicare una serie di interventi atti ad ottenerne l'auspicabile diminuzione. Ce n'è ampio di insegnamento, a suo modo, il nostro Gaio:

Gai., *inst.* 4.171: Nunc admonendi sumus, ne facile homines ad litigandum procedant, temeritatem tam agentium quam eorum cum quibus agitur modo pecuniaria poena modo iurisiurandi religione modo metu infamiae coerceri; eaque praetor quoque tuetur. Et ideo in edicto adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, velut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur; ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta: sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidiae.

Dal paragrafo 171 al paragrafo 182 del Commentario IV, Gaio ci dice che il risultato di una diminuzione della litigiosità può essere conseguito in particolare attraverso la repressione della *temeritas* dell'attore e del convenuto: il diritto ha predisposto alcuni mezzi volti a reprimere la temerarietà di coloro che agiscono in giudizio o resistono, se convenuti, senza essere convinti del buon fondamento delle loro pretese o ragioni ('... *ne facile homines ad litigandum procedant* ...'), l'uno, l'attore, che deduce nel processo una pretesa infondata, l'altro, il convenuto, che «ingiustamente» resiste, frapponendo ostacolo ad un pronto soddisfacimento del diritto dell'attore.

Conclusa dunque la trattazione relativa alla litiscrescenza, che è il tratto caratteristico della repressione della *temeritas* del convenuto¹, il testo gaiano (4.174) passa ad esaminare la posizione dell'attore.

*) Il testo compare anche nella rivista «Studi Urbinati», LXIX (n.s. LIII), 2001-2002, p. 195 ss.

¹) Sono i paragrafi 171-173 del IV commentario di Gaio: 171-173: '[...] *pecuniaria poena modo iurisiurandi religione coerceri* [...] *eaque praetor* [...] *ideo* [...] *adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, velut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur. ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur, velut de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidiae. Quod si neque sponsonis neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur ac ne statim quidem ab initio pluri quam simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere non calumniae causa infitias ire. unde quamvis heredes vel qui heredum loco habentur [...] obligati sint, item feminae pupillique eximantur periculo sponsonis, iubet tamen eos iurare. Statim autem ab initio pluri quam simpli actio est velut furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et obliti tripli: nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur, pluri quam simpli est actio*'. La problematica lettura della parte iniziale del testo, cui facilmente si supplisce con il confronto del tratto iniziale del titolo 4.16.1 delle Istituzioni di Giustiniano (si

Viene così ricordato che come l'*infittatio* del convenuto² anche la *calumnia* dell'attore³ viene repressa e sanzionata. In particolare il giurista ricorda quattro mezzi atti a colpire una domanda priva

veda R. BONINI, *Il titolo «de poena temere litigantium» (4,16) delle Istituzioni giustiniane*, in «AG.», CLXXVI, 1969, p. 27 ss.; D.A. CENTOLA, *Alcune osservazioni in tema di calumnia nel processo privato romano dalla repubblica al principato*, in «SDHI», LXVI, 2000, p. 180 ss.; E. BIANCHI, *La «temerarietà» nelle Istituzioni di Gaio (4,171-182)*, in «SDHI.», LXVII, 2001, p. 13 ss.) non lascia comunque dubbi circa il contenuto essenziale del discorso: la sanzione contro il convenuto temerario, illustrata dapprima con l'indicazione dei casi speciali, le quattro azioni '*iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum*' cui *Paul. sent.* 1.19.1 aggiunge l'*actio de modo agri* ('*Quemadmodum actiones per infittationem duplentur. Quaedam actiones, si a reo infittentur, duplantur, velut iudicati, depensi legati per damnationem relictis, damni iniuria legis Aquiliae, item de modo agri cum a venditore emptor deceptus est*': ma si legga anche *Paul. sent.* 2.17.4: '*Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta convenitur*'), in cui si raddoppia la condanna, nonché l'*actio certae creditae pecuniae* e l'*actio pecuniae constitutae* che si regolano con la *sponsio*, è generalmente costituita dal giuramento per tutte le altre ipotesi.

²) Relativamente pochi sarebbero i casi di litiscrescenza a seguito di *infittatio* nell'*actio iudicati* secondo Chiara BUZZACCHI, la quale, a conferma dell'opinione che vede nell'*infittatio* la mera negazione dell'assunto attoreo, sulla base della definizione festina '*infiteri, non fateri*' (Lindsay, p. 100), annota tutta una serie di dati testuali: *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1996, p. 76 ss. L'opinione diversa, basata sull'altra testimonianza festina '*infittari, creditum fraudare*' (Lindsay, p. 100), è sostenuta con ampiezza di argomentazioni e citazioni da U.E. PAOLI, *Les infittando crescit in duplum*, Paris, 1933, p. 338 ss., e aversata dal F. BONIFACIO, '*Infittatio*', in «NNDI.», VIII, Torino, 1965, p. 655 ss., nonché, già prima, dal G. ROTONDI, *Litiscrescenza e lex Aquilia*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, p. 413 ss. (a p. 419, invero, l'autore ipotizza un particolare percorso di evoluzione storica che culmina nella «degenerazione del concetto di *infittatio* di cui è un indice altrettanto ovvio quanto sicuro l'alterarsi del significato stesso della parola. Il valore originale ed etimologico di «negare», «non confessare», viene man mano intensificandosi e colorendosi per così dire nel senso di diniego doloso, disonestà, inganno, perfidia e così via»). Si tratterebbe in particolare dell'ipotesi di inesistenza e/o nullità del *iudicatum*, del caso in cui si possa dare dimostrazione di aver già adempiuto, o dell'estinzione dell'obbligazione comunque avvenuta, mentre numericamente più corpose potrebbero presumibilmente essere le possibilità considerando anche le altre azioni ricordate da Gaio (in un'elencazione che riterrei peraltro solo esemplificativa considerando il '*veluti*' che la introduce), e cioè l'*actio depensi*, l'*actio damni iniuriae* e l'azione per i legati. Più ampio di possibilità mi sembra BIANCHI (*op. cit.*, p. 18 ss.) il quale, partendo da una valenza «oggettiva» di '*infittari*' come semplice opposto di '*confiteri*' ritiene che vi si sia aggiunto col tempo il valore di «negazione resa con inganno contro la verità soprattutto al fine di non riconoscere un altrui diritto», per poi concludere per una lettura conservativa dell'antico nel passo gaiano.

³) Di *calumnia actoris* si parla propriamente soltanto in Gaio, e l'espressione suscita sicuramente qualche perplessità. A fronte di una chiara valutazione del termine nell'ambito criminale (su cui si veda B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, p. 180, 264, 292; ID., *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, p. 201, 208), rafforzata da studi recenti (J. GARCÍA CAMIÑAS, *La lex Remnia de calumniatoribus*, Santiago de Compostela, 1984, p. 7 ss.; D.A. CENTOLA, *Il crimen calumniae: contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli, 1999, *passim*, ma in particolare p. 2 nt. 2, articola il suo studio considerando separatamente il fenomeno nell'età repubblicana, nel principato e nella tarda antichità, con l'attenzione rivolta alla disciplina specifica, alle motivazioni della diffusione del fenomeno, al valore del dolo che solo in età risalente e classica si considerò essenziale nella configurazione del reato), la *calumnia actoris* gaiana rappresenterebbe qualcosa di particolare, che, se si inserisce di diritto nel concetto di più immediata evidenza giuridica cui più sopra si è accennato, se ne discosta poi per altri motivi. Innanzi tutto, anche sulle tracce della disciplina della repressione criminale della *calumnia* (si veda D. 48.16.1.3-5 di Marciano), nonché in linea con il discorso gaiano, la *calumnia actoris* non è mera '*temeritas*'. Marciano dice: '*Sed non utique qui non probat quod intendit protinus calumniari videtur: nam eius rei inquisitio arbitrio cognoscentis committitur, qui reo absoluto de accusatoris incipit consilio quaerere, qua mente ductus ad accusationem processit, et si quidem iustum eius errorem reppererit, absolvit eum, si vero in evidenti calumnia eum deprehenderit, legitimam poenam ei irrogat. Quorum alterutrum ipsis verbis pronuntiationis manifestatur. nam si quidem ita pronuntiaverit 'non probasti', pepercit ei: sin autem pronuntiavit 'calumniatus es', condemnavit eum. et quamvis nihil de poena subiecerit, tamen legis potestas adversus eum exercebitur: nam, ut papinianus respondit, facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis, poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur*', per concludere, con l'autorevolezza di Papiniano: '*Quaeri possit, si ita fuerit interlocutus: 'Lucius Titius temere accusasse videtur', an calumniatorem pronuntiasse videatur. et Papinianus temeritatem facilitatis veniam continere et inconsultum calorem calumniae vitio carere et ob id hunc nullam poenam subire oportere*' (D. 48.16.1.3-5, *l.s. ad sc. Turpillianum*). E Gaio, mentre tratteggiando il fenomeno in rapporto ai litiganti, sia attore che convenuto, parla in generale di '*temeritas*', e di '*temeritas*' continua a parlare per il convenuto, in rapporto all'attore muta terminologia, né più usa la parola in questione [(si consideri anche la frase iniziale del già ricordato frammento di Marciano: '*Accusatorum temeritas tribus modis detegitur et tribus poenis subicitur: aut enim calumniatur aut praevericantur aut tergiversantur. Calumniari est falsa crimina intendere, praevericari vera crimina abscondere, tergiversari in universum ab accusatione desistere*' (D. 48.16.1.pr.-1). Pertanto mentre la *temeritas* in rapporto all'attore può riconoscersi nella sconsideratezza e superficialità con cui talvolta il privato poteva intraprendere un'avventura giudiziale, la *calumnia* doveva verificarsi ogni qualvolta all'attore potesse imputarsi la consapevolezza della falsità del suo assunto (si veda anche *infra*, nt. 7): concetto, questo, che può avere altrettanta valenza sia sul piano criminale che su quello civile.

di fondamento: tali mezzi sono il *iudicium calumniae*, il *iudicium contrarium*, il giuramento, la *restipulatio*:

Gai., *inst.* 4.174: Actoris quoque calumnia coeretur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iuriurando, modo restipulatione.

2. Gaio insiste particolarmente sull'alternatività in cui si pongono i vari rimedi, e con espressioni eloquenti.

In primo luogo, nonostante la differenza fondamentale relativa all'atteggiamento psicologico dell'agente⁴, la concessione del *iudicium calumniae* e del *iudicium contrarium* in ipotesi di *calumnia actoris* propone un chiaro caso di concorso alternativo di azioni, anche se al *iudicium contrarium* può ricorrersi soltanto in casi particolari, '*certis causis*'. In quelle ipotesi, di cui Gaio fornisce solo qualche esempio, è lo stesso giurista ad avvertire che '*alterutro tantum iudicio agere permittitur*': anche se entrambi i giudizi, di calunnia e contrario, potevano essere ugualmente esperiti, tuttavia era consentito l'esperimento di uno solo dei due.

Gai., *inst.* 4.179: Utique autem ex quibus causis contrario iudicio agere potest, etiam calumniae iudicium locum habet; sed alterutro tantum iudicio agere permittitur. Qua ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet.

Già al paragrafo 4.176, Gaio aveva ricordato che, contro l'attore calunnioso, il convenuto avrebbe potuto ricorrere ad un mezzo straordinario, il '*iusiurandum non calumniae causa agere*', ovvero il giuramento di non agire con la consapevolezza di avere torto, di non aver intrapreso il processo con eccessiva facilità o per mero spirito di litigiosità (si deve notare, peraltro, che si tratta di un mezzo simmetrico al '*iusiurandum non calumniae causa infitias ire*' che può essere imposto, invece, al convenuto temerario):

Gai., *inst.* 4.176: Liberum est autem ei cum quo agitur aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere non calumniae causa agere.

In età classica la scelta fra questo rimedio, il giuramento di non agire a fini calunniosi, e il giudizio di calunnia è lasciata alla libera discrezionalità del convenuto: ancora una volta il concorso fra i due rimedi contro la temerarietà è un concorso alternativo.

Di qui, di conseguenza – dice Gaio –, il fatto che la stessa alternatività ricopra anche la scelta fra un giuramento di calunnia e il *iudicium contrarium*⁵, e pertanto la chiusa del paragrafo 4.179: '*qua*

⁴) Tale differenza relativa all'atteggiamento psicologico è rilevata da Gaio al paragrafo 4.178: '*Severior autem coercitio est per contrarium iudicium. Nam calumniae iudicio decimae partis nemo damnetur nisi qui intellegit non recte se agere sed vexandi adversarii gratia actionem iustituit, potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis: calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alla opinione inductus crediderit se recte agere*'. Ora i principi generali che regolano e disciplinano i casi di concorso delle azioni generalmente prevedono l'esperibilità della seconda azione che comportasse un '*amplius*', sia pure nei limiti di questo (si veda G. NEGRI, *Concorso delle azioni in diritto romano, medievale e moderno*, in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», III, Torino, 1988, p. 511 ss.; ma anche A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales e officium iudicis*, Milano, 1982, p. 175 ss.). In questo caso c'è da chiedersi perché mai l'esclusione dell'*actio* concorrente sia assoluta anche nelle ipotesi in cui la condanna del *iudicium contrarium* sarebbe prevista per un quinto.

⁵) Si è osservata da parte della dottrina una certa «imprecisione» dell'insegnamento gaiano che indica fra i rimedi contro la *calumnia actoris* anche il *iudicium contrarium* (e, come poi si dirà, la *restipulatio*) che prescindono addirittura dalla *temeritas*, in quanto si fondavano sulla semplice soccombenza dell'attore. Anche se resta il fatto che tali rimedi potevano essere usati soltanto *ex certis causis*, la dottrina si domanda perché Gaio ne parli a questo punto fra i rimedi contro la *calumnia*, concludendo col fatto che «l'eccezionalità di questi rimedi e l'essere in fondo essi creati a garanzia del convenuto vittorioso giustificano non solo che Gaio ne tratti insieme ai rimedi specifici contro la calunnia, ma anche la sua imprecisione su rilevata» (M. LAURIA, *Calumnia*, in «Studi U. Ratti», Milano, 1932, p. 128). A mio sommo avviso va rilevato innanzi tutto che circa la differenza fra il *iudicium contrarium calumniae* e il *iudicium contrarium* spettante «al mandatario contro in mandante, al gestore spontaneo contro il *dominus negotii*, al depositario

ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet'.

3. L'alternatività fra i rimedi processuali ed extraprocessuali ideati a repressione della temerarietà della lite è affermata da Gaio attraverso un particolare ed articolato meccanismo logico. Nell'un caso, per quanto riguarda i rapporti fra *iudicium contrarium*, *iudicium calumniae* e *iusiurandum calumniae* (è il caso del passo 4.179), ci troviamo di fronte ad un pseudo sillogismo, ad un procedimento logico, cioè, che vorrebbe presentarsi come sillogismo, ma che tale non è⁶, pur conservandone, per la veste esteriore, la medesima efficacia didattica: l'affermazione che se è dato *iudicium contrarium* non può essere dato *iudicium calumniae* vorrebbe proporsi come premessa maggiore; l'affermazione che se è dato *iusiurandum calumniae* non può essere dato *iudicium calumniae* risulterebbe la premessa minore; conclusione sarebbe (*qua ratione*) che se è dato *iusiurandum calumniae* non può essere dato *iudicium contrarium*.

Se di sillogismo si trattasse sarebbero semmai da argomentare i soli motivi delle affermazioni delle due premesse. Ma non è così.

Gaio sottolinea dapprima la differenza che intercorre fra *iudicium calumniae* e *iudicium contrarium*, una differenza tutta incentrata sulla valutazione dell'atteggiamento psicologico del soggetto calunniatore, sul quale è commisurata la responsabilità dello stesso (e quindi la sua capacità di essere parte passiva del giudizio): l'ordinamento giuridico cioè lo ritiene responsabile quando si riscontri nell'esperimento dell'azione un *animus vexandi* nei confronti della controparte, mentre non lo ritiene responsabile negli altri casi. Le parole di Gaio, peraltro, permettono di segnare un netto confine all'agire illecito del soggetto: ché ove vi sia consapevolezza del proprio torto, allora soltanto ci sarà *calumnia*, ed è concessa la possibilità di valersi del *iudicium* relativo contro il *calumniator*, ove invece tale consapevolezza manchi, allora non si potrà più parlare di *calumnia* (*calumnia enim in adfectu⁷ est sicut furti crimen*), non si potrà ricorrere al *iudicium calumniae*, ma in certe circostanze sarà comunque possibile esperire un *iudicium contrarium*.

contro il deponente, al commodatario contro il commodante, al creditore pignoratorio contro il debitore pignorante, al fiduciario contro il fiduciante, al tutore contro il pupillo» (G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino, 1951, p. 1) la dottrina è ancora oscillante: e se da un lato se ne sottolineano le identità di meccanismo («Anche qui il *iudicium contrarium* era caratterizzato dal fatto che veniva esperito in contraddizione con un'altra azione, ad esempio l'*actio iniuriarum* e, come tale, detto *iudicium contrarium* poteva condurre alla condanna dell'attore, *si causam non tenuerit*. Anche qui è la possibilità della condanna dell'attore che contraddistingue il processo con *iudicium contrarium* e tale possibilità presupponeva un intimo nesso nella *litis contestatio*» (p. 16 ss.), quando si passa poi a definirne la natura e la funzione nel carattere di mezzo sanzionatorio con cui si realizzava un «obbligo di indennizzo per spese e danni subiti dal depositario, commodatario, creditore pignoratorio, fiduciario e tutore» (p. 109 ss.) il raffronto non regge più, nonostante che l'autore si guardi bene dal rilevarlo. E ad un'assoluta differenza pensa, per esempio, H. KRELLER, *Zum iudicium mandati*, in «Archiv für civilistische Praxis», CXXXIII, 1931, p. 132 s. Se non che quell'indennizzo per spese e danni subiti può a ben ragione calcolarsi non soltanto in rapporto all'*agere* negoziale, bensì anche relativamente all'*agere* giudiziale cui si riferisce appunto il *iudicium contrarium calumniae*. Ciò che lamentano depositario, commodatario, creditore pignoratorio, fiduciario e tutore sono le spese e i danni che hanno dovuto sostenere per poter corrispondere al diritto dell'attore a riavere la cosa secondo i criteri del '*restituere*' (cfr. M. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand. Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht*², München, 1968, p. 54 ss.); ciò che lamenta il convenuto dell'azione temerariamente intrapresa sono i danni e le spese (processuali) che ha dovuto sostenere anch'egli per corrispondere al diritto d'azione che l'attore ha fatto valere, spese e danni che, alla luce dei normali rapporti del diritto risultano contrari all'equità.

⁶) Il procedimento sillogistico, infatti, non funziona se non con proposizioni affermative: se è A=B e parimenti C=B si può concludere circa l'uguaglianza di A e C (A=C); ma se è A ≠ B e parimenti C ≠ B, non può argomentarsi in alcun modo l'uguaglianza né la disuguaglianza dei due termini A e C che sono indicati in posizione di disuguaglianza nei confronti dell'unico B.

⁷) L'espressione si legge quasi uguale in Gai., *inst.* 3.208 per il furto appunto, che '*ex adfectu consistit*' (si veda anche D. 41.3.37); Paolo la rapporta all'*iniuria*, poiché '*iniuria enim ex adfectu fit*' (D. 44.7.34.pr., nonché *Paul. sent.* 5.4.1-2 e D. 47.10.18.4-5), o al dolo (*Paul. sent.* 5.4.2), o alla *latitatio* che richiede '*animum et affectum occultantis se*' (D. 42.4.7.9).

Gai., *inst.* 4.175: Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimae partis, ... adversus adsertorem tertiae partis est. ... 178: ... nam calumniae iudicio decimae partis nemo damnetur nisi qui intellegit non recte se agere sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis: calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen ...

Gai., *inst.* 4.177: Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur, veluti si iniuriarum agatur, et si cum muliere eo nomine agatur quod dicetur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. Sed adversus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur, adversus vero duas istas quintae. 178: Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alia opinione inductus crediderit se recte agere.

Ora: come si fa strada nell'ordinamento giuridico romano l'idea del *iudicium contrarium*?

La dottrina si è interrogata a lungo circa la natura e la funzione dei *iudicia contraria* e, se il fenomeno, come è stato comunemente riconosciuto, serve nell'ambito dei rapporti obbligatori cd. imperfettamente bilaterali (per sanzionare la responsabilità eventuale del mandante verso il mandatario, del *dominus negotii* verso il gestore, del deponente verso il depositario, del comodante verso il comodatario, del debitore pignorante verso il suo creditore, del fiduciante verso il fiduciario, del pupillo verso il tutore), la collocazione fra questi casi del *iudicium contrarium* contro l'attore temerario sembrerebbe sfuggire alla logica⁸.

Quando tuttavia si consideri il processo come espressione di un diritto dell'attore nei confronti del convenuto, diretto ad esprimere la sua pretesa e ad averne soddisfazione, la vicenda processuale viene ad essere in senso più generico come una qualunque vicenda giuridica, nella quale, avverso la pretesa di un soggetto creditore o soggetto attivo del rapporto, può essere opportuno sul piano dell'equità dare espressione anche all'eventuale voce del soggetto passivo. L'eccezione non basta al proposito, né basta la costruzione e adattamento che la *conceptio formulae* può consentire almeno nel periodo formulare, l'una perché si propone come allegazione di circostanze varie che non negano *in toto* l'esistenza della pretesa attorea, ma ne precisano il tenore e la valenza, l'altra perché gli strumenti pretori non consentono altrimenti la negazione totale dell'assunto.

Commentando il rescritto adrianeo ricordato da Callistrato in D. 22.5.3 pr. sul valore delle testimonianze, Massimo Brutti⁹ si avvede chiaramente del «rapporto fra la situazione in esso regolata ed un'altra forma di illecito processuale, assai vicina al dolo, della cui disciplina ci dà ampia testimonianza il manuale gaiano: la *calumnia*». Se il dolo processuale deve essere riferito non soltanto «all'attività di una parte (o di entrambe le parti) volta ad influire sull'esito del processo, che di solito – ma non sempre – si identifica con la sentenza, e che dà luogo al danno dell'avversario (o di un terzo)», ma anche «quello che noi chiamiamo esercizio dell'azione»¹⁰, «che può ravvisarsi alla base dell'*exceptio doli* riferita al presente, attraverso la quale, nel sistema dell'*ordo*, il convenuto mirava a far valere – come gran parte della dottrina dà per scontato – il dolo dell'attore consistente nell'esercizio stesso dell'*actio*»¹¹; se nei testi nei quali si può configurare ricorre spesso la terminologia della '*temeritas*' ('*calumnia*', '*praevaricatio*', '*tergiversatio*')¹²; se, d'altra parte, alla base della terminologia definitoria della *calumnia* si riscontrano sovente gli stessi segni e locuzioni che altrove individuano il dolo¹³, il rapporto si evidenzia davvero stretto.

⁸) E', come si è visto, l'opinione di Lauria.

⁹) Cfr. *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1983, p. 423 nt. 122

¹⁰) M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, 1983, p. 4 s.

¹¹) BRUTTI, *loc. ult. cit.*

¹²) Si veda in particolare p. 482 nt. 186.

¹³) Si pensi alla definizione di dolo che Cicerone (*de off.* 3.14.60) pone sulla bocca di Aquilio Gallo allorquando dice '*cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum alius actum*', e parallelamente, al '*per calumniam autem in possessionem fuisse videtur, quae sciens prudensque se praegnantem non esse voluit in possessionem venire*' di D. 25.6.1.2 (Ulp. 34 *ad ed.*); o si pensi alla definizione labeoniana (D. 4.3.1.2, Ulp. 11 *ad ed.*) '*... ipse (Labeo) sic definit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam*' e, di

La dottrina richiamata ne sottolinea del resto la risalenza, e la ritiene «già sicuramente oggetto di sanzione all'epoca di Adriano, come mostra fra l'altro l'*actio in quadruplum* – prevista dall'editto – 'in eum qui, ut calumniae causa negotium faceret, vel non faceret pecuniam accepisse dicitur' (D. 3.6.1.pr.)». Con ciò peraltro denota un evidente fraintendimento dell'ipotesi prevista nel testo ulpiano 1.1 del titolo *de calumniatoribus*¹⁴, dove la calunnia compare sì, ma soltanto come scopo dell'azione posta in essere dall'agente destinatario «passivo» della clausola edittale: la situazione prevista da Ulpiano è in definitiva più complessa ed intricata di quella cui si riferiscono i paragrafi 4.14 ss. del manuale gaiano, in quanto comporta il susseguirsi di due momenti, quello del prendere denaro e quello del '*facere negotium*', e il coinvolgimento di almeno tre persone, quando invece la vicenda gaiana si esaurisce nella semplice proposizione dell'azione (o nella semplice resistenza dolosa).

Peraltro lo stesso Brutti rileva fra il dolo processuale e la *calumnia* una notevole differenza «sotto il profilo strutturale», sottolineando che, a differenza del dolo, la *calumnia* «non è costruita ... intorno al rapporto fra inganno e lesione di un interesse e non si attua attraverso la sentenza ingiusta; prescinde anzi completamente da questa, potendo essere perseguita penalmente anche prima della conclusione della lite». Lo stesso autore riconosce poi che il *iudicium contrarium*, cui deve riconoscersi un campo di applicazione più vasto di quello del *iudicium calumniae* (il quale ultimo «limita la propria applicazione al comportamento che coscientemente persegua il danno ingiusto dell'avversario, cioè ad un vero e proprio illecito, anche se *in adfectu*») è, fra i rimedi processuali contro l'ingiustizia del processo «quello che più si avvicina alla problematica del dolo processuale, ponendosi in rapporto di concorrenza con l'*exceptio doli* volta al presente e sostituendosi ad essa *ex certis causis*: laddove si vuole colpire in maniera più drastica (con una condanna) l'esercizio di un'azione infondata».

E' forse rendendosi conto che la tutela contro la *calumnia actoris* avrebbe dovuto avere in certi casi ben maggiore ampiezza che l'ordinamento giuridico romano ha introdotto per quei casi, considerandoli come eccezionali, il regime del *iudicium contrarium*, il quale sostituisce il *iudicium calumniae* (e si badi bene che nell'ipotesi, menzionata per prima, dell'*actio iniuriarum*, sia l'uno che l'altro espediente giudiziale avrebbe comportato la condanna ad 1/10 del valore della lite), allorquando non si possa far valere l'atteggiamento vessatorio della controparte (e quindi quando *calumnia* non c'è, secondo il principio per cui '*calumnia enim in adfectu est*'), mentre si aggiunge al *iudicium calumniae* per i casi in cui l'aspetto vessatorio possa essere documentato e provato.

Pertanto l'elencazione del *iudicium contrarium* fra i rimedi contro la *calumnia actoris* risulterebbe impropria solo se non si considera che la *coercitio* da questo mezzo esplicita ha come sua prima causa l'esigenza di compensare il rigore di disciplina che impedisce l'uso del *iudicium calumniae* al di fuori dei casi di temerarietà evidente. Si spiega dunque perché il giurista sottolinei che si tratta di casi par-

converso, all'individuazione del '*decipere*' come segno che rappresenta il modo ('*calumnia ... decipere hoc quidem est*') con cui, a detta dell'autore del *summum ius summa iniuria*, può determinarsi ingiustizia nei confronti di qualcuno (Cic. *de off.* 1.33. '*Existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud 'summum ius summa iniuria' factum est iam tritum sermone proverbium. Quo in genere etiam in re publica multa peccantur, ut ille, qui, cum triginta dierum essent cum hoste indutiae factae, noctu populabatur agros, quod dierum essent pactae, non noctium indutiae. Ne noster quidem probandus, si verum est Q. Fabium Labeonem seu quem alium – nihil enim habeo praeter auditum – arbitrum Nolanis et Neapolitanis de finibus a senatu datum, cum ad locum venisset, cum utrisque separatim locutum, ne cupide quid agerent, ne appetenter, atque ut regredi quam progredi mallent. Id cum utrique fecissent, aliquantum agri in medio relictum est. Itaque illorum finis sic, ut ipsi dixerant, terminavit: in medio relictum quod erat, populo Romano adiudicavit. Decipere hoc quidem est, non iudicare. Quocirca in omni est re fugienda talis sollertia*').

¹⁴ Per chiarezza riporto tutto il primo frammento del titolo relativo: D. 3.6.1-4 (Ulp. 10 *ad ed.*): '*In eum qui, ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicitur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse dicitur, post simpli <in factum actio competit>. Hoc autem iudicium non solum in pecuniariis causis, sed et ad publica crimina pertinet. Pomponius scribit, maxime cum et lege repetundarum teneatur, qui ob negotium faciendum aut non faciendum per calumniam pecuniam accepit. Qui autem accepit pecuniam sive ante iudicium sive post iudicium acceptum, tenetur. Sed et constitutio imperatoris nostri, quae scripta est ad Cassium Sabinum, prohibuit iudici vel adversario in publicis vel privatis vel fiscalibus causis pecuniam dare, et ex hac causa litem perire iussit. nam tractari potest, si adversarius non per calumniam transigendi animo accepit, an constitutio cessat? et puto cessare sicuti hoc quoque iudicium: neque enim transactionibus est interdictum, sed sordidis concussionibus. Pecuniam autem accepisse dicemus etiam si aliquid pro pecunia accepimus*'.

ticolari ('*certis causis*') nei quali, ove ricorrano le condizioni psicologiche della *calumnia*, potrà verificarsi un caso di concorso di azioni, necessariamente alternativo.

Infatti lo scopo dell'azione è sicuramente penale, mirando essa a compensare gli ingiusti disagi subiti dal convenuto per l'avventatezza dell'attore e a costituire un monito che possa scongiurare, se valutato a livello preventivo, il comportamento temerario dell'attore stesso. D'altra parte mi sembra che possa trovar riscontro in questo caso gaiano quanto Giovanni Negri conclude circa una diversa ipotesi di concorso di azioni penali riportata da Paolo in D. 44.7.34.pr.¹⁵: non riterrei, cioè, che il criterio informatore dell'alternatività possa essere visto nel regime della «consumazione *ipso iure* (giacché al contrario non si pone l'accento sull'unico fatto delittuoso, ma sulla duplice qualificazione giuridica di esso e sul diverso scopo della pena, che escludono l'*eadem res*) ma perché sarebbe contrario al *bonum et aequum* ottenere la condanna»: se pure in D. 44.7.34.pr. vi è il richiamo espresso al *bonum et aequum*, che manca invece in Gai., *inst.* 4.177, non va trascurato che il *iudicium contrarium* è per sua stessa natura un giudizio d'equità¹⁶.

4. Le ipotesi che Gaio ci esemplifica (ed è comune opinione della dottrina che si tratti di elencazione non esaustiva, come sta a dimostrare il '*veluti*' che la introduce) sono tre: a) il caso dell'*actio iniuriarum*; b) il caso del processo relativo ad una particolare situazione conseguente ad una *missio in possessionem ventris nomine*; c) il caso dell'azione '*si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse*' (ancora un caso di *missio in possessionem* intesa come ingresso nella titolarità dei beni in contestazione concessa dal pretore per vari fini)¹⁷.

a) Il primo caso¹⁸ propone subito un grave dubbio. L'affermazione di Gaio 4.177 per cui '*contrarium autem iudicium ... constituitur, veluti si iniuriarum agatur*' appare confliggente rispetto ad altra testimonianza gaiana che è riportata nel Digesto:

D. 47.10.43 (Gai. 3 *reg.*): Qui iniuriarum actionem per calumniam instituit, extra ordinem damnatur: id est exilium aut relegationem aut ordinis amotionem patitur.

Decisamente ispirato a quest'ultima mi sembra un passo delle *Pauli Sententiae* in cui, allo stesso modo, ci si riferisce ad una repressione *extra ordinem*, e si menzionano, nello stesso ordine, l'esilio, la *relegatio in insula* e l'*amotio ordinis*:

Paul. sent. 5.4.11: Qui per calumniam iniuriae actionem instituit, extra ordinem punitur: omnes enim calumniatores exilii vel insulae relegationem aut ordinis amissione puniri placuit.

¹⁵) *Op. cit.*, p. 262 s.

¹⁶) B. KÜBLER (*Die Konträrsklagen und das Utilitätsprinzip*, in «ZSS.», XXXVIII, 1917, p. 79 ss.), e con lui la gran parte della dottrina della prima metà del Novecento, ne parla, con riferimento a tutti i *contraria iudicia*, come di azioni *in ius* e di buona fede. A partire dal PROVERA (*op. cit.*, p. 29 ss.), o, direi ancor prima, da B. BIONDI (*Iudicia bonae fidei*, II, in «AUPA.», VII, 1920, p. 59 ss.), si è cominciato a mettere in dubbio l'appartenenza dei *iudicia contraria* a tale categoria.

¹⁷) Sulla scia di Ulpiano, D. 42.4.1, e sulla base dell'elenco delle ipotesi di *missio in possessionem* in S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I, Napoli, 1937, p. 17 ss., e nella susseguente dottrina, una riflessione generale risulta ora da C. BRANCATI, *Il carattere temporaneo della missio in possessionem*, in «Studi Urbinati», LXVIII (n.s. LII), 2000-2001, p. 165 ss., *passim*, e in particolare nt. 1-4.

¹⁸) Del fenomeno qui rappresentato tratta M. BALZARINI, *La represión de la iniuria en D. 47,10,45 y en algunos rescriptos de Diocleciano (contribución al estudio del derecho penal romano de la edad imperial)*, in «Revista de la Facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid», LXIX, 1980, p. 43 ss.; qualche interessante spunto in D.A. MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano. I. L'età repubblicana*, Milano, 1979, p. 149 ss., nel capitolo dedicato alle *legitimae disceptationes*, ai *iudicia magistratum* e al *respondere giurisprudenziale*. Si veda anche M. LEMOSSE, *Accusation calumnieuse et action d'injures à propos d'une inscription récente*, in «RHD.», XXXI, 1953, p. 430 ss., che però sembrerebbe considerare l'*actio iniuriarum* a conseguenza dell'azione calunniosa: l'iscrizione esaminata dal Lemosse ('*Mercurio et Minervae votum solvit Tullus sacerdos ex pecunia quam a Boccio Copone accepit ne cum eo ex decreto Marcelli proconsulis qui eum kalumniatorem cognoverat iniuriarum ageret*') mi sembra molto interessante anche ai fini di una delineaazione delle ipotesi di *calumnia*.

La testimonianza paolina suggerisce però una particolare chiave di lettura del contrasto rilevato fra i due passi gaiani: in un titolo, il 5.4, tutto dedicato all'*iniuria*, il giurista severiano tende a mescolare insieme i caratteri del *delictum*, la cui presenza è palese nel richiamo alle XII tavole (*Paul. sent.* 5.4.6: '*Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est. Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis*'), con quelli del *crimen*, al quale si riferiscono il ricordo della *lex Cornelia* e la repressione *extra ordinem* (*Paul. sent.* 5.4.8: '*Mixto iure actio iniuriarum ex lege Cornelia constituitur, quotiens quis pulsatur, vel cuius domus introitur ab his qui vulgo directarii appellantur. in quos extra ordinem animadvertitur, ita ut prius ingruentis consilium pro modo commentae fraudis poena vindicetur ex illi aut metalli aut operis publici*')¹⁹. Si può ritenere, in conclusione, che la repressione *extra ordinem* configuri la repressione della *calumnia* per un'azione per *iniuriae* esperita sul piano criminale, mentre il passo di Gai., *inst.* 4.177 potrebbe riferirsi all'ipotesi di un'edittole *actio iniuriarum*, appunto, che sia stata intentata *calumniae* secondo i criteri dell'*ordo*.

Alla riaffermazione dell'autonomia di un '*criminaliter agere*' derivato dalle disposizioni della *lex Cornelia* «a fianco» dell' '*agere civiliter*' disposto dall'editto in ipotesi di *iniuria* si dedica Balzarini²⁰, ma preoccupato, in particolare, dell'età severiana, non considera minimamente le possibilità che mi sembra di poter vedere nella testimonianza gaiana di *inst.* 4.177, mentre cita marginalmente D. 47.10.43²¹, e con qualche maggior ampiezza *Paul. sent.* 5.4.11²², senza considerare più che tanto la similarità fra i due passi²³.

La dottrina²⁴ sembra concordare sull'opinione che per il diritto classico consente sostanzial-

¹⁹ Ulteriore conferma l'espressione '*civiliter damnatus*' che si legge subito dopo, quasi a sottolineare la possibilità dei due modi di impugnazione del fatto: *Paul. sent.* 5.4.9: '*Iniuriarum civiliter damnatus eiusque aestimationem inferre iussus famosus efficitur*'. Com'è noto il punto di partenza del discorso circa la concorrenza di una tutela giudiziale civile e di una tutela criminale è generalmente considerato il passo giustiniano (*inst.* 4.4.10: '*In summa sciendum est, de omni iniuria eum qui passus est posse vel criminaliter agere vel civiliter. et si quidem civiliter agatur, aestimatione facta secundum quod dictum est, poena imponitur. sin autem criminaliter, officio iudicis extraordinaria poena reo irrogatur: hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres quique supra eos sunt et per procuratores possint actionem iniuriarum criminaliter vel persequi vel suscipere, secundum eius tenorem qui ex ipsa manifestius apparet*'): relativamente ad esso dice trattarsi di «elettività sostanziale» anche T. SPAGNUOLO VIGORITA (*Actio iniuriarum noxalis*, in «Labeo», XV, 1969, p. 38 ss.).

²⁰ Cfr. M. BALZARINI, '*De iniuria extra ordinem statui*'. *Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova, 1983, *passim*, contro la posizione assunta dal MANFREDINI, nel suo *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana* (Milano, 1977). Il sintagma «a fianco» è scritto e ripetuto, con particolare sottolineatura, in una nota (p. 7 nt. 5), a ribadire come non possa essere condivisa «l'opinione secondo cui la *lex Cornelia* avrebbe soppresso, per le ipotesi in essa considerate, la possibilità di *agere iniuriarum* con l'azione edittole» (sul tema, cfr. con letteratura, Manfredini, *Contributi*, cit., 241 ss. e più innanzi, p. 37 ss.). Il carattere criminale del procedimento introdotto dalla *lex Cornelia* era già *communis opinio* in dottrina, e rifondato ampiamente dal G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, I, Milano, 1941, p. 117 ss. (si veda in particolare in BALZARINI, *op. cit.*, la lunga nota 4, esplicativa e ricca di riferimenti bibliografici, a p. 2).

²¹ A p. 50, nt. 38 e 39 sulla particolarità della pena rappresentata dall'*amotio ordinis*, e a p. 154, nt. 69, per riaffermare come gran parte degli ultimi frammenti del titolo 47.10 del Digesto trattino della repressione criminale dell'*iniuria*.

²² Per esempio alle pp. 28 e 29.

²³ L'affermazione di M. MIGLIETTA ('*Servus dolo occisus*'. *Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de sicariis*', Napoli, 2001, p. 127), secondo cui il passo giustiniano (*inst.* 4.4.10), per quel che riguarda il '*criminaliter agere*', non avrebbe un riscontro in Gaio deve essere intesa nel senso di un confronto letterale fra i luoghi deputati dei due testi istituzionali.

²⁴ Una rassegna documentale dei casi di concorso fra azione civile e azione criminale si legge in MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 256 e nt. 157. Sul problema in generale si veda per tutti F. DE MARINI AVONZO, *Coesistenza e connessione tra 'iudicium publicum' e 'iudicium privatum'*, in «BIDR.», LIX/LX, 1956, p. 125 ss. Con accurata esegesi delle fonti relativamente al caso di concorso fra l'*actio legis Aquiliae* e l'azione istituita dalla *lex Cornelia de sicariis* il Miglietta afferma uno sviluppo giurisprudenziale che da una posizione assolutamente «libera» in Gaio (nella cui opera risulta la vigenza di un concorso elettivo: *op. cit.*, p. 105 ss.) giunge a riconoscere l'emergere di criteri di «pregiudizialità» in Ulpiano e Paolo, nel senso che «Ulpiano ... avrebbe inteso trattare della preclusione formale, concretizzantesi nel fatto che l'esperimento di un giudizio non avrebbe impedito la proposizione dell'altro. ... Paolo ... si sarebbe riferito, al contrario, all'ipotesi in cui il giudice del secondo giudizio (quello pubblico) avrebbe dovuto tenere conto dell'accertamento dei fatti avvenuto nel giudizio precedente» (*op. cit.*, p. 225), fino alla previsione legislativa del cumulo che si sarebbe operata nella costituzione di valente, Graziano e Valentiniano del 378 riportata in C.Th. 9,20,1 (= C.I. 9.31.1). Per quanto riguarda la *vis*, L. VACCA (*Ricerche sulla rapina in diritto romano. I. L'editto di Lucullo e la lex Plautia*, in «SUC.», XLV, 1965-1968, p. 565), ammette una generale «concorrenza cumulativa tra azioni penali private e azioni pubbliche», ma poi giunge a concludere

mente all'interessato in ipotesi di concorso la scelta fra *iudicium publicum* e *iudicium privatum*, anche se tendenzialmente deve segnalarsi una certa qual precedenza accordata, finanche nell'editto, al primo sul secondo per la maggior importanza che lo Stato attribuisce alla difesa dell'interesse pubblico che risulta leso insieme con il privato. D'altra parte si riconosce che l'offeso potrebbe ritenere a sé più consono il giudizio privato, più agevole, e tale da consentirgli, accanto alla sanzione vendicativa, la composizione pecuniaria del danno subito. Quando poi non si aggiunga, col Voci, che «infine, può meritare di essere difeso, talvolta, l'interesse dello stesso colpevole, che, quando rischia una condanna capitale (nel senso romano), può ritenere soluzione migliore quella di affrontare subito il giudizio pubblico, evitando che la più rapida giustizia privata, con la sua sentenza, possa influire, di fatto, sulla decisione del tribunale pubblico»²⁵.

Ma su tutto questo prevale, in ultima analisi, la considerazione pratica delle caratteristiche e delle finalità delle azioni concorrenti, come dimostra la lettura di D. 47.10.7.1 di Ulpiano²⁶. La funzione dell'*actio iniuriarum* è quella di offrire vendetta per l'offesa: «la somma che si ottiene è data, secondo un criterio di equità, a riparazione di un danno che non è patrimoniale. ... Ora, il giudizio pubblico non dà nessuna soddisfazione economica: soddisfa per il privato il desiderio di *vindicta*. Se *a. iniuriarum* e giudizio pubblico hanno la stessa funzione fondamentale, non c'è un motivo per cui il giudizio privato sia da considerare indipendente da quello pubblico»²⁷.

Del resto si potrebbe ancora notare che i casi cui si riferiscono D. 47.10.43 e *Paul. sent.* 5.4.11 sono quelli in cui la *calumnia* è palese, in cui è dato per presupposto un effettivo *animus calumniandi*, mentre il Gaio veronese si riferisce a ipotesi in cui, a scelta dell'interessato, possa farsi luogo ad un *iudicium contrarium*, ad un *iudicium*, cioè, in cui '*omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alia opinione inductus crediderit se recte agere*': la *calumnia* palese può ben essere repressa «anche» *extra ordinem*

(L'editto di *Lucullo*, in «Atti Copanello 1990», Napoli, 1992, p. 235) che i problemi si risolvono «nel senso di un concorso alternativo, in quanto entrambe le azioni tendono ad irrogare una pena, ed hanno quindi analoga funzione». Sul punto anche M. BALZARINI (*Ricerche in tema di danno violento e rapina in diritto romano*, Padova, 1969, p. 217 ss.), pur declinando ogni impegno a «convenientemente tratt[are] e avvia[re] a plausibile soluzione» il problema, ritiene che si debba ammettere almeno in Ulpiano, D. 48.2.15 e D. 47.8.2.1, contro l'opinione di altri giuristi, la previsione di un *praeiudicium* che l'esercizio dell'azione civile avrebbe comportato nei confronti di un successivo giudizio pubblico. All'alternativa fra azione civile e repressione criminale in tema di falso documentale dedica la sua attenzione G.G. ARCHI, '*Civilliter vel criminaliter agere*' in tema di falso documentale (*Contributo storico-dogmatico al problema della efficacia della scrittura*), in «Scritti C. Ferrini», Milano, 1947, ora in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, p. 1589 ss., il quale considera «due procedimenti autonomi tanto l'uno quanto l'altro, nel senso di indipendenti dal processo principale (p. 1590) ... un felice ritrovato della legislazione per risolvere vitali problemi, che si erano venuti maturando nel campo documentale (p. 1591) ... due mezzi che, pur avendo procedura e strutture diverse, tendono allo stesso fine (p. 1594)», due mezzi, però, emersi storicamente in epoca diversa, e con un'assoluta ed indiscussa priorità storica da assegnarsi alla disciplina pubblicistica della *lex Cornelia de falsis*. Sono soltanto alcuni esempi dell'importanza del problema, e, forse, di una tendenza generale evolutiva che caratterizza il passaggio da una concezione del concorso processuale in senso alternativo, elettivo, ad una successiva considerazione di cumulo, variamente regolamentato (così la DE MARINI AVONZO, *op. cit.*, in particolare p. 186 ss.; una nuova e compendiosa revisione critica di tutto il problema offre P. VOCI, nella serie combinata di lavori costituita da *Azioni penali e azioni miste*, e successivamente *Azioni penali in concorso fra loro*, in «SDHI.», rispettivamente LXIV, 1998, p. 1 ss., e LXV, 1999, p. 1 ss.).

²⁵ VOCI, *op. ult. cit.*, p. 15.

²⁶ D. 47.10.7.1 (Ulp. LVII *ad ed.*): '*Si dicatur homo iniuria occisus, numquid non debeat permittere praetor privato iudicio legi Corneliae praeiudicari? idemque et si ita quis agere velit "quod tu venenum dedisti hominis occidendi causa?" rectius igitur fecerit, si huiusmodi actionem non dederit. adquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt iudicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quo minus et privato agamus. est hoc verum, sed ubi non principaliter de ea re agitur, quae habet publicam executionem. quid ergo de lege Aquilia dicimus? nam et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum non principaliter: nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est, at in actione iniuriarum de ipsa caede vel veneno ut vindicetur, non ut damnum sarciatur. quid ergo, si quis idcirco velit iniuriarum agere, quod gladio caput eius percussum est? Labeo ait non esse prohibendum: neque enim utique hoc, inquit, intenditur, quod publicam habet animadversionem. quod verum non est: cui enim dubium est etiam hunc dici posse Cornelia conveniri?'* Di fronte ad un'ipotesi di avvelenamento di uno schiavo, il passo propone due casi di concorso, diversamente risolti, e cioè quello fra l'*actio legis Aquiliae* e l'azione derivante dalla *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, e subito di seguito il concorso fra l'*actio iniuriarum* e la medesima azione pubblica.

²⁷ VOCI, *op. ult. cit.*, p. 23.

con quelle sanzioni, ma nei casi dubbi, nei casi in cui risulti mancante il *calor calumniae*²⁸, o comunque a scelta dell'interessato, l'ordinamento giuridico romano del II secolo d.C., sulla base dell'editto, concedeva la possibilità di agire *civiliter* con un giudizio contrario.

b) L'ipotesi delle contestazioni relative alla concessione di una *possessio* alla donna in previsione della nascita di un figlio è specificamente trattata nel Digesto giustiniano nei titoli 25.5 e 25.6, dove, anzi, proprio la questione gaiana della dolosa alienazione della *possessio* costituisce rubrica del 25.5, '*si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur*': dalla lettura del testo giustiniano rileviamo, attraverso le parole dei soli Ulpiano (34 *ad edictum*) e Paolo (37 *ad edictum*)²⁹, che il pretore vi aveva dedicato particolare attenzione:

D. 25.5.1.pr. (Ulp. 34 *ad ed.*): Hoc edicto rectissime praetor prospexit, ne, dum in favorem partus possessionem polliceatur, aliis praedae occasionem praebet: idcirco constituit actionem in mulierem, quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit ...

E' chiara la *ratio* dell'intervento pretorio: il magistrato vuole impedire che la *missio in possessionem* da lui stesso predisposta possa essere distratta dal fine per il quale era stata concessa, e ciò non tanto a riaffermazione del carattere coercitivo delle sue proprie decisioni, quanto piuttosto per non far venir meno al nascituro la concreta speranza della nascita³⁰, rappresentata dal sostentamento alimentare per la madre³¹.

A più riprese Ulpiano ribadisce che l'intervento pretorio vuole colpire il dolo della donna, ma è Paolo che si premura poi di specificare come debba considerarsi l'atteggiamento psicologico:

²⁸ Di '*calor*' in rapporto all'atteggiamento dell'*animus* del calunniatore parla, oltre a Marciano, citato, anche, per esempio, Costantino nel 319, in una costituzione riportata in C.I. 9.42.2.pr., nella quale, si noti, ritorna il motivo della distinzione fra la semplice '*temeritas*' e un diverso, e più intenso, atteggiamento psicologico dell'agente, '*calor*', che sta a rappresentare appunto la *calumnia* ('*Abolitio praesentibus partibus causa cognita non a principe, sed a competenti iudice postulari debet, id est si per errorem seu temeritatem seu calorem ad accusationem prosiluerit: hoc enim accusator explanans abolitioni locum faciet [Imperator Constantinus A. ad Ianuarinum pu. D. VI k. Dec. Serdicae Constantino A. V et Licinio C.I. cons.]*').

²⁹ Il titolo '*si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur*' (25.5) si compone di due soli frammenti, l'uno di Ulpiano e l'altro di Paolo.

³⁰ La speranza di vita del nascituro deve essere vista naturalmente dalla parte del genitore che acquista così quella proiezione di immortalità che, come è insegnamento di Galeno (*de usu partium* 14.22), e come era dottrina del platonismo in Roma, è rappresentata dalla prole: sarà poi Giustiniano a documentarlo legislativamente nella Novella XXII (cfr. G. LANATA, *L'immortalità artificiale. Appunti sulla Novella 22*, in *Società e diritto nel mondo tardo antico. Sei saggi sulle Novelle giustiniane*, Torino, 1999, p. 83 ss.): '*ut humano generi videatur immortalitatem artificem introducere, et ex filiorum procreatione renovata genera manent iugiter, dei clementia, quantum est possibile, nostrae immortalitatem donante naturae, recte nobis studium de nuptiis est*' [Nov. XXII, pr.]. Persino l'aborto vi viene concepito come '*crimen contra maritum*' (cfr. O.M. PÉTER, *Si rixati fuerint viri et percusserit quis mulierem praegnantem. Il valore della vita del nascituro e l'aborto nei diritti dell'antichità*, in «SDHI.», LVIII, 1992, p. 215 ss.). Vi è però, mi sembra, nel caso che ci riguarda anche una visione giuridica che trascende le legittime aspettative del genitore, come si legge in D. 37.9.1.14 (Ulp. 41 *ad ed.*): '*Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur vel nurus vel esse vel fuisse vel ex eo praegnas non esse contendatur: decretum interponit praetor ad exemplum carboniani edicti. et ita divus hadrianus claudio proculo praetori rescripsit, ut summam de re cognosceret et, si manifesta calumnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessione mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportet. apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere: et ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnas sit, decreto tuenda est, ne praeiudicium partui fiat. idemque est et si status mulieri controversia fiat*'. Nella stessa linea di pensiero si pone la norma che consente alla donna il possesso senza pericolo quando non vi sia *calumnia* (D. 25.6.1.7: '*Interesse autem videtur primum de alimentis: nec enim alias haec repetuntur, nisi per calumniam in possessionem venit; ceterum si res calumnia caret, nihil praestabit mulier, quae sine causa alta est sub praetextu ventris*'). Una serie di interessanti appunti (e spunti) sul tema della 'speranza' si possono leggere in M. BALESTRI FUMAGALLI, *Note minime sulla speranza*, in «SDHI.», LXI, 1995, p. 863 ss., ma anche ID., '*Spes vitae*' (a commento del lavoro di E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur. Linee di una ricerca storico-domatica*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 3 ss.), in «SDHI.», XLIX, 1983, p. 337 ss.

³¹ Circa la funzione alimentare delle concessioni di *possessio* alla madre il Digesto è ampio di spunti: per tutti si veda, e proprio sotto il titolo 37.9, '*de ventre in possessionem mittendo et curatore dando*', Ulpiano, 41 *ad ed.*, D. 37.9.1.19: '*Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet: et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum potum vestitum tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque mulieris*'.

D. 25.5.2.pr. (Paul. 37 *ad ed.*): Dolo facit mulier, non quae in possessionem venientem non prohibet, sed quae circumscribendi alicuius causa clam et per quandam machinationem in possessionem introducat.

La presenza di questa *machinatio*, di quest'*animus circumscribendi*, di questa clandestinità caratterizza la situazione in esame per la quale il pretore concede un'*actio*, che ha natura mista (la frase di D. 25.5.1.4, Ulp. 34 *ad ed.*: '*Haec actio post annum dabitur, quia rei habet persecutionem*', deve essere intesa, infatti, nel senso che con tali parole, così, per come sono espresse, si dia per presupposto l'aspetto penale, e solo ci si preoccupi di soggiungere che l'azione ha «anche» una valenza reipersecutoria)³² e che è commisurata all'interesse dell'attore (D. 25.5.1.1, Ulp. 34 *ad ed.*: '*Idcirco constituit actionem in mulierem, quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit. non solum mulierem praetor coerces, verum eum quoque in cuius potestate ea fuerit, scilicet si dolo ipsorum alius in possessionem fuerit admissus, actionemque in tantum pollicetur in eos, quanti interfuit eius qui experitur*'; D. 25.5.2.1, Paul. 37 *ad ed.*: '*... quia in id quod agentis interest datur, ideo, si id quod ei abest ab eo qui in potestate est servari possit, praeter sumptus litis causa factos inutilis erit ei haec actio*').

Come si concilia quest'azione, se si concilia, con la testimonianza gaiana (4.177) che parla di un *iudicium contrarium* che '*ex certis causis constituitur, veluti ... si cum muliere eo nomine agatur quod dicitur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse*', e che comporta condanna in un quinto? E ancora, e conseguentemente: considerato che nei due frammenti del titolo non si parla di *calumnia*, né mai compare il termine in questione, è veramente possibile rapportare queste testimonianze di Ulpiano e Paolo al fenomeno che Gaio descrive in *inst.* 4.171-182?

Di '*calumnia*' si fa espressa parola fin dalla rubrica nel successivo titolo del Digesto, il 25.6, '*si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicitur*', e le parole di Ulpiano (al solo Ulpiano, e al medesimo libro 34 *ad edictum*, si riferiscono i 12 brevissimi frammenti di D. 25.6)³³ potrebbero far pensare effettivamente ad uno stretto rapporto che apparenta due clausole editali specificamente commentate, quella che considera staticamente la situazione di possesso illegittimo da parte della donna, '*quasi calumniae causa fuerit in possessionem missa*' (D. 25.6.1 pr., considerando che, come si rileva in D. 25.6.1.2, '*per calumniam autem in possessione fuisse videtur, quae sciens prudensque se praegnantem non esse voluit in possessionem venire*'), e quella che accentra la sua attenzione dinamicamente sul trapasso di appartenenza dei beni concessi originariamente alla donna. Dice infatti Ulpiano:

D. 25.6.1.1 (Ulp. 34 *ad ed.*): Et hoc edictum ex eadem causa proficiscitur, qua superius: debet enim praetor, quemadmodum facilis est circa bonorum possessionem dandam mulieri ventris nomine, ita calumniam eius impunitam non relinquere.

La *ratio* dell'intervento pretorio è unica ('*hoc edictum ex eadem causa proficiscitur, qua superius*': si conside-

³²) Per il valore che la caratterizzazione di azione reipersecutoria (o «anche» reipersecutoria) assume nel caso in esame, valga quanto dice Paolo in D. 44.7.35.pr. (Paul. 1 *ad ed.*): '*In honorariis actionibus sic esse definiendum cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus. illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur*'.

³³) Alla situazione della donna *praegnas* e alle vicende della *possessio* pretoria a lei eventualmente concessa fanno riferimento qua e là nel Digesto altri passi, a cominciare dalla serie concatenata dei tre frammenti del titolo 3.2 ('*de his qui notantur infamia*'): '*Notatur quae per calumniam ventris nomine in possessionem missa est, dum se adseverat praegnatem*', (D. 3.2.15, Ulp. 8 *ad ed.*) '*cum non praegnas esset vel ex alio concepisset*' (D. 3.2.16, Paul. 8 *ad ed.*) '*debutit enim coerceri quae praetorem decepit. sed ea notatur, quae cum suae potestatis esset hoc facit*' (D. 3.2.17, Ulp. 8 *ad ed.*): così, interessantissimo, D. 12.2.3.3, in cui Ulpiano cita il parere di Marcello, e per certi aspetti anche D. 25.4.1.10, dove è riportato l'editto '*de inspiciendo ventre custodiendoque partu*'; una serie di testi ulteriori propongono il problema della configurabilità della *missio in possessionem ventris nomine* come *bonorum possessio* successoria, o, comunque, dei rapporti strettissimi fra i due fenomeni: si pensi, fra i più rilevanti, a D. 29.2.30.1, D. 29.2.84, D. 37.5.9, D. 37.6.12, al lunghissimo D. 37.9.1, e ancora a D. 37.10.10, D. 38.8.1.9, fino al D. 43.4.3.3 che documenta l'interessamento dell'imperatore Adriano sul caso: '*Si mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse, quod non sit praegnas vel non ex eo praegnas, vel si de statu mulieris aliquid dicatur: ex epistula divi Hadriani ad exemplum praesumptionis Carboniani edicti ventri praetor pollicetur possessionem*'.

ri che l'espressione si legge nel medesimo 34 *ad edictum*, e presumibilmente per argomenti concatenati; più oltre, a D. 25.6.1.4, lo stesso Ulpiano rileva l'identità di criterio a base della condanna, *'et hic quanti agentis interfuit praetor actionem pollicetur'*, che informa le due azioni, *'simili autem modo'*: se nel titolo 25.5 si voleva impedire la *praedatio* altrui (*'ne ... aliis praedae occasionem praebeat'*) e si insisteva sulla *machinatio* e sulla *circumventio* operate dalla donna, qui si considera in particolare la di lei *calumnia*, cioè l'essersi falsamente spacciata per *praegnas* pur sapendo (*'sciens prudensque'* dice il giurista) di non esserlo, cagionando con ciò un «danno» a colui o coloro che legittimamente potevano aspirare a quei beni tramite successione. Anche in questo caso si teme una *praedatio*³⁴, e sull'eventualità non tanto del trasferimento dei beni ad altri, quanto del loro depauperamento, della diminuzione patrimoniale altrimenti conseguita, si insiste particolarmente³⁵.

Ora, mi sembra che non ci si debba lasciar fuorviare dall'uso del termine *'calumnia'* attestato per l'ipotesi di cui a D. 25.6, né dall'affinità di situazioni fra questa e quella di cui al titolo 25.5: se anche l'essersi dolosamente presentata come pregna da parte della donna costituisce un'ipotesi di *calumnia*³⁶, è comunque ipotesi che non deve essere confusa con la *calumnia actoris* di cui parla il IV commentario gaiano. La donna di D. 25.6 e di D. 25.5 è il soggetto passivo dell'eventuale rapporto processuale da intraprendersi, in quanto soggetto contro il quale si appuntano le pretese rivendicatorie relative ai beni a lei assegnati *ventris nomine*, né ha poi molta rilevanza, perciò, ai nostri fini, il suo atteggiamento psicologico. Al contrario la *calumnia* che è oggetto dell'interesse di Gaio è la *calumnia actoris*: si deve considerare cioè, al contrario, il fatto di chi agisce contro la donna appunto per recuperare, adducendo la falsità del suo stato³⁷, i beni a lei concessi *ventris nomine*. E ancora una volta le espressioni usate dal giurista adrianeo mi sembrano significative, laddove egli, sia pure parafrasando la rubrica edittale che poi risulta presumibilmente traslata nel Digesto (*'si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur'*), non descrive l'azione col fatto delle false affermazioni della donna circa il suo stato, quanto, piuttosto, col «si dice» (*'dicatur'*)³⁸ che immediatamente appare destituire di ogni fondamento la pretesa attrice.

In tale situazione, dunque, il *iudicium contrarium* di Gai., *inst.* 4.177 si inserisce come *iudicium con-*

³⁴ Mi sembra significativa al riguardo la definizione che il «VIR.» (IV.3-4, Berlin, 1985, c. 1028, II. 15 ss.) offre alla voce *'praedo'* ad illustrare il significato del termine in innumerevoli passi: «Loquitur de praedonibus, id est de his, qui, cum scirent ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona, scilicet cum nullam causam haberent possidendam». E' sintomatico il passo che individua i soggetti interessati a far valere giudizialmente davanti al giudice l'illegittimità della *missio*: D. 25.6.1.6 (Ulp. 34 *ad ed.*): *'Competit autem haec actio ei, cuius interfuit in possessionem missam non esse: ut puta, vel coheredi speranti partem, vel si qui substitutus fuit, vel qui ab intestato, si partus non fuisset, succedere potuit'*.

³⁵ Alle riflessioni che derivano dalla lettura del passo D. 25.6.1.6 riportato alla nota precedente si aggiunga quanto Ulpiano precisa al successivo paragrafo 8: *'Nonnumquam augebitur quod interest, si quis forte dubitans, an praegnas sit, exclusus sit hereditate: nam heredi eius qui exclusus est dandam hanc actionem Iulianus ait, siquidem eius quoque interfuit non fuisse calumniae causa in possessione mulierem, quia hoc si non fuisset, adeundo hereditatem institutus heredi suo locupletiore hereditatem suam relinqueret. sed et hoc imputatur mulieri, quod deminuta sunt multa in hereditate, dum hic contemplatione ventris non attingit hereditatem'*.

³⁶ Alla conclusione che la *calumnia* si poteva presentare sotto molte diverse sfaccettature poteva pervenirsi anche dal mero confronto fra il concetto immediato e tradizionale di *calumnia*, appunto, come mendace attribuzione di una colpa, delitto, malvagità, disonestà, etc., e le ipotesi di *calumnia actoris* illustrate da Gaio.

³⁷ Ritengo si debbano accomunare così le due ipotesi: non mi pare che potesse verificarsi nella realtà romana il caso di una donna *praegnas* che, avendo ottenuto la *possessio* pretoria, si disfacesse dei beni e delle concrete possibilità di sostentamento che ne derivavano in un momento così particolare della sua vita, trasferendone il possesso ad altri: tanto più che della cosa avrebbe poi dovuto render conto, essendo la *possessio ventris nomine* disposta per dare corpo alle aspettative ereditarie del nascituro: D. 37.9.1.pr. (Ulp. 41 *ad ed.*): *'Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit. nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis'*. Che la *missio in possessionem ventris nomine* abbia un carattere cautelare, vuoi che sia l'unico, vuoi che sia fuso con aspetti di tutt'altra natura, nessuno dubita. Una felice enunciazione se ne veda in G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate in diritto romano*, Padova, 1937, p. 147; così anche A. METRO, *La datazione dell'editto 'de inspiciendo ventre custodiendoque partu'*, in «Synteleia V. Arangio-Ruiz», II, Napoli, 1964, p. 944 ss.; così, in generale per tutte le *missiones*, F. ARCARIA, *Missio in possessionem e cognitio fideicommissoria*, in «BIDR.», XXVIII, 1986, p. 243 ss.

³⁸ Significativo anche il fatto che si tratti di un congiuntivo, che, come tale, conferisce alla pretesa attrice, sulla quale è impostata la rubrica del Digesto (presumibilmente la rubrica dell'editto, e di conseguenza la frase gaiana), un senso di possibilità che lascia il campo ben aperto alla dimostrazione contraria.

trarium³⁹ rispetto a quest'azione dal pretore promessa sotto il titolo '*si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur*' (o altro analogo) dell'editto, e la condanna al quinto che esso comporta è, mi sembra, condanna ad un quinto di quell'interesse che è misura dell'azione stessa.

c) Anche per quanto riguarda il terzo caso indicato da Gai., *inst.* 4.177 fra le ipotesi in cui per la *calumnia actoris* si dovrebbe ricorrere ad un *iudicium contrarium* ci si trova di fronte ad una situazione ri-

³⁹ Se una parte della dottrina più antica ha ritenuto che i *contraria iudicia* si ponessero in posizione di perfetto parallelismo e di completa autonomia rispetto alle azioni dirette, talché nell'ambito del rapporto obbligatorio ciascuna delle parti avrebbe potuto indipendentemente agire per la realizzazione dei propri interessi (così, sulle orme del Pernice, A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II.1, Erlangen, 1882, p. 51 ss.; così G. SEGRE, *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, ora in *Scritti giuridici*, I, Cortona, 1930, p. 268 ss.; così O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927, p. 254, 314, 403, 424: secondo il Lenel nel '*si non pareat*' della *condemnatio*, attraverso la clausola espressa '*si causam non tenuerit*', si sarebbe introdotta la possibilità del *iudicium contrarium* contrapposto all'azione principale), magari come derivazione, operatasi per sviluppo storico, da un'originaria *exceptio* opposta all'azione principale di cui rimarrebbe traccia in Paolo, D. 13.6.17.1 (così A. MANIGK, '*iudicium contrarium*', in «PWRE.», IX.2, Stuttgart, 1914, c. 2481), a partire dal Partsch, nei primi decenni del Novecento, si è avuta un'ampia revisione critica del tema. Basandosi sull'ambiguità di significati del segno '*contrarium*', J. PARTSCH (*Studien zur negotiorum gestio*, I, Heidelberg, 1913, p. 54 ss.; ma anche *Das Dogma der Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte*, in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin, 1931, p. 74 nt. 204) ritiene che *actio contraria* e *iudicium contrarium* fossero mezzi giudiziali distinti, l'una rappresentando l'azione *in ius* indipendente, uguale ed opposta a quella principale, consistendo l'altro nell'unico processo derivante dal contratto fra le parti, ma costruito, a seguito dell'opposizione del convenuto, su una formula divenuta bilaterale, basata sulla buona fede, e che avrebbe potuto comportare anche la condanna dell'attore grazie all'espressione diretta al '*quidquid alterum alteri dare facere oportet*' contenuta nell'*intentio*. A sua volta M. WLASSAK (*Praescriptio und bedingter Prozess*, in «ZSS.», XXXIII, 1912, p. 81 ss.) all'origine storica del *iudicium contrarium* considera la *praescriptio*. Con valenza opposta si colloca l'opinione di V. ARANGIO RUIZ (*Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, p. 96 ss.) il quale ne parla come di una «contro-azione», nel senso che «all'assoluzione dell'uno deve necessariamente corrispondere la condanna dell'altro, con un'applicazione di quello che nella logica formale si usa chiamare principio di contraddizione». Giuseppe PROVERA, costruendo il suo pensiero da le *Linee generali di uno studio sui iudicia contraria*, in «SDHI.», VIII, 1942, p. 113 ss. ai *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino, 1951, p. 7 ss., ne parla come di una domanda riconvenzionale, come «si ha quando il convenuto intenta una propria azione contrapponendola a quella che ha iniziato il processo contro di lui, contrapposizione di azioni che può condurre alla condanna dell'attore» (p. 26). Recentemente A. CENDERELLI (*La negotiorum gestio. I. Struttura, origini, azioni*, Torino, 1999, p. 193 ss.), pur rifiutandosi di entrare nel vivo della problematica sul tema, vede nell'espressione *iudicium contrarium* una valenza tecnica che vale ad individuare un'autonoma vicenda processuale in quanto «l'azione sorgente dal rapporto posto in essere viene chiamata *directa* quando fa capo al soggetto che con una sua iniziativa abbia realizzato, o comunque avviato, il procedimento di formazione del contratto (spetta, infatti, il *iudicium directum* al depositante, al comodante, al mandante)», anche se, dal punto di vista del rito, facendo proprie le considerazioni di G. NICOSIA (*L'azione relativa alla 'male gesta procuratio' in Quintiliano*, *inst. or.* 7,4,35, in «Studi E. Volterra», IV, Milano, 1971, p. 787 ss.), non reputa importante ai suoi fini definire «se si trattasse di due distinte azioni, derivanti da un unico fatto giuridico (l'intervento gestorio), o se, invece, l'azione *negotiorum gestorum* fosse da considerarsi come unica, e tuttavia proponibile dall'una o dall'altra delle due parti». Infine l'autore trova poi modo di concludere, sulla base di D. 3.5.7.2, che «per i giuristi classici, l'espressione *actio contraria* non aveva un significato preciso, e poteva essere tranquillamente impiegata per indicare, a seconda del concreto proposi dell'iniziativa processuale, l'azione del gestore o quella dell'interessato» (*op. cit.*, p. 201; si vedano anche, dello stesso, *Actio negotiorum gestorum directa e contraria nel linguaggio romano classico e giustiniano*, in «Mélanges F. Sturm», I, Liège, 1999, p. 75 ss., nonché *In tema di origini e sviluppo delle actiones negotiorum gestorum*, in «Studi G. Impallomeni», Milano, 1999, p. 85 ss.). A immediata replica G. FINAZZI (*Ricerche in tema di negotiorum gestio. I. Azione pretoria e azione civile*, Napoli, 1999, p. 95 ss., e in particolare p. 99, e poi 194 ss.) ritiene che «il problema della direzione dell'azione» abbia comportato nel tempo una diversa risposta, per cui «in connessione alla formula *negotiorum gestorum in factum concepta* ... fosse azione diretta quella a favore del gestore e azione contraria quella a favore del gerito. ... nel caso dell'azione civile le cose stavano diversamente, essendo diretta l'azione a favore del gerito e contraria quella del gestore»: la giustificazione della prima contrapposizione sarebbe solo cronologica («verisimilmente, con l'editto venne introdotta l'azione pretoria a favore del gestore, che sul piano della politica legislativa soddisfaceva un bisogno più urgente, e solo successivamente, il pretore affiancò ad essa l'azione pretoria a favore del gerito»); per quanto riguarda la seconda contrapposizione l'esegesi di Cic., *top.* 66 porterebbe a ritenere «che il *praestare oportere* risulta ... nel caso dell'*alienis negotiis curare* soltanto sul *gestor*. Si deve considerare, d'altra parte, che in alcuni casi, come la tutela ed il comodato, la recenziarietà dell'azione contraria rispetto alla diretta sembra emergere dalle fonti, dalle quali si ricava una certa iniziale riluttanza a tutelare la pretesa di una delle parti per un importo eccedente quello percepibile *iure pensationis*, superata soltanto in progresso di tempo» (p. 195).

scontrabile a margine di una *missio in possessionem* pretoria. E ancora una volta Gaio dimostra di avere sott'occhio l'editto pretorio.

La clausola edittale '*ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*' (D. 43.4)⁴⁰, secondo la testimonianza di Ulpiano⁴¹, diceva:

D. 43.4.1.pr. (Ulp. l. 72 *ad ed.*): Ait praetor: 'si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo eiusve, cuius ea iurisdictio fuit, in possessionem bonorum sit, in eum in factum iudicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, dabo'.

L'azione *in factum*, proposta per rendere operativo il decreto del pretore concedente la *missio in possessionem*, è generale, rivolta alla tutela di tutte le ipotesi di concessione pretoria del possesso ('*pertinet enim ad omnes, qui in possessionem a praetore missi sunt: convenit enim praetori omnes, quas ipse in possessionem misit, tueri. sed sive rei servandae causa sive legatorum aut ventris nomine in possessionem missi fuerint, habent ex hoc edicto in factum actionem*')⁴². Si tratta in questo caso di un'azione generalmente penale⁴³, in cui l'atteggiamento psicologico che caratterizza la responsabilità non è necessariamente, nonostante i termini della rubrica, la *vis* ('*nec exigitur, ut vi fecerit qui prohibuit*': D. 43.4.1.3), non è necessariamente il dolo ('*habent ex hoc edicto in factum actionem, sive doli sive aliter prohibuerint*': D. 43.4.1.2), ma è richiesta la piena capacità di intendere e di volere, quella capacità di cui difettano i minori e i furiosi ('*Hoc edicto neque pupillum neque furiosum teneri constat, quia affectu carent. sed pupillum eum debemus accipere, qui doli capax non est: ceterum si iam doli capax sit, contra erit dicendum. ergo et si tutor dolo fecerit, in pupillum dabimus actionem, si modo solvendo sit tutor: sed et ipsum tutorem posse conveniri iulianus scribit*': D. 43.4.1.6). Infine l'azione di cui al titolo 43.4 del Digesto è un'azione commisurata al '*quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit*', parole che Ulpiano, D. 43.4.1.6, riprende dall'editto pretorio e commenta nei termini seguenti:

⁴⁰ Anche qui la rubrica si legge in verità nel Digesto, ma sia A.F. RUDORFF (*Edicti perpetui quae supersunt*, Lipsiae, 1869) che il LENEL (*op. cit.*, p. 455) la riferiscono anche all'editto. Il Rudorff ritiene che l'editto contenesse ben quattro clausole analoghe configurando la tutela interdittale (*ne vis fiat*) sia nei confronti di '*qui fideicommissi servandi causa in possessionem missus sit*' (§ 225, p. 206 s., argomentato da D. 43.4.68.3), sia nei confronti di '*quae ventris nomine in possessionem missa fuerit*' (§ 226, p. 207), sia a favore di '*qui damni infecti nomine in possessionem missus est*' (§ 247, p. 217, argomentato da D. 43.4.4.pr.), sia, infine, a favore di '*qui rei servandae causa in possessionem bonorum missus erit*' (§ 269, p. 231 s., argomentato da D. 43.4.1.pr.). Il Lenel considera due clausole distinte, '*ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*', e, diversamente specificandovi le ragioni della *missio* sulla base dei contenuti del titolo giustiniano D. 43.4, '*ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa erit*'.

⁴¹ Si consideri che anche in questo caso i 4 frammenti di cui si compone il titolo sono tratti, tre da Ulpiano, e precisamente dai libri LXVIII, LXIX, LXXII *ad edictum*, e uno da Paolo, dal libro LIX sempre *ad edictum*: comunque in D. 43.4.1.6 è riportato anche il parere di Giuliano sul tema.

⁴² E' D. 43.4.1.2 (Ulp. 72 *ad ed.*), ma si veda anche D. 43.4.1.1: '*Hoc edictum summa providentia praetor proposuit: frustra enim in possessionem mitteret rei servandae causa, nisi missos tueretur et prohibentes venire in possessionem coerceret*'. Più oltre si ricorda espressamente la *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum causa* (D. 43.4.3 pr.), la *missio in possessionem ventris nomine* (D. 43.4.3.2-3), la *missio in possessionem damni infecti* (D. 43.4.3.4 pr.), la *missio in possessionem 'ex alia causa'* (D. 43.4.4.4). Per quanto riguarda il nostro tema, in particolare in rapporto all'ipotesi precedentemente considerata da Gaio '*si cum muliere eo nomine agatur quod dicatur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse*', si consideri D. 43.4.3 (Ulp. 68 *ad ed.*): '*Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius induendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere. sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnumquam etiam per manum militarem. Constitutum est ab Antonino, ut etiam in bona heredis quis admittatur certis modis. si quis igitur in his bonis non admittatur, dicendum est actionem hanc utilem competere: ceterum poterit uti et extraordinaria exsecutione. Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. sed si mulier velit in factum actione uti ad exemplum creditorum magis quam interdicto, posse eam experiri sciendum est. Si mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse, quod non sit praegnas vel non ex eo praegnas, vel si de statu mulieris aliquid dicatur: ex epistula divi Hadriani ad exemplum praesumptionis carboniani edicti ventri praetor pollicetur possessionem*'.

⁴³ Dice infatti Ulpiano, 72 *ad ed.*, che '*hanc actionem excepta legatorum missione intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredes similesque personas dabitur, nisi in id quod ad eas pervenit: sed heredi similibusque personis dabitur. nam cum prohibitus quis est legatorum vel fideicommissorum causa possessionem adipisci, tunc actio et perpetua est et in heredem dabitur, quia est in potestate successorum evitare interdictum satisfactione oblata*' (D. 43.4.1.8): riterrei che l'eccezione rappresentata dal caso della *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum causa* non riguardi il carattere penale dell'azione, ma piuttosto la sola intrasmissibilità della stessa.

D. 43.4.1.5 (Ulp. 72 *ad ed.*): Haec verba 'quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit' continent utilitatem creditoris, ut quantum eius interest possessionem habere, tantum ei qui prohibuit condemnatur. proinde si ob falsum creditum vel ob falsam petitionem missus est in possessionem vel si exceptione summoverti potuit, nihil ei debet prodesset hoc edictum, quia propter nullam causam in possessionem missus est.

Il tratto finale del frammento ulpiano mi sembra rapportarsi perfettamente all'ipotesi gaiana di *calumnia actoris*: in pratica l'ipotesi prospettata da Gaio è quella che vuole proporsi contro il soggetto che avesse ostacolato l'immissione nei beni di chi ne avesse avuto concessione dal pretore ('... *si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse* ...'). Pertanto, se taluno ha conseguito la *missio in possessionem* da parte del pretore '*ob falsum creditum vel ob falsam petitionem*' (o addirittura se possa essergli opposta una qualche altra eccezione)⁴⁴, poiché '*propter nullam causam in possessionem missus est*', non deve potersi giovare dell'editto: l'azione, pur concessa quando ancora mancava una sicura percezione della vicenda, si concluderà con il rigetto della domanda attrice volta a riottenere il possesso perduto, potendovisi aggiungere, come *iudicium contrarium*, la condanna dell'attore ad un quinto di quel '*quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit*'.

In conclusione le tre ipotesi raffigurate da Gaio in *inst.* 4.177 rivelano immediatamente un qualche tratto di collegamento. Innanzi tutto per almeno due delle tre ipotesi proposte, il dato psicologico della «maliziosa concertazione» risulta comunque un presupposto dell'intervento, checché ne dica Gaio quando, relativamente a questi casi, pretende che la condanna del *calumniator* consegua '*omni modo ... si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere*'. Non si vuol dire che Gaio sia in errore: Gaio parla della condanna, la quale effettivamente è data anche se l'attore '*causam non tenuerit*', anche se '*aliqua opinione inductus crediderit se recte agere*' (dove dalla stessa specificazione appare il carattere eccezionale dell'eventualità)⁴⁵. Quello che si vuole qui riguardare è il momento della concessione del rimedio.

Circa la donna *praegnas* (a parte il fatto che già la *missio* in suo favore potrebbe essere stata determinata *calumniose*) requisito necessario per la concessione dell'intervento è la dolosa (*dolo malo*) *translatio* ad altri del possesso *ventris nomine* lecitamente o illecitamente ricevuto. E se il dolo significa qui praticamente la piena consapevolezza e volontà dell'illecito, non va comunque dimenticata la componente dell'inganno, del raggiri (con conseguente altrui nocumento), che la *translatio* ad altri del possesso determina in capo agli eventuali aventi diritto che ne risulterebbero danneggiati.

Circa l'immesso spodestato le parole di Gaio (ma anche i termini che si leggono nei titoli relativi del Digesto)⁴⁶ non suggeriscono immediatamente l'idea di una dolosa attività attuata contro lo spodestato, quanto piuttosto quella di una violenza, più o meno aperta e palese, perpetrata ai suoi danni. Si deve però pensare nel concreto ad almeno uno scambio di battute in cui le singole posizioni delle parti verrebbero chiarite, in cui, quindi, di fronte alle proteste di chi si oppone all'immissione vantando questa o quest'altra pretesa o aspettativa, l'immesso obietti e chiarifichi la sua particolare posizione fortificata dalla *missio* pretoria: la reazione di diniego è, dunque, una reazione consapevole assunta sulla base di una situazione chiarificata in tutti i suoi aspetti di base, e in cui risulta chiaro che ci si oppone alla stessa decisione del pretore.

Anche per quanto riguarda l'accusa giudiziale di aver commesso *iniuria*, dato il carattere perso-

⁴⁴) Tutte tre le ipotesi, a mio parere, devono essere ricomprese nelle scarse parole gaiane '*et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse*' dalle quali non appare assolutamente traccia dei motivi che potrebbero aver determinato la rivendicazione contro l'immesso: a loro volta le espressioni ulpiane rappresentano scenicamente il momento conclusivo dello scontro giudiziale, quello in cui il credito è stato appurato falso, la *petitio* attorea si è rivelata destituita di ogni fondamento, ovvero è stata inficiata da una qualche valida eccezione (si noti il tempo verbale al passato in '*vel si exceptione summoverti potuit*').

⁴⁵) Se la cosa non avesse comportato perplessità di sorta Gaio si sarebbe forse limitato alla prima considerazione, '*si causam non tenuerit*'.

⁴⁶) Cfr. in particolare *supra*, nt. 40.

nalissimo del reato, difficile è immaginare per l'esperienza romana casi in cui l'ingiuriato (o colui che si pretende tale) non riesca ad identificare esattamente la persona dell'offensore e agisca giudizialmente contro altra persona; in tali casi la proposizione dell'*actio iniuriarum* sarebbe fatta consapevolmente contro ogni diritto. E' invece più facile pensare ad ipotesi in cui l'attore ritenesse, in buona fede, di essere stato offeso da un fatto, che il giudice poi verrà a valutare in senso diverso.

Ma, a parte tutte le considerazioni suesposte, il dato ulteriormente unificante si potrebbe trovare, a mio parere, nella palese e consapevole opposizione a decisioni pretorie. La dolosa *translatio* ad altri del possesso a lei dato *ventris nomine* da parte della donna incinta (o non) significa destituire di ogni pratico effetto l'iniziativa pretoria di concessione. Allo stesso modo anche l'ostacolo frapposto all'apprensione della *possessio* da parte dell'immeso significa palese inottemperanza (o peggio: chiaro dispregio) della decisione pretoria che aveva voluto quell'immissione. A suo modo (ma in modo ancor più generale, se vogliamo) anche l'accusa falsa o inane di *iniuria* determina un intervento pretorio a vuoto, un inutile atto di amministrazione della giustizia.

5. Ma è tempo di tornare, dopo tutto ciò, al secondo raffronto prospettato da Gai., *inst.* 4.179 quello fra *iudicium calumniae* e *iusiurandum calumniae*.

Le argomentazioni logiche che si possono mettere a base della seconda premessa dello pseudo sillogismo gaiano non sono di facile evidenza in dottrina in quanto coinvolgono la configurazione generale dell'uno come dell'altro istituto che è alquanto complessa e problematica.

Invero è facile notare che due dei rimedi predisposti dai classici contro la temerarietà dell'attore hanno carattere generale, e come tali, ad essi si può ricorrere in ogni caso, di qualsiasi azione si tratti: così è per l'*actio calumniae*, con la sua condanna al decimo del valore della lite; così è per il *iusiurandum calumniae*, con il suo valore religioso e sacrale⁴⁷. Viceversa gli altri due rimedi hanno un riferimento limitato a particolari tipi di situazioni.

I due rimedi generali rivelano immediatamente una natura ed una funzione differente.

Il *iudicium calumniae* si proponeva a lite conclusa e, di fronte alla soccombenza di una parte (ma, per il caso che ci interessa, meglio sarebbe parlare di «soccombenza della pretesa dell'attore»), e nell'ipotesi di dolo del soccombente, consentiva al vincitore un'ulteriore rivalsa per 1/10 del valore della lite. In pratica il convenuto, assolto, lamentava tuttavia le spese e le noie della lite che aveva dovuto sostenere, lamentava che la intrapresa processuale contro di lui fosse stata mossa appunto per procurargli quelle spese e quelle noie e soltanto per quello, *vexandi animo*, nella piena consapevolezza del proprio torto, lamentava infine di aver subito e di subire ancora le conseguenze di quella disistima sociale che spesso accompagna certe vicende giudiziali. Di fronte a tutto questo, pur avendo già avuto ragione nel giudizio, il convenuto avrebbe potuto essere «risarcito» per un valore di 1/10 della cosa o diritto già in contestazione.

A sua volta il *iusiurandum de calumnia* è un mezzo repressivo della temerarietà che impiega il meccanismo del giuramento, che Paolo Prodi definisce come «invocazione della divinità come testimone e garanzia della verità/veracità di un'affermazione/dichiarazione ... dell'impegno/promessa di compiere una certa azione o di mantenere un certo comportamento in futuro, invocazione con la quale il singolo accende un rapporto con il gruppo a cui appartiene, ponendo in gioco la propria vita corporale e spirituale in base a comuni credenze che attingono alla sfera della meta-politica»⁴⁸.

⁴⁷) Cfr. M. LEMOSSE, *Recherches sur l'histoire du serment de calomnie*, in «RHD.», XXI, 1953, p. 31 ss.; così anche BIANCHI, *La «temerarietà»*, cit., p. 55 ss. Ma aggiungerei qualche ulteriore considerazione su questa «generalità»: il giuramento (vuoi che assuma la forma '*non calumniae causa agere*', vuoi quella '*non calumniae causa infittas ire*'), così come, relativamente alle azioni *certae creditae pecuniae* e *pecuniae constitutae*, la promessa (vuoi che assuma la forma della *sponsio*, vuoi quella della *restipulatio*), si propongono come rimedi generali anche nel senso che sono comuni all'attore come al convenuto.

⁴⁸) Così P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, 1992, p. 9 ss.: anche se la riflessione è condotta sul terreno del rapporto politico e del diritto pubblico, talune suggestioni mi sembrano meritevoli di attenzione anche nell'ambito privatistico.

Pure in tale carattere è prevista la sua applicazione all'ambito privatistico. In particolare il giuramento *de calumnia* è un giuramento «promissorio», un giuramento, cioè, che promette da parte del giurante un determinato comportamento futuro (o, al limite, presente), che nella fattispecie si concretizza nell'impegno ad usare della massima correttezza nel rapporto processuale, in ispecie nei confronti dell'avversario⁴⁹.

Riecheggia la *cautio de dolo*, dove l'impegno del promittente è volto al *dolo malo abesse* spesso ricordato nelle fonti. Si è fatto cenno precedentemente dello stretto rapporto che esiste fra la *calumnia* e il dolo, in particolare il dolo processuale. Ora, il giuramento *non calumniae causa agere* (così come il giuramento '*non calumniae causa infitias ire*') viene praticamente ad assolvere, sia pure con ben altra religiosa maestà e solennità austera, allo stesso ruolo, o analogo, altrimenti rappresentato da una *cautio* o *stipulatio de dolo*, ovvero, e più precisamente da una promessa *de dolo* che non impegni soltanto il comportamento attuale, ma risulti proiettata anche verso l'immediato futuro, esigendo l'impegno ad una assoluta correttezza processuale.

Con tutto ciò, il giuramento *de calumnia* è strumentale, non risolve il giudizio, ma pone le basi per una corretta conduzione e risoluzione del giudizio.

Lo scopo dei due rimedi, *iusiurandum* e *iudicium calumniae*, è, dunque, fondamentalmente diverso. Tale diversità risulta ancor più rimarchevole quando si evidenzia, con il Serangeli, che il giuramento «era destinato ad operare su un piano che non era giuridico in senso stretto, bensì più specificamente religioso e morale»⁵⁰, e imponeva che il litigante temerario «assumesse una responsabilità sul piano religioso e morale»⁵¹.

Pure la definitività ed irrimediabilità dell'uno rimedio, preventivo, impedisce che possa esservi spazio per il ricorso all'altro.

Una conferma di questa alternatività fra l'*actio calumniae* ed il giuramento *de calumnia* potrebbe ricercarsi anche nell'applicazione, pur a margine, di una disposizione dell'editto a carattere generale:

D. 12.2.7 (Ulp. 22 *ad ed.*): Ait praetor: eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo. 'eius rei' sic erit accipiendum, sive de tota re sive de parte sit iuratum: nam de eo quod iuratum est pollicetur se actionem non daturum ...

E' ben vero che si tratta di *iusiurandum delatum*, ma il principio che impedisce di rimettere in discussione, e con un processo, quanto fosse stato oggetto di affermazione giurata (e quindi, nel caso, l'assenza di *calumnia* e, in genere, la correttezza del proprio comportamento giudiziale) mi sembra principio ispirato più al carattere religioso dell'invocazione alla divinità che assioma tecnicamente legato alle modalità, o al tipo di giuramento.

E a ben vedere sono queste stesse argomentazioni, cioè a dire l'inconciliabilità logica fra la funzione preventiva del giuramento *de calumnia* e quella successiva sanzionatoria del *iudicium contrarium*, che si debbono invocare a giustificazione dell'alternatività fra l'uno e l'altro, pur se il '*qua ratione*' che si legge in Gai. 4.179, dopo che il giurista ha detto dell'alternativa fra *iudicium contrarium* e *iudicium calumniae*, sembrerebbe riconnettere al precedente discorso anche l'ulteriore esclusione del cumulo di azioni.

⁴⁹) Cfr. C. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto romano*, Torino, 1886, p. 189 ss. La diversa qualificazione del giuramento, a seconda delle finalità e, quindi, delle caratteristiche, di origine medievale, è ripresa anche da F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico*, Milano, 2000, p. 1.

⁵⁰) Cfr. S. SERANGELI, *C. 7,16,31 e le azioni contro il litigante temerario*, in «BIDR.», LXXI, 1968, p. 200 ss., e in particolare p. 209.

⁵¹) SERANGELI, *op. cit.*, p. 210. La considerazione va certamente nella direzione giusta ed è sicuramente condivisibile: non le darei, però, quel risalto che ha incontrato in una anche recente dottrina (e che non mi pare avesse nemmeno nel pensiero dell'autore), nel senso che valga da sola a giustificare la differenza fra i diversi tipi di rimedi. In senso contrario si era espresso, per esempio, LEMOSSE, *Recherches*, cit., p. 35, il quale ritiene che tutti i rimedi contro la *calumnia* operassero sullo stesso piano, il piano della *pecuniaria poena*, cui, quindi, anche il giuramento si sarebbe conformato, derivandone, di conseguenza, una valutazione pecuniaria appunto.

E per qualche aspetto le stesse argomentazioni risultano di peso anche per risolvere il problema dei rapporti fra le altre forme di repressione della *calumnia actoris*.

6. Nel caso del passo 4.181 risulta di minor evidenza l'accostamento logico delle affermazioni del giurista:

Gai., *inst.* 4.181: Qui autem restipulationis poenam patitur, ei neque calumniae iudicium opponitur neque iurisiurandi religioni iungitur; nam contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est.

Dice Gaio che

se è data la *restipulatio* non è dato il *iudicium calumniae*;

se è data la *restipulatio* non è dato il *iurisiurandum calumniae*;

'*nam*', se è data la *restipulatio (his causis)*, non è dato il *iudicium contrarium*.

Se si vuole impostare logicamente il discorso, nonostante il '*nam*' che riconduce la frase '*contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est*' alle due precedenti, mi sembra che il dato da cui partire possa essere esclusivamente il secondo, quello che accosta, per negarne il cumulo, *restipulatio* e *iurisiurandum calumniae*, mentre sono gli altri che ne derivano di conseguenza.

E invero, l'alternatività fra *restipulatio* e *iurisiurandum calumniae* è ancora quella che, a livello di *temeritas* del convenuto, lo stesso Gaio aveva riscontrato fra '*sponsio*' e '*iurisiurandum non calumniae causa infortias ire*', un'alternatività di cui il giurista non si chiedeva e non dava conto, tutta basata sulla prassi e sull'osservazione pratica del vissuto:

Gai., *inst.* 4.172 : Quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei cum quo agitur iniungatur, ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iurisiurandum exigere non calumniae causa infortias ire.

Il deferimento del '*iurisiurandum non calumniae causa infortias ire*' era permesso dal pretore soltanto nell'ipotesi in cui non si potesse far assegnamento né sul raddoppio della condanna né sulla *summa sponsionis*⁵².

Ma il raddoppio della condanna, pur nei casi in cui la natura dell'azione l'avesse consentito, non era affatto sanzione automatica: se è vero – e non mi sembra che se ne sia dubitato – quanto ci ricorda l'autore delle Sentenze paoline in *Paul. sent.* 2.17.4 '*distracto fundo si quis de modo mentiat, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta convenitur*', con affermazione cui deve concedersi una valenza generale, il raddoppio della condanna era sottoposto non solo al verificarsi di certe circostanze di fatto che ne costituiscono il presupposto, ma anche, e soprattutto, alla valutazione discrezionale del giudice. A sua volta il ricorso alla *sponsio* con la conseguente penale del pagamento della *summa sponsionis* era prevista solo in certe ipotesi (*actio certae creditae pecuniae* e *actio pecuniae constitutae*) e su iniziativa arbitraria di parte così come, peraltro con possibilità generale, su iniziativa di parte si basava sia il deferimento che l'accettazione del *iurisiurandum calumniae*.

Anche in questo caso la scelta dello strumento di tutela dipenderà dalle finalità pratiche che si intendono raggiungere.

Peraltro, come la *sponsio* esclude il ricorso al giuramento, così anche la *restipulatio*, che è la versione della *sponsio ex parte actoris*, impedisce una parallela presenza del '*iurisiurandum non calumniae causa agere*'.

Infatti innanzi tutto una particolare correlazione si può anche leggere, a proposito della *temeritas* del convenuto fra la *sponsio* ed il giuramento, come, a proposito della *calumnia actoris*, fra la *restipulatio* ed il giuramento.

Del resto in 4.13, con riferimento alla *legis actio sacramenti* in genere, e più in particolare alla forma

⁵²) Vi insiste particolarmente BIANCHI (*op. cit.*, p. 35), il quale anzi individua una condizione separata (che io farei rientrare tranquillamente nel «raddoppio della condanna») nell'ipotesi che non si tratti di azione '*ab initio pluris quam simpli*'.

in personam, Gaio stabilisce un'analogia tra la *sponsio* e *restipulatio tertiae partis* e la *summa sacramenti*:

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

La correlazione viene posta sul piano dello stesso valore sanzionatorio dei tre istituti, ciascuno dei quali comporta un rischio evidente per chi vi si presta. Qui interessa piuttosto un altro tipo di corrispondenza, che, se non è il precedente, la causa, di quella rilevata da Gaio, ne può essere la conseguenza: attraverso il termine *sacramentum*, nonché attraverso la consapevolezza della sua origine storica, per riflesso anche *sponsio* e *restipulatio* si tingono di aspetti religiosi, assumono quell'aura di solennità che connota l'invocazione agli dei, un valore quasi sacro. E il demerito, e la riprovazione, e il disprezzo che colpiscono lo spergiuro sfiorano in tal modo anche chi, avendo promesso (originariamente: scommesso) sulla verità delle proprie affermazioni, si trova poi sconfessato dai fatti. Su questo piano la risalenza storica del *sacramentum*-scommessa al *sacramentum*-giuramento può ben essere rivelatrice della funzione e del valore di *sponsio* e *restipulatio* e del loro rapporto di alternatività col giuramento.

Di seguito le complementarità e le inconciliabilità rilevate fra il giuramento e il *iudicium calumniae* portano all'esclusione del ricorso alla *restipulatio* in presenza dell'altro rimedio.

Per quanto riguarda da ultimo il rapporto fra *restipulatio* e *iudicium contrarium* è facile notare che, lungi dal proporsi come conseguenza di affermazioni precedentemente svolte sull'inconciliabilità di *iusiurandum* e *iudicium calumniae*, i due rimedi risultano non cumulabili perché si prospettano *certis causis*, e in cause, appunto, che sono assolutamente differenti.

7. Quale può essere, allora, la linea guida, se c'è, del discorso gaiano sulla temerarietà della lite *ex parte actoris*?

Mi sembra, invero, che un tratto unificante non possa non scorgersi, immediatamente captato da Gaio e trasmesso al suo pubblico, ma lasciato poi in sottordine. In ultima analisi, mi sembra che il filo conduttore del vario discorso sulla *calumnia actoris* (e, perché non, sulla *temeritas* del convenuto), sia da ricercare nel terzo criterio che informa di sé, fin dal paragrafo 4.171, la trattazione gaiana: *'nunc admonendi sumus, ne facile homines ad litigandum procedant, temeritatem tam agentium quam eorum cum quibus agitur modo pecuniaria poena modo iurisiurandi religione modo metu infamiae coerceri'*.

Alle argomentazioni del Bianchi⁵³, che con decisione ricollega anche il passo 4.182 di Gaio alla generale esposizione dei rischi di chi tenesse un comportamento temerario di fronte a certe azioni promosse da lui o contro di lui, aggiungerei la considerazione e la conferma delle fonti.

La *calumnia* comporta infatti un duplice atteggiamento psicologico da parte del *calumniator*, l'uno oggettivo, consistente nel mendacio, l'altro soggettivo, consistente nella malizia; il primo testimoniato nelle fonti dalle tante volte in cui la *calumnia* viene letteralmente connessa con la falsa accusa, l'attribuzione di false circostanze, il racconto menzognero; la seconda espressamente in evi-

⁵³) *Op. cit.*, p. 17. Di fronte alle segnalate difficoltà di lettura dell'esordio del tema in *inst.* 4.171-172, l'autore si interroga: «E', dunque, *'metus infamiae'* integrazione accettabile? A mio avviso la risposta a questo quesito deve essere positiva. Due i motivi che mi inducono a questa conclusione. Il primo è di carattere strutturale: l'inizio del § 182 parrebbe, invero, troppo brusco se il tema dell'infamia-ignominia non fosse stato almeno preannunziato. Il secondo motivo consiste nel fatto che l'ignominia di cui si tratta nel § 182 si pone obiettivamente, in alcuni giudizi, come un forte deterrente – sia pure indiretto – al proliferare del contenzioso e, quindi, in tale prospettiva, essa avrebbe potuto essere annoverata accanto al *'pecuniaria poena'* e al *'iurisiurandi religio'*». Ciò su cui non mi sento di seguirlo è la «genericità» con cui se ne tratta: il «generico deterrente della litigiosità» (così alla nt. 48) mi sembra possa ricoprire ben altro ed importante ruolo nella repressione della temerarietà della lite.

denza fin dalle definizioni della *calumnia* e del *calumniator*, che richiamano la *fraus* e la *calliditas*⁵⁴.

La reazione dell'ordinamento giuridico, che riproduce la reazione spontanea, oserei dire «popolare», di fronte alla *calumnia*, sottolineata dalla troppo frequente associazione nelle fonti fra la parola *calumnia* e certe qualificazioni avverbiali come *improbe*, *turpe*, *inique* (e chiaramente espressa, per esempio, anche in un passo di Ilarione, in *psalm.* 118: '*calumnia autem ea est vel cum bono operis facinoris mali nomen adscribitur vel cum specie blandiente internae malitiae virus occultitur*'), è determinante del dispregio con cui sono riguardati i calunniatori, coloro che infieriscono contro gli innocenti, che adducendo false circostanze di fatto o false interpretazioni dei fatti, determinano una falsa convinzione circa la persona dell'innocente contro cui la calunnia è indirizzata, etc.

A proposito del comportamento di chi '*dedit pecuniam ut negotium quis pateretur*' Papiniano dice che '*turpiter ... fecit*' (D. 3.6.3.3); la lite intrapresa '*calumniandi animo*' e poi cessata è una lite '*improba*' (D. 5.1.10); il *calumniator* può essere tacciato, per il fatto di essere tale, di '*nota nequitia*' (D. 43.30.3.4). Spesso, inoltre, i giuristi usano, a proposito del *calumniator*, il verbo '*notari*' che ha una chiara connotazione negativa (D. 3.2.4; D. 3.2.1; D. 3.1.1.6; D. 48.2.4; etc.). Si legga:

D. 3.2.4.4 (Ulp. 6 *ad ed.*) *Calumniator ita demum notatur, si fuerit calumniae causa damnatus: neque enim sufficit calumniatum: item praevaricator. praevaricator autem est quasi varicator, qui diversam partem adiuvat prodita causa sua: quod nomen labeo a varia certatione tractum ait, nam qui praevaricatur, ex utraque parte constitit, quin immo ex adversa.*

La stessa terminologia carica di suggestioni è impiegata nella legislazione imperiale: Alessandro Severo menziona una *nota calumniae* (C.I. 9.9.6.pr.: '*et qui confidit accusationi, calumniae notam timere non debuit ...*'); l'imperatore Antonino parla di tutori e curatori che '*sententia notantur*' per la loro eventuale *calumnia* (C.I. 9.1.2.1), e, con disposizione che può essere illuminante anche a considerare il significato del termine *calumnia*, dice che '*si non docueris praevaricatum, et calumnia notaberis et rebus iudicatis, a quibus non est provocatum, stabitur*' (C.I. 2.7.1); di un calunniatore *notatus* si tratta in C.I. 2.11.16⁵⁵, usando il verbo *notare* Arcadio ed Onorio in una loro costituzione del 400 ('*calumniarum redemptores notari oportebit*'); etc.

Di '*iniquitas calumniantium*' parla infine anche l'*Imperatoriam maiestatem* nel suo *proemium*:

Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus proeliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus quam victis hostibus triumphator.

E' ben vero che le suaccennate testimonianze prospettano, o possono prospettare, talora diverse accezioni del termine *calumnia*, cui bisognerebbe dedicare maggiore attenzione. Si pensi ai *calumniantes* contro cui si indirizza, timoroso della sua fama, l'imperatore Giustiniano, a documentare nella prassi un uso della terminologia relativa, che, se non è quello tecnico-giuridico che un pratico del diritto si attende di trovare, gli è tuttavia assai vicino, tanto da influenzarne le sfumature di significato, ovvero da lasciarsene influenzare. Ma appunto già questo dato incontrovertibile ha la sua importanza⁵⁶.

Si è detto, anche sulle orme del Camiñas⁵⁷, che la *calumnia* comporta due distinti aspetti, quello oggettivo e quello soggettivo: se ne deve, peraltro, aggiungere uno ulteriore, oggettivo anch'esso, e strettamente riconnesso col primo, si da formare con esso un tutt'uno, quasi sua proiezione circola-

⁵⁴ Si pensi alla *regula* gaiana riportata in D. 50.16.233.pr. (Gai. 1 *ad l. XII tab.*): '*si calvitur: et moretur et frustretur. inde et calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus: inde et cavillatio dicta est*'. Sul punto BIANCHI, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁵ *Imp. Gordianus ... PP. III k. Aug. Sabino et Venusto cons.* (a. 240).

⁵⁶ Una prima riflessione sulle varie ipotesi può farsi sulla base di J. CARCIA CAMIÑAS, *Presupuestos textuales para una aproximación al concepto de calumnia en el derecho privado romano*, in «Seminarios Complutenses», III, Madrid, 1992, p. 27 ss.

⁵⁷ CAMIÑAS, *La lex Remnia*, cit., p. 7 ss.: pure le differenze di pensiero sono evidenti.

re: la malizia del calunniante, infatti, deve essere indirizzata al danneggiamento, alla «lesione», del soggetto contro cui la *calumnia* è compiuta, danneggiamento e lesione che si determinano oggettivamente in rapporto al fatto che le affermazioni del calunniante sono false.

E' su questa lesione che si baserà Giustiniano nel dettare i termini della sua riforma in materia:

Iust. inst. 4.16.1 ... Haec autem omnia⁵⁸ pro veteris calumniae actione introducta sunt, quae in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actorem multabat, quod nusquam factum esse invenimus: sed pro his introductum est et praefatum iusiurandum et ut improbus litigator etiam damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur.

E' su questa lesione che fa leva, anche moralmente, la riprovazione cristiana:

Aug. *in psalm.* 118 : calumnia non est nisi quando falsi criminis obiectione proximus laeditur.

E a questo punto mi sembra importante considerare il genere di lesione che la calumnia comporta nei confronti del soggetto contro cui è pronunciata.

Le fonti giuridiche e letterarie più antiche mi sembrano concordemente appuntare l'attenzione innanzi tutto sulla disistima sociale che consegue ad una calumnia, l'*infamatio* di Nonio: caratteristica della *calumnia* è l'*infamatio* del calunniato.

Non., *comp. doctr.*, IV (Lindsay, III p. 402): CALUMNIA est malitiosa et mendax infamatio. Calumnia rursus calliditas⁵⁹.

Ne deriva che anche la posizione del calunniatore, per una sorta di dantesca pena del contrappasso⁶⁰, viene ad essere improntata di conseguenza.

Del resto la «nota d'infamia»⁶¹ conseguente alla condanna contro il calunniatore è disposizione espressa dell'editto pretorio:

D. 3.2.1 (Iul. 1 *ad ed.*): Praetoris verba dicunt: 'infamia notatur qui ab exercitu ignominiae cau-

⁵⁸) 'Item actoris quoque calumnia coeretur: nam etiam actor pro calumnia iurare cogitur ex nostra constitutione. Utriusque etiam partis advocati iusiurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est'.

⁵⁹) Per il rapporto anche terminologico fra la '*calumnia*' e la '*calliditas*' (sulla base di Fest. Paul. sv. '*cavillatio*', Lindsay, p. 39: '*cavillatio est iocosa calumniatio*') si veda, per esempio, D. 3.2.20 (Pap. 1 *resp.*): '*Ob haec verba sententiae praesidis provinciae callido commento videris accusationis instigator fuisse pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari: non enim qui exhortatur mandatoris opera fungitur*'. Si veda anche, sempre a titolo meramente esemplificativo, la seguente costituzione del 381: C.I. 11.58.2.pr. '(Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. Eutropio pp.) Quisquis vitem succiderit aut feracium ramorum fetus hebetaverit, quo declinet fidem censuum et mentiatur callide paupertatis ingenium, mox detectus competenti indignationi subiciatur. 1. Illo videlicet evitante calumniam, qui forte detegitur laborasse pro copia ac reparandis agrorum fe-tibus, non sterilitatem aut inopiam procurasse (D. prid. non. Iun. Constantinopoli Eucherio et Syagrio cons.)'.

⁶⁰) CENTOLA (*Il crimen calumniae*, cit., p. 89 ss.), sulle orme di Mommsen, di Genzmer, di Santalucia (nonché, ulteriormente e specificamente, di H.P.H. PETSCHOW, *Altorientalische Parallelen zur spätrömischen calumnia*, in «ZSS.», XC, 1973, p. 14 ss.), ne parla decisamente come di pena del taglione, come «possibilità riconosciuta alla persona offesa di infliggere al colpevole un male identico a quello sofferto dalla vittima del reato», sorto sulla base dell'idea di vendetta (Isid. *orig.* 5.27: '*Talio est similitudo vindictae, ut taliter quis patiatur, ut fecit*') e si richiama, con Genzmer, al presunto principio edittole '*quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur*' (E. GENZMER, *Talion im klassischen und nachklassischen Recht?*, in «ZSS.», LXII, 1942, p. 122 ss.), pur notando talune esitazioni della dottrina sulla denominazione. Rimane pacificamente assodato, invece, che esista una sorta di corrispettività fra quanto l'offensore ha fatto subire (o voleva far subire) all'offeso e la pena comminatagli. Si discute invece circa il periodo storico in cui si sarebbe affermata questa particolare previsione di pena, che alcuni collocano già in età repubblicana (così CAMIÑAS, *La lex Remnia*, cit., p. 100 ss.), altri, senza particolari interrogativi, ritengono esistente in età augustea (cfr. M. BOHAČEK, *Un esempio dell'insegnamento di Berito ai compilatori. Cod. Just. 2,4,18*, in «Studi S. Riccobono», I, Palermo, 1936, p. 372 s.), altri ancora procrastinano fino a Costantino (sulla base di C.Th. 9.10.3 = C.I. 9.12.7: così T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 496). Non limiterei la valenza di questo principio in tema di pena al mondo criminale, ma ne vedrei, invece, un'applicazione più vasta, anche, in particolare, in rapporto alla *calumnia*.

⁶¹) Si pensi all'uso nelle fonti del verbo '*notare*', di cui si è detto poc'anzi.

sa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude pro nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit'.

Gai., *inst.* 4.182: Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. Sed furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est, et recte, plurimum enim interest utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. Non tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus esset; sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio intervenire ignominiosus esse dicitur.

E' evidente la correlazione del dettato giuliano con il passo 4.182 di Gaio. Dopo aver trattato dei rimedi contro i litiganti temerari, Gaio ricorda che coloro che riportavano condanna in alcuni giudizi come quelli di furto, di rapina, di ingiuria, di deposito, di mandato, di società, di fiducia, di tutela, subivano come pena accessoria, l'*ignominia*. Quest'ultima colpiva anche coloro che avessero evitato la condanna venendo a patti con la vittima del delitto. I condannati in tali giudizi venivano a subire una diminuzione di stima (*ignominia*) essendo collocati dal pretore fra le persone alle quali era preclusa la possibilità di chiedere un'azione o un altro mezzo di tutela in nome altrui (*postulare pro aliis*), oltreché di farsi rappresentare in giudizio, o assumere essi stessi la rappresentanza di altri.

Il richiamo di Gaio all'editto del pretore è espresso ('*ut in edicto praetoris scriptum est*', dice il giurista per sottolineare come anche coloro che fossero venuti a patteggiamento con l'avversario sarebbero stati colpiti dall'infamia al pari di coloro che avessero subito la condanna), ma soprattutto vi si legge la stessa sequenza di azioni infamanti, *furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum*, e poi ancora *item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi* (da notare lo stacco rappresentato dall'*item* del testo gaiano che riprende ed interpreta a modo suo la ripresa autonoma '*qui ...*' che nell'elencazione edittole delle persone che '*infamia notantur*' introduce le tre/quattro azioni penali, e poi di nuovo le cinque azioni civili).

E' allora di facile evidenza il richiamo alla frase edittole immediatamente precedente che parla della *calumnia*, e ricollega la nota d'infamia a '*qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus sit*': dove, semmai, il dubbio che poteva rimanere circa le motivazioni del silenzio di Gaio su quell'ipotesi può essere subito fugato dalla considerazione che il giurista adrianeo abbia voluto non lasciarsi coinvolgere in problematiche pubblicistiche, espressamente richiamate da quel *publicum iudicium*. Quando poi non si voglia pensare che Gaio intenzionalmente non abbia riportato commentandola quella specifica clausola per ottenere dall'editto pretorio l'avallo e la canonizzazione di una realtà, la nota d'infamia per i calunniatori in ambito di *ius civile*, come era già storicamente associata per i calunniatori in ambito pubblicistico.