

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI  
DEL  
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LX  
(2017)

*Estratto*



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2017 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1262-9

ISSN 1972-8441

La pubblicazione dei contributi proposti a questa Rivista è subordinata – secondo il procedimento di *peer review* – alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato Scientifico della Rivista, che esaminano i contributi con il sistema del *double-blind*. Ciò in adesione al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (AG, RISG, AUPA, BIDR, SDHI, IURA, Index, Roma e America, IAH, Quaderni lupiensi, Diritto@storia, TSDP), in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere del CUN e del CNR.

I contributi, muniti di *abstract* in lingua inglese e parole chiave, vanno inviati al Direttore Responsabile via e-mail all'indirizzo: [direttoreaupa@unipa.it](mailto:direttoreaupa@unipa.it).

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO  
(AUPA )

DIRETTORE RESPONSABILE  
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Aricò Anselmo	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Jan H.A. Lokin	Groningen
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzarella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Bernardo Santalucia	Firenze
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone  
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: [direttoreaupa@unipa.it](mailto:direttoreaupa@unipa.it); [redazioneaupa@unipa.it](mailto:redazioneaupa@unipa.it)

## INDICE DEL VOLUME

G. FALCONE, Lauro Chiazzese, a sessant'anni dalla scomparsa .....	7
---	---

### ARTICOLI

T. BEGGIO, Note in tema di condanna <i>ad tempus</i> nelle <i>damnationes ad metalla</i> .....	17
S. LONGO, <i>Sponsor, fidepromissor, fideiussor. condicio 'similis' e condicio 'dissimilis'</i> .....	43
E. POOL, Significati diversi di <i>causa</i> in tema di <i>possessio</i> e di <i>usucapio</i> . Interpretazioni di qualche testo chiave. Parte II .....	95
C. RUSSO RUGGERI, La rilevanza dell' <i>anteacta vita</i> nell'esperienza processuale romana .....	117
A.S. SCARCELLA, <i>Adnotatiunculae</i> su una costituzione greca indirizzata da Giustiniano ai professori di diritto .....	163
S. SCIORTINO, Sull'assenza dell'imputato nel processo criminale romano .....	185
F. TERRANOVA, Tracce di ' <i>improbus intestabilisque</i> ' nella Parafrasi di Teofilo e nei Basilici .....	237

### NOTE

T. DALLA MASSARA, In tema di <i>exceptio rei residuae</i> : commisurazione dell'area dell'accertamento e funzione di concentrazione processuale .....	273
G. D'ANGELO, Azioni nossali e clausola arbitraria .....	289
G. D'ANGELO, Sulla difesa del servo assente da parte del terzo nel processo nossale classico. A proposito di D. 9.4.21.1 (Ulp. 23 <i>ad ed.</i> ) .....	301
G. LUCHETTI, La <i>miseritordia</i> nelle fonti giurisprudenziali romane .....	317
F. MUSUMECI, In difesa della genuinità di un testo di Giuliano (48 <i>dig.</i> D. 9.2.42) .....	333
B. SANTALUCIA, Sulla legislazione criminale di Marco Antonio.....	345

### VARIE

M. AMABILE, Il rogo della croce nel Codice Teodosiano .....	359
G. FALCONE, Per gli ottanta anni di Antonino Metro .....	367
G. NICOSIA, Breve nota sull'integrazione <i>nisi in</i> nella voce ' <i>possessio</i> ' di Festo .....	371

SALVATORE SCIORTINO  
(Università di Palermo)

Sull'assenza dell'imputato  
nel processo criminale romano

ABSTRACT

The paper deals with the condition of the *absens* in the various forms of criminal trials in roman law. In particular, the author looks for the reasons and the circumstances of the origin of the ban on the absentee's condemnation.

PAROLE CHIAVE

*Absentia rei; iudicia populi; iudicia publica legitima; cognitiones extra ordinem.*



## SULL'ASSENZA DELL'IMPUTATO NEL PROCESSO CRIMINALE ROMANO

SOMMARIO: 1. Giustificazione della ricerca alla luce dello stato della dottrina. – 2. La nostra ipotesi di lavoro. – 3. Le regole sulla chiamata in giudizio degli imputati non ostano allo svolgimento del *iudicium populi* anche nei confronti degli assenti. – 3.1. Il processo nei confronti di M. Coriolano. – 3.2. Il processo nei confronti di Q. Cesone. – 3.3. Il processo nei confronti di M. Furio Camillo. – 3.4. Il processo nei confronti di M. Postumio Pirgense. – 3.5. Il processo nei confronti di Cn. Fulvio Flacco. – 4. La condanna dell'assente nel processo *per quaestiones*. – 4.1. Né Cic., *de domo* 29.77 e 33.88, né Cic., *Phil.* 2.23.56 possono dimostrare che la presenza dell'imputato occorresse alla celebrazione dei processi criminali in età repubblicana. – 5. La disciplina dell'assenza nelle *cognitiones extra ordinem* di primo secolo. – 6. La riforma di Traiano attestata da Ulpiano in D. 48.19.5 (Ulp. 7 *de off. proc.*): estensione e portata. – 7. L'elaborazione della nozione di *absentia per contumaciam* in età antoniniana nell'ambito del processo privato e la sua influenza sulla disciplina severiana dell'assenza dell'imputato nel processo criminale. – 8. Analisi di D. 48.19.5 (Ulp. 7 *de off. proc.*). – 9. Conferme all'impianto del passo di Ulpiano desumibili da altre fonti di età severiana.

### 1. GIUSTIFICAZIONE DELLA RICERCA ALLA LUCE DELLO STATO DELLA DOTTRINA.

Sono state varie le risposte fornite dagli studiosi del processo criminale romano al quesito se in assenza dell'accusato<sup>1</sup> il processo comiziale potesse svolgersi e, in caso di risposta positiva, come si concludesse.

A fronte della tesi sostenuta da chi ha ritenuto che in assenza dell'accusato il processo comiziale, come anche il processo *per quaestiones*, non si sarebbe potuto celebrare,<sup>2</sup> si segnala la presa di posizione di quanti,<sup>3</sup> più di recente, hanno a ragione sostenuto che, nono-

<sup>1</sup> Prenderemo in esame il tema dell'assenza dell'imputato nel processo criminale romano con limitato riferimento all'assenza originaria e non a quella sopravvenuta: solo nel primo caso, infatti, l'incertezza circa il fatto che l'imputato abbia avuto notizia del processo a suo carico può far dubitare della legittimità di un processo nel quale l'imputato non è stato in grado di esercitare il proprio diritto di difesa.

<sup>2</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 334, sostiene che mancano prove di sentenze emesse in esito a processi comiziali contro gli assenti. In senso contrario si vd. specificamente i casi affrontati nei §§ 3.1, 3.2 e 3.3. E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, II, Bologna 1928, 77 s. e 141, prende in esame alcune testimonianze ciceroniane (*de domo* 29.77 e 33.88; *Phil.* 2.23.56, in relazione alle quali vd. *infra* § 4.1 e 4.1.1) dalle quali si desumerebbe la risalenza e l'assolutezza del principio che richiede la presenza dell'accusato come indispensabile requisito per il regolare svolgimento del processo. I processi contro gli assenti in età repubblicana, prosegue lo studioso, sarebbero da riconoscere come eccezioni al principio generale della necessaria presenza dell'accusato in processo. Similmente, F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano 1957, 98, sostiene l'esistenza di un principio caratteristico dell'età repubblicana che vietava di procedere contro gli assenti.

<sup>3</sup> Secondo L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, Roma 1992, 42, nei *iudicia*

stante l'assenza dell'accusato di un crimine, il processo comiziale si sarebbe potuto concludere con una sentenza di condanna, al pari delle *quaestiones publicae*.<sup>4</sup> Infine, non va taciuto il punto di vista, anch'esso condivisibile come ci renderemo conto, di chi<sup>5</sup> ha affermato che in assenza dell'imputato il processo comiziale si sarebbe interrotto, ma non per questo non sarebbe arrivato ad una conclusione: all'imputato assente sarebbe stata irrogata l'*aquae et ignis interdictio*,<sup>6</sup> misura sostitutiva della sentenza di condanna.

A nostro avviso, una tale varietà di soluzioni dipende principalmente dal fatto che non si è mai tentato un esame organico delle fonti che ci informano dei processi comiziali, per lo più capitali, svolti in assenza dell'imputato.<sup>7</sup>

*populi* la citazione dell'assente avrebbe attivato un procedimento nei suoi confronti, anche in assenza. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Milano 1998, 80 s., annovera tra i casi di *adfectatio regni* da perseguirsi con la pena di morte da parte dei comizi centuriati, su iniziativa dei tribuni della plebe, il caso di Cn. Fulvio Flacco del 211 a.C. (Liv. 26.3.9-12), nei confronti del quale si celebrò un processo nonostante la sua assenza; similmente accadde (83) per un caso di *perduellio* di cui era stato accusato M. Postumio Pirgense nel 212 a.C. (Liv. 25.3.13), nei confronti del quale il processo si svolse in assenza dell'accusato.

<sup>4</sup> Preferiamo adottare la denominazione '*quaestio publica*', in luogo della più diffusa '*quaestio perpetua*', perché più aderente al linguaggio delle fonti, come dimostrato da D. MANTOVANI, «*Quaerere*», «*quaestio*». *Inchiesta lessicale e semantica*, in *Index* 37, 2009, 46 ss.

<sup>5</sup> L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 41 s., ritiene che in caso di assenza dell'accusato regolarmente citato, egli sarebbe stato sottoposto all'*interdictio* e avrebbe subito la vendita dei beni e sarebbe stato considerato in esilio; C. VENTURINI, *Il civis tardo repubblicano tra quaestiones e iudicia populi*, in *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa 1996, 314-316; D. MANTOVANI, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio (vv. 784-790 M. = fr. XXVIII 29 Ch.)*, in *Athenaeum* 95.2, 2007, 592 e 594, paginazione che abbiamo seguito [= B. SANTALUCIA (a cura di), *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia 2009, 25 ss.]; G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino 2015, 55.

<sup>6</sup> La formula completa è *aquae et ignis et tecti interdictio*, come indicano le fonti citate da M.V. LEDNEVA, *La confisca dei beni come effetto dell'aquae et ignis interdictio in età repubblicana*, in *La repressione criminale* cit., 63 nt. 3. L'istituto, per molti versi ancora oscuro, dell'*interdictio* viene interpretato comunemente come un divieto a carico dell'interdetto di tornare a Roma, privandolo degli elementi minimi necessari alla vita civile, ossia il fuoco, l'acqua e un tetto, si vd.: L.M. HARTMANN, v. '*Aquae et ignis interdictio*', in *PWRE*, 2, Stuttgart 1896, 308-310; V. DEVILLA, *Aqua et igni interdictio*, in *Studi Sassaesi* 28, 1950, 23 ss.; G. CRIFÒ, *Exilica causa, quae adversus exulem agitur. Problemi dell'acqua et igni interdictio*, in *Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique. Table ronde organisée par l'École française de Rome avec le concours du Centre national de la recherche scientifique (Rome 9-11 novembre 1982)*, Roma 1984, 453-497, con la precisazione che l'*interdictio*, se anche impediva il ritorno dell'esule in patria, non lo avrebbe privato della cittadinanza, come invece comunemente si ritiene; R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, London-New York 1996, 12; F. STINI, *Plenum exiliis mare. Untersuchungen zum Exil in der römischen Kaiserzeit*, Stuttgart 2011, 32-36; P. BUONGIORNO, v. '*Interdictio aqua et igni*', in *Handwörterbuch der antiken Sklaverei, im Auftrag der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, Mainz, herausgegeben von H. Heinen*, Lieferung I-IV, Stuttgart 2013, il quale ricorda che il provvedimento magistratuale di *interdictio* determinava l'espulsione dal corpo civico e la perdita dei beni a carico del cittadino che veniva raggiunto dalla misura. L'*interdictio* poteva riguardare soggetti che avessero deciso di esercitare il *ius exulandi* in vista di una pena capitale presso comunità terze che, in origine, dovevano essere legate a Roma da un *foedus* che prevedeva tale diritto; ovvero l'*interdictio* poteva anche rivolgersi nei confronti di soggetti già condannati in esito ad un processo criminale. Infine, lo studioso è propenso a ricostruire gli effetti della *interdictio* nei termini di un divieto di reingresso dell'*interdictus* nel territorio cittadino pena la morte, soluzione, quest'ultima, che più ci convince e che anche noi adottiamo.

<sup>7</sup> Ci limitiamo ad indicare, per ora, i seguenti passi che forniscono i maggiori ragguagli sui processi comiziali alla cui analisi sono dedicati i §§ 3.1 – 3.5: (1) Liv. 39.17.1-2; Dion Hal. 7.64.4; Plut., *Coriol.*

Per vero, una trattazione illuminante della materia era stata condotta da Carlo Gioffredi<sup>8</sup> in un contributo del 1947 che però ha avuto una scarsissima eco nel dibattito romanistico, principalmente per due motivi. Il primo è che esso è apparso su *Archivio Penale*, una rivista penalistica che non ha favorito la diffusione dell'articolo tra i romanisti. Il secondo motivo al quale accennavamo, consiste in ciò che il saggio non è dedicato alla materia dell'assenza dell'imputato nel processo comiziale, ma alla questione dell'intervento del privato nella repressione criminale; occupandosi dell'*aquae et ignis interdictio*, tuttavia, lo studioso si imbatteva anche nei casi di processi comiziali conclusi proprio con la comminazione della *interdictio* a carico dell'imputato assente.

Tuttavia, l'esame condotto da Gioffredi – proprio perché non espressamente dedicato al tema dell'assenza dell'imputato dal processo – si caratterizzava per essere, da un canto incompleto, nel senso di non tenere conto di tutte le testimonianze in materia e, dall'altro canto parziale, nel senso di non tenere conto di tutte tradizioni storiografiche formatesi in relazione ad ogni singolo episodio, tradizioni che spesso forniscono informazioni tra loro in contraddizione e delle quali occorre fornire una spiegazione plausibile.

Quanto detto finora crediamo legittimi un esame che provi ad analizzare, per la prima volta tutte insieme, le tradizioni relative ai casi di processi comiziali in assenza. Tanto più, poi, se si tiene conto dello stato della letteratura che isola due contributi dedicati specificamente al tema dell'assenza dell'accusato nel processo criminale romano; ossia un saggio di Ugo Brasiello del 1933<sup>9</sup> e la monografia di Lucia Fanizza del 1992<sup>10</sup> i quali, tuttavia, non si occupano del processo comiziale e prendono le mosse dal rito delle *quaestiones* e da quello delle *cognitiones extra ordinem*. Allora non può stupire né che in letteratura convivano, come accennato, posizioni diametralmente opposte sul tema del trattamento dell'imputato assente nel processo comiziale romano,<sup>11</sup> né che non abbia attecchito un punto di vista rispetto agli altri: si pensi alla recente monografia di Gordon P. Kelly<sup>12</sup> dedicata all'esilio, nella quale si accede ancora alla tesi tradizionale (e da tempo confutata) per la quale il diritto romano di età repubblicana avrebbe vietato di processare e condannare un imputato assente.

Nelle pagine che seguono proveremo, dunque, a raccogliere un lontano invito di Con-

20.7. (2) Liv. 3.13.9; Dion. Hal. 10.8.3-4. (3) Liv. 5.32.8-9; Dion. Hal. 13.5.1; Aug., *de civ. Dei* 2.17 e 7.22. (4) Liv. 25.4.8-9. (5) Liv. 26.3.9-12; Val. Max. 2.8.3 e 8.4.3.

<sup>8</sup>C. GIOFFREDI, *L'«aqua et igni interdictio» e il concorso privato alla repressione penale*, in *Archivio Penale* 3.1, 1947, 426-441. Dello stesso studioso vd. anche C. GIOFFREDI, *Ancora su l'aqua et igni interdictio*, in *SDHI* 12, 1946, 191 ss. In questi lavori Gioffredi ha fornito una interpretazione alternativa a quella tradizionale sugli effetti dell'*aquae et ignis interdictio*. Secondo Gioffredi l'*interdictio* non era volta ad impedire all'esule il ritorno in patria, in quanto già il timore di un riaprirsi del processo arrestatoosi proprio a causa dell'esilio doveva servire da deterrente; piuttosto, l'*aquae et ignis interdictio* sarebbe nata per rendere effettivo – ove non fosse notorio – un esilio esercitato da un imputato ma non comunicato al comizio giudiziario. Di conseguenza, non mirando l'*interdictio* ad impedire il ritorno in patria, essa non avrebbe potuto comportare neppure la possibilità di uccidere impunemente l'interdetto tornato a Roma; l'*interdictio*, secondo la ricostruzione di Gioffredi, avrebbe solo certificato l'avvenuta separazione di un cittadino romano dalla comunità.

<sup>9</sup>U. BRASIELLO, *Sull'assenza dal giudizio nel processo penale romano*, in *Studi Urbinati* 7, 1-2, 1933, 1-57.

<sup>10</sup>L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit.

<sup>11</sup>*Supra* ntt. 2, 3 e 5.

<sup>12</sup>G.P. KELLY, *A History of Exile in the Roman Republic*, Cambridge 2006, 41 e nt. 79 con riferimento al processo nei confronti di M. Postumio Pirgense, sul quale vd. *infra*, § 3.4.

tardo Ferrini, il quale sottolineava che la materia della condanna degli imputati assenti nel processo criminale romano avrebbe meritato «una completa revisione».<sup>13</sup>

## 2. LA NOSTRA IPOTESI DI LAVORO.

Siamo convinti che i dati contraddittori forniti dalle fonti in materia di processi comiziali contro assenti possano essere ricondotti all'interno di un quadro coerente ove si accolga la seguente ipotesi di lavoro.

Il processo comiziale romano, a nostro avviso, era improntato ad un originario principio di automatica condanna dell'assente,<sup>14</sup> a meno che l'assenza fosse giustificata *rei publicae causa* ovvero *exilica causa*.<sup>15</sup> In particolare, l'esilio poneva l'esiliato fuori dalla comunità e lo privava della capacità di essere sottoposto alla repressione criminale capitale: solo in caso di rientro dell'*exul* a Roma si sarebbe potuto celebrare il processo nei suoi confronti, a meno che il rientro non fosse di fatto impedito dall'*aquae et ignis interdictio*. A partire dal III secolo a.C., infatti, l'esilio, da prassi tollerata, divenne un vero e proprio *ius (exilii o exulandi)* garantito ai *cives*, con la conseguenza che l'assenza non altrimenti qualificata venne giustificata sempre per causa di esilio: ne conseguì la sostituzione alla sentenza di condanna capitale dell'irrogazione della misura dell'*aquae et ignis interdictio*.<sup>16</sup> Per questa ragione, a partire dal III secolo a.C., non abbiamo più notizie di condanne di assenti in processi comiziali, poiché esse furono sostituite dalla irrogazione delle misure connesse all'esilio, in primo luogo dall'*aquae et ignis interdictio*.

Ci sforzeremo di dimostrare come la su esposta ipotesi di lavoro consenta di fornire una chiave di lettura capace di accomunare le varie tradizioni che descrivono in termini diversi l'esito degli stessi episodi di processi comiziali contro assenti, talvolta presentando l'imputato condannato in assenza e, tal'altra, individuandolo come destinatario dell'*aquae et ignis interdictio* a seguito dell'esercizio di un *iustum exilium*.

<sup>13</sup> C. FERRINI, *Sulla condanna degli imputati assenti nel diritto penale romano*, in V. ARANGIO RUIZ (a cura di), *Opere*, V. *Studi vari di diritto romano e moderno (sul diritto pubblico, penale etc.)*, Milano 1930, 183-186.

<sup>14</sup> Testimoniato per i casi più antichi a noi noti, cfr. §§ 3.1-3.3.

<sup>15</sup> L'espressione compare in Fest.-Paul. v. '*Exilica causa*' (L. 71): *Exilica causa quae adversus exulem agitur*. Essa si riferirebbe, secondo TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 70 nt. 3, alla *quaestio de repetundis* di età graccana. L'esilio è oggetto dei seguenti studi monografici: G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium» nel periodo repubblicano*, I, Milano 1961; ID., *L'esclusione dalla città. Altri studi sull'exilium romano*, Perugia 1985; E.L. GRASMÜCK, *Exilium. Untersuchungen zur Verbannung in der Antike*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1978; N.R. SINGH-MASUDA, *Exilium Romanum: Exile, Politics and Personal Experience from 58 BC to AD 68*, Warwick 1996 [che non ci è stato possibile consultare]; G.P. KELLY, *A History of Exile* cit.; F. STINI, *Plenum exiliis mare* cit., 31 s. Si vedano ancora: V. DE VILLA, *Exilium perpetuum*, in *Studi Albertario*, I, Milano 1953, 295 ss.; G. CRIFÒ, *Exilica causa* cit., 483 ss.; L. MONACO, *Nota critica sul carattere gentilizio dell'antico exilium*, in *Ricerche sull'organizzazione gentilizia romana*, Napoli 1988, 110 ss.; M. JOŃCA, *The Scope of exilium voluntarium in the Roman Republic*, in *La repressione criminale* cit., 77 nt. 1, con altra indicazione di letteratura; A.Z. GARCÍA, *El exilio voluntario en Polibio 6.14.7*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, 7, Tricase 2016, 601-621; N. DONADIO, *'Documentum supplicii' e 'documentum criminis'. Il corpo del reo tra precetto e sanzione nel mondo antico*, Napoli 2017, 26 ss. e ntt. 45-47.

<sup>16</sup> Come nei più recenti casi di M. Postumio Pirgense e Cn. Fulvio Flacco, §§ 3.4-3.5. Sulla questione vd. la breve, ma limpida, sintesi di B. SANTALUCIA, *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna 2013, 75.

2.1. Se per il processo comiziale di età repubblicana dovette restare valido l'antico principio della automatica condanna dell'assente, sebbene non più applicato a partire dal III sec. a.C., nel processo per *quaestiones*, secondo un diffuso e condivisibile orientamento,<sup>17</sup> la condanna degli imputati assenti, sebbene lecita in punto di diritto, sarebbe stata avvertita dalla coscienza sociale come biasimevole.

Piuttosto, occorre risalire proprio alle leggi istitutive delle *questione publicae* per rintracciare il fenomeno della conversione in termini di pene legali dell'*exilium* e dell'*aquae et ignis interdictio* irrogabili anche agli assenti.<sup>18</sup>

È questo lo stato del diritto criminale romano all'alba dell'età classica quando le *cognitiones extra ordinem* probabilmente recepirono dal processo dell'*ordo* il principio dell'automatica condanna dell'assente che rimase in vigore fino ad un intervento di Traiano, per mezzo del quale venne introdotto l'antitetico principio del divieto di condanna degli assenti. Dal canto nostro, forniremo un'interpretazione ampia di tale divieto, riferendolo sia alle *quaestiones* sia alle *cognitiones extra ordinem*.<sup>19</sup>

Fu solo a partire dall'età di Antonino Pio, sulla base di un precedente di Adriano, che cominciò a farsi lentamente largo – anche nel campo criminale – il processo contumaciale che avrebbe potuto portare all'assoluzione dell'imputato assente.<sup>20</sup>

Proprio l'elaborazione di quest'ultimo principio, a nostro avviso, deve avere influenzato la riflessione dei giuristi severiani che troviamo esposta in due famosi testi di Ulpiano e Marciano,<sup>21</sup> oggetto di attenta analisi da parte di Ugo Brasiello<sup>22</sup> in un lavoro, tuttavia, caratterizzato da un metodo esegetico ormai superato; ma nonostante ciò, le conclusioni di quest'ultimo studioso hanno trovato e continuano a trovare accoglimento.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> Questa tesi, già sostenuta da M. WŁASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Wien 1917, 53 ss., è stata di recente consolidata da: C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum» nell'età repubblicana*, Milano 1979, 136; L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 42; D. MANTOVANI, *Caio Gracco e i ΔΙΚΑΣΤΑΙ di Plut. C. Gr. 3.7*, in *Athenaeum* 82.1, 1994, 25; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 167 e nt. 205; M. RAVIZZA, *Nominis receptio in absentia rei*, in *IVRA* 51, 2000, 77-86. Agli studiosi appena citati va attribuito il merito di avere dimostrato l'infondatezza della tesi secondo la quale nel processo per *quaestiones* sarebbe stata vietata la condanna dell'imputato assente, tesi sostenuta da: E. COSTA, *Cicerone giureconsulto* cit., 77 s.; U. BRASIELLO, *Sull'assenza* cit., 11; F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato* cit., 98; W. KUNKEL, v. 'Quaestio', in *PWRE* 24, 1963, 720 ss. [paginazione che abbiamo seguito] (= *Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar 1974, 33 ss.).

<sup>18</sup> G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 53 ss.; F. STINI, *Plenum exiliis mare* cit., 34-36. Il tema dell'origine dell'*exilium* e dell'*aquae et ignis interdictio* quali pene irrogate dalle leggi tardo repubblicane, derivate dall'*interdictio* che si soleva applicare ai rei che abbandonavano la città per evitare l'irrogazione della pena di morte, è specialmente trattato da A. SCHILLING, *Poena extraordinaria. Zur Strafzumessung in der frühen Kaiserzeit*, Berlin 2010, 40-44 e 61-69. Sul punto vd. B. SANTALUCIA, *Rec. a A. SCHILLING, Poena extraordinaria* cit., in *ZSS* 129, 2012, 841.

<sup>19</sup> Riferito da Ulpiano in D. 48.19.5 pr. (Ulp. 7 de off. proc.). Cfr. *infra*, § 6.

<sup>20</sup> Sul processo contumaciale vd., per tutti: L. ARU, *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano*, Roma 1934, 154 ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, Milano 1998, 52 ss.; L. D'AMATI, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, Napoli 2016.

<sup>21</sup> D. 48.19.5 pr. (Ulp. 7 de off. proc.), su cui *infra*, § 8; D. 48.17.1 pr.-1 (Marc. 2 publ.), su cui *infra*, § 9.

<sup>22</sup> U. BRASIELLO, *Sull'assenza* cit., 1-36.

<sup>23</sup> A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano 1960, 149 s. e nt. 164; M.G.

La riflessione dei giuristi severiana è stata caratterizzata dalla volontà di temperare il divieto risalente a Traiano di condannare gli assenti in tutti i processi criminali. In particolare, applicando alle *cognitiones extra ordinem* il criterio interpretativo secondo il quale era la *contumacia*, assieme alla natura capitale o non capitale del crimine contestato, a fornire il discrimine tra imputati contumaci condannabili e imputati assenti non condannabili (anche se contumaci), i giuristi romani ammisero la condanna dei rei assenti, se contumaci, per i crimini meno gravi (*crimina leviora*). Inoltre, così ragionando si possono spiegare i casi di processi contro assenti condannati *extra ordinem* almeno fino a Domiziano, quando ancora il concetto di contumacia non era stato elaborato.<sup>24</sup> Ma soprattutto, il concetto di contumacia fornisce una prospettiva fin ora non valorizzata dalla quale leggere i passi di Ulpiano e Marciano ai quali abbiamo accennato, rilevanti insieme alle altre testimonianze di età classica,<sup>25</sup> in tema di trattamento dell'imputato assente nel processo criminale.

### 3. LE REGOLE SULLA CHIAMATA IN GIUDIZIO DEGLI IMPUTATI NON OSTANO ALLO SVOLGIMENTO DEL *IUDICIUM POPULI* ANCHE NEI CONFRONTI DEGLI ASSENTI.

Cominciamo, dunque, dai *iudicia populi*. Per verificare la fondatezza della nostra ipotesi di lavoro occorre prendere le mosse analizzando i cinque episodi di processi comiziali condotti contro imputati assenti che sono conservati nelle fonti.

Giova premettere una considerazione di carattere generale che può essere addotta a favore della possibilità di intentare un processo comiziale nei confronti di un imputato assente.

Intendiamo riferirci alle modalità di citazione dell'imputato nel processo capitale di competenza dei comizi centuriati, in ordine alle quali siamo informati dal *commentarium vetus anquisitionis M. Sergii, Manii filii quæstoris, qui capitis accusavit Trogum*, di cui un ampio squarcio è conservato nel *De lingua Latina* di Varrone (6.90-92).

Si tratta di un testo non semplice, oggetto di recenti e, talvolta, discordanti analisi.<sup>26</sup> Gli studiosi sono però d'accordo nel riconoscere l'indipendenza delle informazioni che desumiamo dai §§ 91 e 92; in particolare, secondo la ricostruzione che più ci ha convinti,<sup>27</sup> il paragrafo novantunesimo contiene l'insieme di atti che il questore, competente a sostenere l'*accusatio capitis* innanzi ai comizi centuriati, deve curare che vengano adempiuti nel giorno della *quarta accusatio* e del contestuale comizio giudiziario. Diversamente, nel paragrafo novantaduesimo si individuano, precisamente nella parte finale dell'editto questorio, gli adempimenti relativi alla convocazione del comizio e alla chiamata dell'imputato Quinto

ZOZ, *A proposito dei rapporti tra giurisprudenza classica e legislazione imperiale*, in *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, IV, Napoli 2007, 2901.

<sup>24</sup> *Infra*, § 7.

<sup>25</sup> *Infra*, §§ 8-9.

<sup>26</sup> B. SANTALUCIA, *I tribuni e le centurie*, in SCDR I, 1989, 206 ss., paginazione che abbiamo seguito (= *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, 50 ss.); D. MANTOVANI, *Caio Gracco e i ΔΙΚΑΣΤΑΙ* cit., 18 ss.; ID., *Aspetti documentali del processo criminale nella Repubblica. Le tabulae publicae*, in MEFRA 112-2, 2000, 651 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino 2012, 235 ss.; R. FIORI, *La convocazione dei comizi centuriati: diritto costituzionale e diritto augurale*, in ZSS 131, 2014, 115 ss.

<sup>27</sup> Propugnata da B. SANTALUCIA, *I tribuni e le centurie* cit., 206 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali* cit., 236 ss. Diversamente, secondo D. MANTOVANI, *Caio Gracco e i ΔΙΚΑΣΤΑΙ* cit., 18 ss., i due stralci del *commentarium anquisitionis* (23) riguarderebbero due differenti riunioni e solo il secondo di essi, l'editto, si riferirebbe al processo vero e proprio.

Trogo, nel processo condotto contro di lui dal questore M. Sergio. In definitiva, nel primo dei due paragrafi pare possibile trovare disposizioni di carattere generale, probabilmente risalenti alla seconda metà del IV secolo a.C.,<sup>28</sup> mentre la seconda parte del testo riferisce squarci dell'editto del questore M. Sergio che conteneva l'attuazione di tali disposizioni, avvenuta successivamente nel caso del processo contro lo 'sceleroso' Trogo.

Vediamo, dunque, come si sarebbe dovuto procedere alla citazione dell'imputato nel processo comiziale e volgiamoci a:

Varro, *de ling. Lat.* 6.91 (GOETZ-SCHOELL, 89): ... *cornicinem ad privati ianuam et in arcem mittas, ubi can[n]at.*

Secondo questa prima parte del *commentarium*, il questore, all'alba del giorno della *quarta accusatio* e del comizio giudiziario, deve inviare il suonatore di corno davanti alla porta dell'imputato e sull'arce capitolina per annunciare la convocazione del *comitatum*.<sup>29</sup>

Queste disposizioni sembrano rispettate anche nel caso del processo comiziale contro Trogo, in relazione al quale è attestata la chiamata in giudizio dell'imputato nel giorno del comizio giudiziario davanti alla porta della sua abitazione, oltre che sull'arce capitolina e intorno alle mura, al fine di permettergli di presenziare ai riti di convocazione e al comizio giudiziario fin dalla prima luce del giorno:

Varro, *de ling. Lat.* 6.92 (GOETZ-SCHOELL, 89): ... *'uti curent eo die quo die comitia erunt, in arce classicus can[n]at[um] circumque muros et ante privati huiusce T. Quinti Trogi scelerosi [h]ostium canat, et ut in campo cum primo luci adsi[t]et'.*

Ai nostri fini, queste disposizioni interessano perché mostrano una serie di adempimenti da tenere il giorno della *quarta accusatio* e del comizio giudiziario, che depongono in favore della possibilità di incardinare il processo in assenza dell'imputato.

Il fatto che non bastava l'editto con il quale il magistrato, alla terza adunanza, oltre a proporre la pena annunciava il giorno fissato per la votazione,<sup>30</sup> ma occorreva piuttosto un complesso sistema di citazione pubblica, induce a credere che si prendessero tutte quelle misure ritenute idonee ad assicurare che l'imputato non potesse non conoscere che in quel giorno si sarebbe svolto il processo comiziale che lo vedeva imputato. In questo senso, vanno lette sia la citazione alla porta di casa all'alba del giorno del comizio giudiziario, sia la chiamata pubblica da effettuare sull'arce capitolina e intorno alle mura.<sup>31</sup> Del resto, una volta che era stato ritualmente convocato, il comizio giudiziario si sarebbe dovuto riunire e votare nonostante l'assenza dell'imputato.

<sup>28</sup> Specificamente G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali* cit., 254-259, propone di datare la raccolta di regole da cui proviene il primo dei due estratti varroniani del *commentarium vetus acquisitionis* ad una epoca compresa tra il 367 a.C. e il 338 a.C.

<sup>29</sup> Sul significato di *comitatum* quale riunione del popolo convocato dal magistrato in vista del *comitium*, nel luogo della cui riunione i *cives* sarebbero accorsi tutti insieme, vd.: E. GABBA, *Maximus comitatus*, in *Athenaeum* 65, I-II, 1987, 203-205; G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali* cit., 24.

<sup>30</sup> B. SANTALUCIA, *I tribuni e le centurie* cit., 206.

<sup>31</sup> Mentre se l'imputato si fosse trovato in uno stato di carcerazione preventiva, non si sarebbe posto neppure il problema di assicurare la conoscenza della citazione alla porta della sua dimora. Sulla carcerazione preventiva nel processo comiziale, vd. per tutti: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 94 ss. Per l'età classica: A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari 1994.

I predetti adempimenti dovevano essere volti a legittimare proprio lo svolgimento del processo anche in assenza di un imputato: egli non poteva non essere a conoscenza del processo e la sua assenza si sarebbe potuta leggere, pertanto, come un allontanamento volontario e una implicita confessione di colpevolezza che avrebbe determinato – come nel caso del processo privato – la sua automatica condanna.<sup>32</sup>

Ed infatti, nel senso della condanna dell'assente imputato innanzi ai comizi centuriati per un processo capitale conduce l'analisi degli episodi più risalenti, dei quali passiamo ad occuparci.

### 3.1. Il processo nei confronti di M. Coriolano.

Prendiamo le mosse dal processo capitale che venne promosso da parte dei tribuni della plebe innanzi ai *concilia plebis*<sup>33</sup> nel 491 a.C.<sup>34</sup> contro *Marcus Coriolanus*. Nel corso di

<sup>32</sup> Pertanto, non a torto, secondo J. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the roman criminal law*, I, London 1912, rist. Amsterdam 1969, 163, anche di fronte alla citazione effettuata innanzi alla porta dell'accusato, l'imputato non avrebbe incontrato alcun ostacolo ad andare in esilio.

Anche il processo edilizio, pare, potesse svolgersi in assenza dell'imputato, tanto che L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei iudicia populi*, Padova 1989, 152, di fronte all'idea di Mommsen secondo il quale «allo svolgimento del processo comiziale instaurato dagli edili non sarebbe stata coesenziale la presenza dell'imputato», crede che l'edile potesse esercitare il potere di arrestare il cittadino «alorché avesse voluto garantirsi la presenza dell'inquisito nel giorno indicato nella *diei dictio*, e magari per l'intero corso del processo; a maggior ragione, poi, penso, che per raggiungere lo stesso scopo egli potesse imporre la dazione di *vades*».

<sup>33</sup> Il processo contro Coriolano fa parte dei processi rivoluzionari plebei che vennero intentati contro esponenti del patriziato innanzi ai *concilia plebis*, assemblea competente in età precedente alla riforma delle XII Tavole, che avrebbe successivamente attribuito la competenza a giudicare i crimini puniti con pena capitale al *comitiatus maximus*. In questo senso vd.: L. GAROFALO, *Il processo edilizio* cit., 27-30; B. SANTALUCIA, *Omicidio*, in *Studi di diritto penale* cit., 112 nt. 17; ID., *Sacertà e processi rivoluzionari plebei: a proposito di un libro recente*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 7, Milano 2007, 255 ss. (= *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2009, 144-146, paginazione che abbiamo seguito) scettico nei confronti della ricostruzione di R. PESARESI, *Studi sul processo penale in età repubblicana. Dai tribunali rivoluzionari alla difesa della legalità democratica*, Napoli 2005, 20 ss., il quale ritiene che il processo contro Coriolano ebbe luogo innanzi ai *concilia plebis* ai fini dell'accertamento della condizione di *homo sacer* di quest'ultimo. Tuttavia, si segnalano, specialmente nelle ricostruzioni meno recenti, divergenti punti di vista rispetto all'individuazione del giudice competente. Secondo G. NICCOLINI, *Il tribunato della plebe*, Milano 1932, 72 s., l'assemblea competente sarebbe stata quella dei comizi curiati, alla luce del fatto che Livio accenna alla presenza di *clientes*; tuttavia, ci sia permesso notare che i *clientes* compaiono nel racconto di Livio (2.36.4) non nell'atto di votare in comizio, ma di andare in giro per boicottare il processo cercando di convincere i singoli a disertare le *contiones* ossia, se ben capiamo, le riunioni informali della plebe che avrebbero preceduto il comizio giudiziario vero e proprio, oltre che i *concilia* della plebe. Ritiene competenti i comizi centuriati invece J. RUBINO, *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte*, I. (*Ueber den Entwicklungsgang der römischen Verfassung bis zum Höhepunkte der Republik*), Cassel 1859, 437 s. nt. 1, sulla base della generica considerazione che i comizi competenti per i casi che potevano dare luogo a *provocatio* erano proprio i comizi centuriati. Ma lo studioso non tiene conto del fatto che siffatta competenza venne attribuita ai comizi centuriati in via esclusiva solo dopo le XII Tavole, quindi in un periodo successivo a quello in esame. Proprio prendendo le mosse da questa considerazione R. DEVELIN, *Comitia tributa plebis*, in *Athenaeum* 53, 1975, 327 ss., dimostra che il processo contro M. Coriolano si svolse davanti l'assemblea della plebe. Sul processo nei confronti di M. Coriolano vd. ancora D. MANTOVANI, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio* cit., 588 nt. 105; B. SANTALUCIA, *La giustizia penale in Roma antica* cit., 34-37.

<sup>34</sup> Per questa datazione vd. B. SANTALUCIA, *Omicidio* cit., 112 nt. 7.

quell'anno, di poco successivo alla prima secessione plebea, Coriolano si era strenuamente opposto ad una distribuzione in favore della plebe di grano comprato dai romani a prezzi ridotti da popoli stranieri. Si trattava di una proposta giudicata troppo dura da parte dello stesso senato romano; e la plebe sarebbe stata certamente spinta dall'indignazione a prendere le armi – visto che aveva compreso che la si voleva fare capitolare per la fame come si faceva con i nemici<sup>35</sup> – se i tribuni non avessero chiamato M. Coriolano a comparire in giudizio innanzi al concilio della plebe<sup>36</sup> con l'accusa di avere violato le *leges sacratae*<sup>37</sup> e di avere esercitato violenza nei confronti degli edili e dei tribuni della plebe.<sup>38</sup>

Secondo la tradizione liviana, la più attendibile a nostro avviso per le ragioni che tra breve esporremo, M. Coriolano, non essendosi presentato innanzi all'assemblea plebea nel giorno fissato per il giudizio, venne condannato da assente:<sup>39</sup>

Liv. 2.35.6: *Ipse cum die dicta non adesset, perseveratum in ira est. damnatus absens in Volscos exulatum abiit.*

Secondo la ricostruzione dei fatti fornita da Livio, dunque, M. Coriolano venne condannato in assenza e, dopo la condanna, decise di andare in esilio fra i Volsci. Questa ricostruzione dei fatti sembra attendibile;<sup>40</sup> infatti, il passo liviano attesta la pratica dell'esilio come già esistente agli esordi dell'età repubblicana; in effetti, come attestato da altre fonti, l'esilio esisteva fin da età regia e poteva essere esercitato, come nel caso di specie, per sfuggire ad una condanna capitale;<sup>41</sup> per cui l'episodio di Coriolano può essere addotto come il più antico processo comiziale capitale contro un imputato assente di cui è stata conservata notizia, concluso con una condanna, a sua volta seguita dall'esilio del reo.

Invece, non crediamo siano attendibili altre due versioni del processo contro M. Coriolano fornite da Dionigi di Alicarnasso<sup>42</sup> e Plutarco,<sup>43</sup> secondo i quali l'imputato assente venne

<sup>35</sup> Liv. 2.35.1: *Et senatui nimis atrox visa sententia est, et plebem ira prope armavit: fame se iam sicut hostes peti, cibo victuque fraudari; peregrinum frumentum, quae sola alimenta ex insperato fortuna dederit, ab ore rapti rell.*

<sup>36</sup> Liv. 2.35.2: *In exeuntem e curia impetus factus esset, ni peropportune tribuni diem dixissent. Ibi ira est suppressa rell.*

<sup>37</sup> In questo specifico senso R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 23, mentre l'autore considera erronea e frutto di una anticipazione storica (31) la diversa ricostruzione di Dionigi di Alicarnasso, secondo il quale Coriolano venne accusato di *adfectatio regni*.

<sup>38</sup> Così B. SANTALUCIA, *Sacertà e processi rivoluzionari* cit., 144.

<sup>39</sup> In questo senso vd. G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 77.

<sup>40</sup> Sulla piena affidabilità della tradizione liviana vd. specificamente B. SANTALUCIA, *Sacertà e processi rivoluzionari* cit., 144. Per un'analisi delle varie tradizioni che si registrano sull'episodio vd. R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 362 ss.

<sup>41</sup> G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 125 ss. L'esilio del *damnatus* per sfuggire alla irrogazione della condanna capitale è largamente attestato anche per le epoche successive: Sall., *Cat.* 21, 22 e 40; Liv. 43,16,15-16.

<sup>42</sup> Dion. Hal. 7.64.6: ἀνέδωκαν οἱ δῆμαρχοι τὴν ψῆφον ταῖς φυλαῖς τίμημα ἐπιγράψαντες τῇ δίκῃ φυγῆν αἰδίων, κατὰ δέος, οἶμαι, τοῦ μὴ ἂν ἀλῶναι τὸν ἄνδρα θανάτου [i tribuni distribuirono le tessere alle tribù, dopo avere stabilito che la pena, in caso di condanna, sarebbe stata l'esilio perpetuo, nel timore, penso, che se avessero proposto la pena di morte, non sarebbe stato condannato]. Abbiamo appena trascritto la traduzione italiana di Floriana Cantarelli per "I classici di storia – sezione greco-romana" diretta da Ida Calabi Limentani, Rusconi editore, Milano 1984, 649. A. SCHWEGLER, *Römische Geschichte im Zeitalter des Kampfs der Stände*, II.2.1 *Von der Gründung der Republik bis zum Decemvirat*, Tübingen 1870, 386 ss., svaluta la

condannato proprio all'esilio. Sappiamo, infatti, che l'esilio venne configurato nei termini di una *poena legitima* non prima della *lex Tullia de ambitu* del 63 a.C.,<sup>44</sup> onde occorre credere che le fonti seguite dai due scrittori di lingua greca abbiano confuso l'esilio esercitato per sfuggire all'irrogazione di una condanna – secondo risalenti *mores* romani – con l'esilio quale pena legale, come era ormai nel tempo in cui le opere di Dionigi e Plutarco vennero scritte.

### 3.2. Il processo nei confronti di Q. Cesone.

Un altro caso di condanna di un imputato assente è quello di Q. Cesone, figlio di Cincinnato. Il processo che lo ha visto imputato nel 461 a.C.<sup>45</sup> è stato tramandato in due versioni, tra loro divergenti: cercheremo di dare una spiegazione plausibile ad entrambe.<sup>46</sup>

Le fonti che creano meno problemi sono quelle che presentano Q. Cesone, imputato dell'omicidio di Lucio, fratello del tribuno della plebe M. Volscio Fittore<sup>47</sup> o, secondo un'altra tradizione, accusato di *perduellio*.<sup>48</sup>

tradizione accolta da Dionigi reo, secondo lo studioso, di avere travisato i fatti (394), specie nel punto in cui lo storico vede nei comizi tributi riunioni della sola plebe e non di tutto il popolo romano. In effetti, anche la giustificazione fornita dallo storico cario, secondo il quale l'esilio venne irrogato per timore di non potere applicare la pena capitale, si scontra con altri casi di processi comiziali conclusi con la condanna contro imputati assenti (cfr. i §§ 3.2 e 3.3) e ha tutta l'aria di suonare come una giustificazione ad una versione dei fatti desunta dalle proprie fonti annalistiche che non doveva convincere poi tanto neppure lo storico greco.

<sup>43</sup> Plut., *Coriol.* 20.7: Τέλος δ' οὖν ταῖς φυλαῖς τῆς ψήφου δοθείσης, αἱ καθαιροῦσαι τρεῖς ἐγένοντο. Ἦν δὲ τίτημα τῆς καταδίκης αἰδίου φυγή. [Alla fine furono chiamate a votare le tribù, e tre furono quelle che lo fecero cadere. La pena cui lo condannarono fu l'esilio perpetuo]. Si tratta della traduzione a cura di Domenico Magnino per le *Vite di Plutarco*, II, Utet, Torino 1992, 483. Altre fonti minori che informano dell'episodio sono: Dio Cass. 18.5, Zon. 7.16, Aur. Vict., *De vir. ill.* 19.3, ma esse non aggiungono nulla al quadro delineato nel testo.

<sup>44</sup> Secondo quanto riportato in Cic., *pro Planc.* 83 e Schol. Bob. 79,1-3 (STANGL). In Cic., *pro Mur.* 23.47 leggiamo che nella *lex Tullia de ambitu* del 63 a.C. erano state previste sanzioni a carico di chi aveva presentato scuse pretestuose della propria assenza per rinviare il processo. Sul punto, vd.: E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, in *Gesammelte Schriften. Zu seinem achtzigsten Geburtstag*, II, Köln-Graz 1963, 345 e 348, in cui lo studioso riporta fonti e riferimenti a leggi pubbliche del popolo Romano (*lex Tullia de ambitu*, *lex Iulia de vi publica*, *lex Iulia maiestatis*) che individuano la *interdictio aquae et ignis* conseguente all'esilio come pena legale; U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, 84-87, il quale segnala, tuttavia, che da Dio Cass. 37.29 si ricava come tale esilio sarebbe stato di dieci anni. Allora, forse, si sarebbe trattato di una *relegatio*, sebbene l'istituzione di quest'ultima come pena legale in tarda età repubblicana sarebbe stata un fatto troppo notevole e avrebbe dovuto suscitare un clamore maggiore di quello che realmente vi è stato. Brasiello conclude nel senso che Cicerone avrebbe istituito una pena *sui generis* (87), né esilio né relegazione, ma una pena mista; G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 79 nt. 41.

<sup>45</sup> Questa datazione è desumibile da Dion. Hal. 10.1-8, un insieme di paragrafi che contengono il resoconto degli accadimenti dell'anno 461 a.C., conclusi proprio con il processo a carico di Q. Cesone.

<sup>46</sup> Per un quadro di insieme dell'episodio vd. R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 38-43, con discussione di letteratura.

<sup>47</sup> L'accusa di omicidio ai danni di Q. Cesone è chiaramente desumibile dal resoconto di Livio: Liv. 3.13.1-3: *Premebat reum praeter volgatam invidiam crimen unum, quod M. Volscius Fictor, qui ante aliquot annos tribunus plebis fuerat, testis exstiterat [2] se, haud multo post quam pestilentia in urbe fuerat, in iuventutem grassantem in Subura incidisse. Ibi rixam natam esse fratremque suum maiorem natu, necdum ex morbo satis validum, pugno ictum ab Caesone cecidisse; [3] semianimem inter manus domum ablatum, mortuumque inde arbitrari, nec sibi rem exsequi tam atrocem per consules superiorum annorum licuisse. Haec Volscio clamitante adeo concitati homines sunt, ut haud multum afuerit quin impetu populi Caeso interiret.*

<sup>48</sup> Nella tradizione accolta da Dionigi di Alicarnasso (10.7.1-5), oltre all'omicidio del fratello del

Condannato in assenza da parte, verosimilmente, dei concili della plebe ed incassata la somma di denaro promessa a garanzia della sua comparsa in giudizio,<sup>49</sup> Q. Cesone andò in esilio dopo la condanna, secondo una consuetudine risalente che permetteva ai *cives* di ricorrere all'esilio per evitare l'irrogazione della pena capitale e che abbiamo visto all'opera già nel caso di Coriolano.<sup>50</sup>

Cic., *de domo* 32.86: *At vero, ut annales populi Romani et monumenta vetustatis loquuntur, Caeso ille Quinctius et M. Furius Camillus et C. Servilius Ahala, cum essent optime de re publica meriti, tamen populi incitati vim iracundiamque subierunt, damnatique comitiis centuriatis, cum in exilium profugissent, rursus ab eodem populo placato sunt in suam pristinam dignitatem restituti.*<sup>51</sup>

Dion. Hal. 10.8.3: τῆ δ ἑξῆς ἡμέρα συναγαγόντες οἱ δήμαρχοι τὸ πλῆθος, ἐκλιπόντος τοῦ μειρακίου τὴν δίκην, ἐκύρωσαν τὴν κατ' αὐτοῦ ψήφον καὶ τοὺς ἐγγυητὰς δέκα ὄντας ἐπράξαντο τὰ περὶ τοῦ σώματος τῆς ἀποκαταστάσεως ὁμολογηθέντα χρήματα.<sup>52</sup>

tribuno M. Volscio Fittore, compare anche il tentativo di uccidere lo stesso tribuno della plebe. Ad accogliere questa versione dei fatti, ne potrebbe conseguire, da un canto la riconducibilità del fatto commesso da Q. Cesone alla *perduellio* (in questo senso vd. C.H. BRECHT, *Perduellio. Eine Studie zu ihrer begrifflichen Abgrenzung im römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik*, München 1938, 284 s.) e, dall'altro canto, la naturale riconduzione di questo processo nel contesto dei processi rivoluzionari plebei intentati per offese dai tribuni della plebe e decisi dai *concilia plebis*, sulla questione cfr. la nota seguente.

<sup>49</sup> È, invero, dubbia l'individuazione del comizio che condannò Q. Cesone. Sebbene Cicerone si riferisca espressamente ai comizi centuriati, crediamo ci siano ragioni per credere che, come per M. Coriolano, anche il processo contro Q. Cesone venne incardinato dai tribuni della plebe innanzi ai *concilia plebis*. A fronte del contraddittorio riferimento di Livio prima ai *comitia* e poi al *concilium*, dell'altrettanto generica indicazione da parte di Dionigi di Alicarnasso in più punti del suo racconto (10.5.2, 10.6.1, 10.7.6) al fatto che Q. Cesone venne condannato dal δῆμος, termine che parrebbe indicare il complesso dei patrizi e dei plebei, ma che Dionigi mostra di usare anche per appellare la sola plebe (come in 10.8.1), in Dionigi dicevamo ricorre la specifica indicazione del concilio della plebe quale giudice del processo a carico di Q. Cesone. Infatti, seguendo il racconto dello storico cario, il giorno del processo i tribuni della plebe convocarono τὸ πλῆθος, ossia specificamente la plebe, che emise il verdetto di condanna; non crediamo che in una età così risalente possa scorgersi dietro questo ordine di convocazione una richiesta di *diei dictio* da parte dei tribuni della plebe finalizzata alla convocazione dei comizi centuriati. A favore dell'individuazione dei *concilia plebis* quali giudici del processo contro Q. Cesone vd.: R. DEVELIN, *Comitia tributa plebis* cit., 329; R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 38 ss., il quale ricostruisce nei termini di un processo criminale plebeo di accertamento della condizione di *homo sacer*, il *iudicium* che avvenne contro Q. Cesone, reo di avere violato la legge sull'inviolabilità dei tribuni.

<sup>50</sup> G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 137 nt. 48, con specifico riferimento all'esilio di Q. Cesone.

<sup>51</sup> L'assenza di Q. Cesone si ricava dal contesto in cui è inserito lo squarcio ciceroniano trascritto. Cicerone, infatti, richiama il precedente di tre romani illustri che, al pari di lui, erano stati esuli, avevano subito l'ira del popolo (che, nel caso di Cesone, consistette nella irrogazione di una condanna capitale) e, infine, vennero riabilitati della loro primitiva dignità dal popolo una volta pacatosi.

<sup>52</sup> Dion. Hal. 10.8.3: «Quando, il giorno seguente, i tribuni convocarono l'assemblea popolare, quello non si presentò davanti al tribunale, e allora si votò contro di lui e i dieci che si erano fatti garanti dovettero pagare la somma stabilita». Si tratta della traduzione italiana di Floriana Cantarelli per «I classici di storia – sezione greco-romana» cit., 863.

Da entrambi i passi ricaviamo, dunque, una conferma dei dati desumibili dal processo nei confronti di M. Coriolano esaminato nel paragrafo precedente: l'imputato di un processo comiziale capitale viene condannato da assente; l'assenza viene considerata evidentemente una implicita ammissione di colpevolezza. Dopo la condanna, il *damnatus* si reca in esilio per evitare l'irrogazione della pena.

Passiamo alla tradizione accolta da Livio che parecchio filo da torcere ha dato agli studiosi del processo criminale romano.

Secondo Livio, accertato il fatto criminoso commesso da Q. Cesone, il tribuno della plebe *Verginius* ordina la sua *prensio* e la *ductio in vincula*,<sup>53</sup> ma Tito Quinzio obiettava che, essendo stato Q. Cesone già stato citato in giudizio per un crimine punito con la pena capitale, non poteva essergli usata violenza *indicta causa*.<sup>54</sup> A questo punto Q. Cesone si appella all'*intercessio* dei tribuni della plebe i quali si oppongono al suo arresto, ma pretendono che l'imputato versi una somma a titolo di *vadimonium* a garanzia della sua presenza nel giorno del giudizio.<sup>55</sup>

Furono così presentati, per la prima volta in un processo criminale, i *vades* i quali avrebbero promesso il pagamento a favore del pubblico erario di una somma di denaro per sottrarre l'imputato alla carcerazione preventiva e garantire la sua presenza il giorno del processo. Per questa ragione Q. Cesone venne lasciato libero di allontanarsi dal foro e la notte precedente il giorno del processo decise di andare in esilio.<sup>56</sup> Ecco dunque cosa accade secondo Livio il giorno fissato per il comizio giudiziario:

Liv. 3.13.9: *Iudicii die cum excusaretur solum vertisse exilii causa, nihilo minus Verginio comitia habente, collegae appellati dimisere concilium.*

Nonostante l'assenza dal giudizio da parte di Q. Cesone fosse giustificata *exilii causa*, *Virginio* convoca ugualmente i *comitia*; tuttavia, grazie all'*intercessio* dei tribuni della plebe, ai quali era stata presentata *appellatio*, il *concilium* venne sciolto.<sup>57</sup> Ne consegue che nessun processo venne celebrato e nessuna sentenza di condanna venne emessa.

La dottrina ha cercato di spiegare in vario modo l'apparente contraddizione del racconto dello storico patavino nel punto in cui l'assemblea viene prima convocata e poi sciolta.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> Sui poteri di *prensio* dei tribuni della plebe vd., per tutti, C. CASCIONE, *Appunti su prensio e vocatio nei rapporti tra potestates romane*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à W. Wołodkiewicz*, I, Varsovie 2000, 161 ss., 166 e 168.

<sup>54</sup> Liv. 3.13.4: *Verginius arripi iubet hominem et in vincula duci. Patricii vi contra vim resistunt. T. Quinctius clamitat, cui rei capitalis dies dicta sit et de quo futurum prope diem iudicium, eum indemnatum indicta causa non debere violari.*

<sup>55</sup> Liv. 3.13.6: *Appellati tribuni medio decreto ius auxilii sui expediunt: in vincla conici vetant; sisti reum pecuniamque ni sistatur populo promitti placere pronuntiant.*

<sup>56</sup> Liv. 3.13.8: *Hic primus vades publico dedit. Dimissus e foro nocte proxima in Tuscos in exilium abiit.*

<sup>57</sup> Sulla contraddittoria menzione di Livio prima dei *comitia* (*centuriata*) e poi del *concilium* (*plebis*) vd. *supra* nt. 49.

<sup>58</sup> Secondo A. SCHWEGLER, *Römische Geschichte im Zeitalter des Kampfs der Stände*, II.2.1 *Von der Gründung der Republik bis zum Decemvirat*, Tübingen 1870, 577 ss., il resoconto liviano non sarebbe attendibile e il processo contro Q. Cesone si sarebbe celebrato perché il suo *exilium* non avrebbe potuto qualificarsi come *ustum*. A.W. ZUMPT, *Das Criminalrecht der römischen Republik, I. Die Beamten und Volksgerichteder römischen Republik. 2. Seit der Gesetzgebung der Zwölf Tafeln*, Berlin 1865, 273 s., crede

Dal canto nostro, crediamo che sia da rivedere l'atteggiamento scettico di quanti hanno visto nel passo di Livio una contraddizione consistente nella convocazione e nel successivo scioglimento del *comitium*.

Invero, anziché considerare il dato come una anticipazione storica, crediamo che possano essere confluite nel racconto di Livio due diverse possibilità di disciplinare legittimamente l'assenza dell'imputato nel processo comiziale di età arcaica. Non essendo ancora avvenuto l'*exilium* un *ius*, come sarebbe stato a partire dal III secolo a.C. secondo una celebre testimonianza di Polibio,<sup>59</sup> ma trattandosi solo di un uso di fatto che permetteva al *civis* di sottrarsi ad una condanna capitale, si spiega il comportamento di Virginio che pretende di trattare Q. Cesone come qualunque altro imputato assente: quindi la convocazione dei comizi per l'emissione della sentenza di condanna, come era avvenuto, circa trent'anni prima, per M. Coriolano.<sup>60</sup>

Così ragionando possiamo spiegarci anche perché la convocazione dei comizi voluta da Virginio sia del tutto legittima e non abbia suscitato alcuno biasimo; solo l'*intercessio* dei tribuni della plebe, ai quali era stata rivolta una regolare *appellatio*, ha consentito un trattamento meno rigido dell'*exul*, permettendo, per la prima volta se non erriamo, di considerare l'esule in una posizione di assenza permanente, se non addirittura di 'morte civile'<sup>61</sup>

che la richiesta di condanna di Q. Cesone si sarebbe trasformata in una proposta di legge; diversamente per E. HUSCHKE, *Die multa un das sacramentum in ibren Verschiedenen Anwendungen*, Leipzig 1874, 167 nt. 67, i comizi centuriati investiti del processo capitale vennero sciolti, tuttavia, vennero mantenuti i concili della plebe, al fine di irrogare a Q. Cesone un *iustum exilium*. Una sintesi del dibattito dottrinale è presente in R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 38 ss.

<sup>59</sup> Polyb. 6.14.7: καὶ γίνεται τι περὶ ταύτην τὴν χρεῖαν παρ' αὐτοῖς καὶ μνήμης. τοῖς γὰρ θανάτου κρινόμενοις, ἐπὶν καταδικάζονται, δίδωσι τὴν ἐξουσίαν τὸ παρ' αὐτοῖς ἔθος ἀπαλλάττεσθαι φανερῶς, κἂν ἔτι μία λείπηται φυλὴ τῶν ἐπικυρουσῶν τὴν κρίσιν ἀψηφοφόρητος, ἐκούσιον ἑαυτοῦ καταγόνοντα φυγαδεῖαν. [As regards the latter they have a practice which is praiseworthy and should be mentioned. Their usage allows those on trial for their lives when found guilty liberty to depart openly, thus inflicting voluntary exile on themselves if even only one of the tribes that pronounce the verdict has not yet voted]. Abbiamo appena trascritto la traduzione in inglese di W.R. Paton, per i tipi della Loeb Classical Library (*Polybius. The Histories with an English Translation by W. R. Paton*, III, London 1966). Sul passo di Polibio si vd. E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* cit., 335 s., il quale sostiene che non ci sono testimonianze in base alle quali è lecito dire che ad ogni esilio seguisse l'*interdictio*. Questa stessa interpretazione dell'esilio è possibile desumere da un celebre discorso di Cesare in difesa degli accolti di Catilina, nel quale si dice che a tutti i cittadini romani era concesso l'esilio per evitare di incappare in una condanna capitale: Sall., *Catil.* 51.22 e 51.40. Ancora sul passo di Polibio di recente vd. G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 32 ss.; A. Z. GARCÍA, *El exilio voluntario en Polibio 6.14.7* cit., 601 ss.

<sup>60</sup> Non riteniamo di potere accogliere la diversa ricostruzione proposta da G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 140, secondo il quale l'intento di Virginio era quello di convocare i comizi per fare dichiarare il *iustum exilium* di Cesone, mentre i colleghi opposero l'*intercessio* ritenendo che tale pronuncia non sarebbe stata necessaria perché erano stati prestati i *vades*. Al contrario, nel caso di M. Postumio Pirgense (*infra*, § 3.4) la presenza dei *vades* non ha impedito al concilio della plebe di emettere un plebiscito di *iustum exilium*.

<sup>61</sup> M. JONCA, *The Scope of exilium voluntarium* cit., 78 nt. 6, ricorda che, nella visione dei romani, la condizione dell'esule era simile a quella di un condannato a morte. Una chiara correlazione tra esilio e morte è presente nella letteratura consolatoria analizzata da J.M. CLAASSEN, *Exile, Death and Immortality: Voices from the Grave*, in *Latomus. Revue d'études latines* 55.3, 1996, 571 ss.; EAD., *Displaced persons. The Literature of Exile from Cicero to Boethius*, London 1999. Su questo libro si vd. le recensioni di A. GO-SLING, in *akroterion.journals.ac.za*, e G.P. KELLY, in *Bryn Mawr Classical Review*, 2001, 12.21.

che lo privava – fino al suo eventuale rientro – della capacità di essere sottoposto alla repressione criminale.<sup>62</sup>

Come sarebbe avvenuto in seguito nei casi di M. Postumio Pirgense e Cn. Fulvio Flacco, l'assenza qualificata *exilii causa* avrebbe interrotto il processo e reso inutile la sentenza,<sup>63</sup> l'esilio, successivamente, avrebbe piuttosto sollecitato misure sostitutive della condanna, come la confisca dei beni e l'*aquae et ignis interdictio*, di cui però ancora nel V secolo a.C. non vi è traccia.

Così intesa, la narrazione liviana del processo a carico di Q. Cesone è una testimonianza preziosa perché capace di dimostrare la convivenza all'interno della disciplina dell'assente dell'imputato, tanto del principio dell'automatica condanna dell'assente – condanna cui era volta la convocazione dei *comitia* da parte di Virginio – quanto dell'istituto dell'esilio, inteso come causa di sottrazione dell'imputato assente alla repressione criminale. Ci renderemo conto che entrambi questi profili saranno compresenti nella disciplina dell'istituto che ci occupa, almeno fino a quando, a partire dal I sec. a.C., le misure sostitutive della sentenza di condanna adottate nei confronti degli esiliati non sarebbero divenute vere e proprie pene legali.

### 3.3. Il processo nei confronti di M. Furio Camillo.

Ma prima di concentrarci sui processi comiziali di III secolo a.C. occorre occuparsi del caso di M. Furio Camillo, databile al 391 a.C.,<sup>64</sup> perché secondo una delle tradizioni che tramandano l'episodio potrebbe scorgersi una condanna a carico di un assente *exilii causa*, identica a quella che Virginio avrebbe voluto infliggere a Q. Cesone.

Invero, prima di prendere in esame i testi, bisogna segnalare che l'episodio di M. Furio Camillo è stato oggetto di manipolazioni da parte dell'annalistica romana tali da rendere forse irrimediabilmente compromessa la possibilità di preferire una versione dei fatti rispetto alle altre.<sup>65</sup> Siamo convinti che non esistano elementi in grado di rendere maggiormente credibile la tradizione che tace di un processo contro l'ex dittatore,<sup>66</sup> ovvero quella che ci

<sup>62</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 68, precisa che erano sottratti alla repressione criminale tutti gli stranieri che abitavano fuori da Roma e i cittadini romani che si ritiravano dal territorio romano, a patto che compissero un atto di *solum vertere*, proprio come era avvenuto nel caso di Q. Cesone (Liv 3.13.9: *solum vertisse*) e si recassero presso una città la cui indipendenza era stata riconosciuta da Roma. Questo, prosegue Mommsen, è proprio l'esilio o l'auto esilio, così come presentato da Polibio (cfr. nt. 59).

<sup>63</sup> È questa la chiave di lettura privilegiata da G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 137 e nt. 48, il quale interpreta l'esilio di Q. Cesone come legittimamente esercitato al fine di sfuggire alla condanna. Anche nella esazione della somma promessa a titolo di *vadimonium* non andrebbe rinvenuta una forma di esecuzione della condanna, quanto piuttosto l'adempimento dell'obbligazione di garanzia, essendosi verificata la condizione per la quale era stata subordinata l'esecuzione nei confronti dei *vades*.

<sup>64</sup> Argomenti per datare l'episodio in *Enciclopedia italiana Treccani*, Roma 1930, v. 'Camillo Marco Furio', cui rinviamo per la confutazione di altre due possibili date, quelle del 393 e del 389 a.C.

<sup>65</sup> L'analisi critica delle varie fonti che informano del processo di M. Furio Camillo è condotta da O. HIRSCHFELD, *Zur Camillus-Legende*, in *Festschrift zum fünfzigjährigen Doctorjubiläum Ludwig Friedlaender*, Leipzig 1895, 127-138, paginazione che abbiamo seguito [= *Kleine Schriften*, Berlin 1913, 273 ss.], con specifica attenzione all'individuazione del trionfo che avrebbe portato all'accusa di peculato nell'ingarbugliata tradizione sull'evento. Un'analisi ragionata delle varie tradizioni è possibile rinvenire anche in F. MÜNZER, v. 'Furius', in *PWRE* 13, Stuttgart 1910, coll. 329-331. Più di recente precisi ragguagli di fonti in O. LICANDRO, *In magistratu damnari. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle funzioni*, Torino 1999, 156 nt. 52 sub f).

<sup>66</sup> Plin., *Nat. hist.* 34.13; Zon. 7.22.

informa di una condanna seguita dall'esilio dell'interessato,<sup>67</sup> ovvero, infine, quella che attesta una condanna avvenuta in assenza e nonostante l'esilio di M. Furio Camillo; Tanto più che in dottrina non ci pare siano stati addotti argomenti decisivi nell'uno o nell'altro senso.<sup>68</sup> Né ai nostri fini si tratta di capire come più probabilmente andarono i fatti quanto, piuttosto, di giustificare sul piano giuridico le testimonianze che presentano M. Furio Camillo condannato in assenza.

Il racconto più ricco di particolari è fornito da Tito Livio,<sup>69</sup> il quale narra di un processo multatio intentato in epoca post decemvirale da un tribuno della plebe innanzi ai *concilia plebis*,<sup>70</sup> a carico dell'ex magistrato, accusato di essersi impadronito di una parte del bottino catturato a Veio.<sup>71</sup> Appurato da parte di M. Furio Camillo che gli appartenenti alla sua tribù e i suoi clienti erano disposti a pagare la multa alla quale sarebbe stato eventualmente condannato, ma non a votare per la sua assoluzione, egli decise di andare in esilio e, da *absens*, fu condannato ad una multa di quindicimila assi:

Liv. 5.32.8-9: *Qui die dicta ab L. Apuleio tribuno plebis propter praedam Veientanam, fliquoque adulescente per idem tempus orbatus, cum accitis domum tribulibus clientibusque quae magna pars plebis erat, percontatus animos eorum responsum tulisset se conlaturos quanti damnatus esset, absolvere eum non posse, in exsilium abiit [9] ... Absens quindecim milibus gravis aeris damnatur.*

<sup>67</sup> Dion. Hal. 13.5.1 e 13.5.5; App., *Hist. rom. (de rebus Italicis)* 2.8.2; Val. Max. 5.3.2a, il quale invece parrebbe riferirsi ad una condanna all'esilio (*ferreis sententiis in exilium missus est*). Discorrono genericamente della condanna, senza accennare all'esilio: Cic., *de domo* 32.86; Auct. de vir. ill. 23.4.

<sup>68</sup> Si vd. G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 198 ss., con un tentativo screditare la tradizione secondo la quale M. Furio Camillo sarebbe stato condannato. Lo studioso esclude che sia intervenuto tanto un provvedimento di condanna, quanto un plebiscito volto a qualificare l'*exilium* dell'imputato come *ustum*: ci sarebbe stata solo l'irrogazione di una multa pagata dagli amici dell'ex dittatore. In precedenza, G.W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies from their Origin to the End of the Republic*, New York 1909 [rist. 1968], 244-245, aveva sostenuto che Camillo avrebbe evitato un processo capitale innanzi ai comizi centuriati andando in esilio e, una volta preso atto dell'esilio, i tribuni della plebe si fecero carico dell'accusa condannandolo ad una pesante pena pecuniaria. Tuttavia, ci pare che colgano nel segno le critiche di C.H. BRECHT, *Perduellio* cit., 266 s. nt. 2, il quale esclude che il processo ai danni di M. Furio Camillo sarebbe stato un processo capitale, ma si deve essere trattato, fin dall'origine di un processo multatio. Viceversa, in *Enciclopedia italiana* Treccani cit., v. 'Camillo Marco Furio', si trova una difesa della storicità del fatto concluso con una condanna 'in contumacia'.

<sup>69</sup> La cui narrazione è oggetto di attento esame da parte di R.M. OGILVIE, *A Commentary on Livy books 1-5*, Oxford 1965, 698-699, il quale, tuttavia, ammette che il processo a M. Furio Camillo ha subito notevoli distorsioni da parte dell'annalistica di età sillana, per specifici propositi politici, e che la versione di Livio rappresenta solo uno degli ultimi stadi di questo processo. Lo studioso ritiene inoltre che l'assemblea competente sarebbe stata quella centuriata, sulla scorta di Cic., *de domo* 32.86.

<sup>70</sup> E addotto da B. SANTALUCIA, *La repressione dei reati comuni in età repubblicana*, in *Studi di diritto penale romano* cit., 170 nt. 82; ID., *Sacertà e processi rivoluzionari* cit., 155 nt. 76, a dimostrazione del fatto che i tribuni della plebe dopo le dodici tavole non avrebbero avuto competenza ad instaurare processi capitali innanzi alle assemblee del popolo, ma processi multatici *apud plebem*.

<sup>71</sup> Raguagli in B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 77, il quale mostra di aderire alla tesi dell'appropriazione del bottino proveniente da Veio da parte di M. Furio Camillo. Invero, secondo Eutropio (1.20) l'ex dittatore avrebbe diviso male il bottino, mentre secondo Diodoro Siculo (*Bibl. Stor.* 14.117.5-6) M. Furio Camillo venne condannato per avere indossato l'abbigliamento di Giove e avere fatto tirare il suo cocchio da quattro cavalli bianchi in occasione del trionfo.

La stessa tradizione annalistica accolta da Livio, probabilmente risalente a Valerio Anziate,<sup>72</sup> compare anche in Plutarco e Agostino, i quali attestano, similmente, che M. Furio Camillo prima decise di recarsi in esilio e, poi, venne condannato in assenza al pagamento di una somma di denaro:

Plut., *Cam.* 13.1: ... μεταστὰς ὄφλε τὴν δίκην ἐρήμην, τίμημα μυρίων καὶ πεντακισχίλιων ἄσσαριων ἔχουσαν.<sup>73</sup>

Aug., *de civ. Dei* 7.22: *Ex hoc iure ac bono Marcus Camillus, illius temporis uir egregius, qui Veientes, grauissimos hostes populi Romani, post decennale bellum, quo Romanus exercitus totiens male pugnando grauiter adflictus est, iam ipsa Roma de salute dubitante atque trepidante facillime superauit eorumque urbem opulentissimam cepit, inuidia obtreceptorum uirtutis suae et insolentia tribunorum plebis reus factus est tamque ingrati sensis quam liberauerat ciuitatem, ut de sua damnatione certissimus in exilium sponte discederet et decem milia aeris absens etiam damnaretur.*

Dal nostro punto di vista rileva, dunque, l'attestazione di una condanna in assenza che conferma il principio generale già riscontrato anche nei processi comiziali capitali in precedenza analizzati. Tuttavia, nel caso di M. Furio Camillo ci troviamo di fronte alla particolarità che la condanna venne irrogata dopo che l'ex dittatore era andato in esilio, circostanza quest'ultima che avrebbe potuto suggerire di interrompere il processo e di fermare la condanna, come era avvenuto per Q. Cesone.

A nostro avviso sono possibili due tentativi di motivare sul piano giuridico l'epilogo della vicenda processuale a carico di M. Furio Camillo:

(1) potrebbe credersi che, trattandosi di un processo multatio, la condanna, a differenza di quella capitale, poteva essere eseguita nei confronti dei garanti del reo e, per questo, venne irrogata. Ed in effetti, in questo caso, i clienti e gli appartenenti alla tribù di M. Furio Camillo sono descritti nell'atto di dare la propria disponibilità a pagare la multa oggetto dell'eventuale sentenza di condanna. Del resto, anche nel caso di Q. Cesone, nonostante il suo esilio, venne esatta la somma promessa a garanzia della sua ricomparsa in giudizio a titolo di *vadimonium*;

(2) potrebbe collegarsi la condanna ad una considerazione della posizione dell'assente per causa di esilio in termini meno garantisti di come sarebbe avvenuto a partire dal III secolo a.C. In buona sostanza, i processi nei confronti di Q. Cesone e di M. Furio Camillo potrebbero dimostrare come nel periodo compreso tra il V e il IV secolo a.C. fosse legittima la condanna anche dell'esiliato. In questo senso, infatti, ci pare sia da leggere il tentativo di Virginio di convocare i comizi per condannare Q. Cesone, tentativo legittimo sul piano giuridico (semmai deprecabile su quello morale) e che sarebbe stato suggellato da una sentenza di condanna dell'imputato assente se non fosse intervenuta l'*intercessio* dei tribuni della plebe.

Similmente potrebbe dirsi per M. Furio Camillo, la cui assenza per esilio non impedisce l'irrogazione della condanna pecuniaria, in virtù di una rigida e letterale applicazione

<sup>72</sup> O. HIRSCHFELD, *Zur Camillus-Legende* cit., 138.

<sup>73</sup> Plut., *Cam.* 13.1: Il processo si svolse in contumacia e Camillo fu condannato a pagare una multa di 15.000 assi. Si tratta della traduzione di Antonio Traglia per i *Classici greci, Vite di Plutarco*, I, Utet, Torino 1992, 461.

del principio, caratteristico del processo criminale comiziale, secondo il quale l'imputato assente doveva essere condannato.

### 3.4. Il processo nei confronti di M. Postumio Pirgense.

In esito all'analisi dei processi comiziali incardinati contro assenti fin ora analizzati, possiamo concludere dicendo che l'assente viene regolarmente condannato, anche se nel frattempo costui ha scelto la via dell'esilio; l'esilio è esercitato anche in seguito all'emissione del verdetto di condanna, senza tuttavia che abbia ancora assunto la funzione di evitarla. Un vero e proprio punto di svolta nel trattamento dell'imputato assente si registra, invece, a partire dal III secolo a.C.; in particolare, nel 212 a.C. si data il processo nei confronti di M. Postumio Pirgense, un episodio parecchio studiato in letteratura.<sup>74</sup>

Ancora una volta è Livio la fonte più ricca di particolari. Narra lo storico patavino di una *fraus* architettata da M. Postumius Pyrgensis, un pubblicano il quale metteva in scena falsi naufragi o speculava su quelli realmente accaduti imbarcando beni di scarso valore su navi vecchie e sfasciate, provocandone poi volontariamente il naufragio, previa messa in salvo dell'equipaggio e asserendo falsamente che molte e maggiori erano le merci che erano state caricate.<sup>75</sup> Ora, l'imbroglio in questione era stato denunciato nel 214 a.C. al pretore M. Emilio e, per suo tramite, comunicato al senato; ma il senato aveva deciso di non emettere alcun provvedimento e di non stigmatizzare l'accaduto per evitare di suscitare il malcontento dei pubblicani. Tuttavia, mossi dall'indignazione popolare, i due tribuni delle plebe *Sp. Carvilius* e *L. Carvilius* irrogarono a M. Postumio Pirgense una multa di duecentomila assi e fissarono anche il giorno della discussione della causa innanzi ai concili della plebe.<sup>76</sup>

Giunto a termine il processo nel 212 a.C.,<sup>77</sup> Livio lascia intendere che l'orientamento della plebe era nel senso della condanna e l'unica speranza per l'imputato era rappresentata

<sup>74</sup> Dell'episodio hanno avuto modo di occuparsi: A.W. ZUMPT, *Das Criminalrecht der römischen Republik* cit., 340 s. e 423 ss.; A.H.J. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, London 1901, 328 ss.; G.W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies* cit., 249 e nt. 2; E.G. HARDY, *Some Notable Judicia Populi on Capital Charges*, in *JRS* 3, 1913, 32 s. paginazione che abbiamo seguito (= *Some Problems in Roman History*, Oxford 1924, 1 ss.); H. SIBER, *Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrechte des römischen Freistaates*, in *Abhandlungen der philologisch-historischen Klasse der sächsischen Akademie der Wissenschaften*, 43.3, Leipzig 1936, 60; R. FREIG VISHNIA, *State, Society, and Popular Leaders in Mid-Republican Rome 214-167 BC*, New York 1996, 74 s.; C. MASI DORIA, *Quaesitor urnam movet e altri studi sul diritto penale romano (con due Anecdota)*, Napoli 2003, 70 ss.; R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 136-140; G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 41 ss.

<sup>75</sup> Liv. 25.3.9-11: *Publicanus erat Postumius, qui multis annis parem fraude auaritiaque neminem in ciuitate habuerat praeter T. Pomponium Ueientanum, quem populantem temere agros in Lucanis ductu Hannonis priore anno ceperant Carthaginienses. [10] hi, quia publicum periculum erat a ui tempestatis in iis quae portarentur ad exercitus et ementiti erant falsa naufragia et ea ipsa quae uera renuntiauerant fraude ipsorum facta erant, non casu. [11] in ueteres quassasque naues paucis et parui pretii rebus impositis, cum mersissent eas in alto exceptis in praeparatas scaphas nautis, multiplices fuisse merces ementiebantur.*

<sup>76</sup> Liv. 25.3.12-14: *Ea fraus indicata M. Aemilio praetori priore anno fuerat ac per eum ad senatum delata nec tamen ullo senatus consulto notata, quia patres ordinem publicanorum in tali tempore offensum nolebant. [13] populus seuerior uindex fraudis erat; excitatique tandem duo tribuni plebis, Sp. et L. Caruilii, cum rem inuisam infamemque cernerent, ducentum milium aeris multam M. Postumio dixerunt. [14] cui certandae cum dies aduenisset conciliumque tam frequens plebis adesset ut multitudinem area Capitollii uix caperet.*

<sup>77</sup> Per questa datazione vd. C.H. BRECHT, *Perduellio* cit., 288 s.

dall'*intercessio* del *cognatus* tribuno della plebe C. *Servilius Casca*, che quest'ultimo avrebbe potuto esercitare prima che le tribù fossero chiamate a votare.

Tuttavia, i tribuni fecero venire avanti i testimoni e fecero portare l'urna al fine di sorvegliare dove dovessero votare i Latini; i *publicani* spingevano affinché Casca opponesse il suo veto mediante *intercessio* e il popolo protestava rumorosamente (evidentemente per il turbamento all'andamento dei lavori conciliari). A questo punto, di fronte al mancato intervento del tribuno Casca (*cui simul metus pudorque animum versabat*) allo scopo di recare scompiglio (*turbandae rei causa*) i pubblicani intervennero e fecero irruzione venendo a d'verbio con il popolo e con i tribuni. *Nec procul dimicatione res erat*, quando il console Fulvius invitò i tribuni a sciogliere l'assemblea della plebe, che a causa della violenza e della sfrontatezza dei *publicani* era stata privata del suo diritto di voto; anche ai tribuni della plebe era stato impedito di esercitare le proprie funzioni.<sup>78</sup>

Immediatamente viene convocato il senato e innanzi ai senatori i consoli presentano una relazione sui fatti avvenuti nel concilio della plebe e che avevano visto come protagonista M. Postumio Pirgense; l'assemblea dei *patres* decise che quell'atto di violenza contro lo stesso popolo romano non poteva restare impunito e allora i tribuni, messa da parte la causa per multa, *diem dixerunt*,<sup>79</sup> chiesero ai consoli la fissazione di un giorno per la comparizione davanti ai comizi centuriati<sup>80</sup> di M. Postumio Pirgense, ora accusato del crimine capitale di

<sup>78</sup> Liv. 25.3.15-19: *Perorata causa una spes uidebatur esse si C. Servilius Casca tribunus plebis, qui propinquus cognatusque Postumio erat, priusquam ad suffragium tribus uocarentur, intercessisset. [16] testibus datis tribuni populum submouerunt sitellaque lata est ut sortirentur ubi Latini suffragium ferrent. [17] interim publicani Cascae instare ut concilio diem eximeret; populus reclamare; et forte in cornu primus sedebat Casca, cui simul metus pudorque animum uersabat. [18] cum in eo parum praesidii esset, turbandae rei causa publicani per uacuum submoto locum cuneo intruperunt iurgantes simul cum populo tribunisque. [19] nec procul dimicatione res erat cum Fulvius consul tribunis 'nonne uidetis' inquit 'uos in ordinem coactos esse et rem ad seditionem spectare, ni prope dimittitis plebis concilium?'*

<sup>79</sup> Persa per effetto della legislazione decemvirale la competenza ad instaurare processi criminali capitali innanzi ai concili della plebe, i tribuni della plebe potevano nondimeno chiedere ai magistrati *cum imperio* di fissare la prima udienza (che coincideva con la prima *contio* informale) del processo comiziale innanzi all'assemblea centuriata. In letteratura, per tutti: A. GIOVANNINI, *Volkstribunat und Volksgericht*, in Chiron 13, 1983, 545 ss., il quale ricorda i seguenti casi in cui il tribuno della plebe non convocava in prima persona il comizio centuriato, ma chiedeva al pretore urbano la fissazione di un termine: Liv. 3.11.9; 6.20.11; 26.3.9; Gell. 6.9.9 (adde Liv. 43.16.8-12). Sulla *diei dictio* vd.: TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 164 nt 2; B. SANTALUCIA, *I tribuni e le centurie*, in *Studi di diritto penale* cit., 56 ss.; ID., *Diritto e processo penale* cit., 76 ss. e 79 nt. 34.

<sup>80</sup> Non ci pare dubitabile che furono i comizi centuriati l'assemblea competente a giudicare M. Postumio Pirgense accusato di *perduellio* e non i concili della plebe come sostenuto da A. GIOVANNINI, *Volkstribunat und Volksgericht* cit., 549 e R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 136 ss. Naturalmente, nel racconto di Livio non si fa menzione del processo innanzi ai comizi, perché esso non venne celebrato, e si riferisce solo dei provvedimenti adottati (*iustum exilium* e *publicatio bonorum*) e sollecitati (*aquae et ignis interdictio*) dal concilio della plebe in sede legislativa. Una critica a questa presa di posizione in L. THOMMEN, *Das Volkstribunat der späten römischen Republik*, Stuttgart 1989, 148 s. e nt. 10 e C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la république romaine (509-149 av. J.-C.)*, Paris 1999, 245. Difende la tesi dell'incompetenza del concilio della plebe nel nostro caso anche G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 184 ss., con la precisazione che l'*interdictio* sarebbe stata rivolta non contro l'imputato assente, ma contro la comunità, affinché ne prendesse nota. Ci permettiamo di sottolineare, tuttavia, che la fonte attesta espressamente come l'*interdictio* venne irrogata allo stesso M. Postumio Pirgense: Liv. 25.4.9: *... ipsi aqua et igni placere interdici*. Nel senso che l'*interdictio* fosse rivolta all'imputato e non alla comunità vd., di recente, anche M.V. LEDNEVA, *La confisca dei beni* cit., 63. Da ultimo, C. PELLOSO, *Provocatio ad populum e poteri magistratuali dal processo all'Orazio superstite alla morte di Appio Claudio decemviro*, in

*perduellio*.<sup>81</sup> I tribuni ordinarono la sua *presio* da parte del *viator* e la *ductio in vincula* ove l'imputato non avesse presentato *vades* a garanzia della sua comparsa in giudizio.<sup>82</sup>

Qui comincia la parte del racconto che a noi interessa:

Liv. 25.4.9: *Postumius uadibus datis non adfuit. tribuni plebem rogauerunt plebesque ita sciuit, si M. Postumius ante kalendas Maias non prodisset citatusque eo die non respondisset neque excusatus esset, uideri eum in exilio esse bonaque eius uenire, ipsi aqua et igni placere interdici*.<sup>83</sup>

Dopo avere fornito i *vades* M. Postumio Pirgense non compare in giudizio; su richiesta dei tribuni, allora, i concili della plebe stabilirono che se l'imputato non si fosse presentato prima delle calende di Maggio e, citato quel giorno, non fosse comparso né avesse giustificato la sua assenza, egli sarebbe stato considerato in esilio, i suoi beni sarebbero stati confiscati e sarebbe stato colpito dall'*aquae et ignis interdictio*.

Ai nostri fini, l'episodio è particolarmente significativo perché mostra un mutato atteggiamento nei confronti dell'imputato assente. Egli non viene immediatamente condannato, come era accaduto in passato nei casi di Coriolano, Furio Camillo e, secondo una certa tradizione, Cesone; piuttosto l'assenza, in questo caso dopo la concessione di un rinvio, viene qualificata *exilii causa*.

Come intuito da Carlo Gioffredi,<sup>84</sup> l'esilio viene qui presunto, nel senso che in mancanza di altre cause di giustificazione dell'assenza che avrebbero motivato un rinvio del processo, l'imputato assente viene considerato in esilio.

La condizione di esiliato, come accennato,<sup>85</sup> rendeva inutile l'irrogazione della sanzione capitale ad un soggetto che non faceva più parte della comunità;<sup>86</sup> l'esiliato era sottratto

SDHI 82, 2016, 257 nt. 80, ritiene che nei confronti di Postumio Pirgense si sarebbe incardinato un '*iudicium* di tipo comiziale'.

<sup>81</sup> In questo senso vd.: C.H. BRECHT, *Perduellio* cit., 288 s.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 80 s.

<sup>82</sup> Liv. 25.4.8: *Confestim Caruili tribuni plebis ommissa multae certatione rei capitalis diem Postumio dixerunt ac ni uades daret prendi a uiatore atque in carcerem duci iusserunt. Su presio e in vincula ductio* da parte dei tribuni della plebe, cfr. *supra*, nt. 53. Inoltre, proprio il caso di M. Postumio Pirgense ha dato l'occasione a B. SANTALUCIA, *La repressione dei reati comuni* cit., in *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, 175 nt. 98, di precisare che nel processo comiziale era permesso al magistrato di prendere tutte le misure e i provvedimenti ritenuti necessari per assicurare la comparizione dell'accusato e, in particolare, di ordinare la sua incarcerazione preventiva se si rifiutava di offrire i *vades*.

<sup>83</sup> Di recente su questo passaggio del racconto liviano vd. A.Z. GARCÍA, *El exilio voluntario en Polibio* 6.14.7 cit., 613, secondo la cui interpretazione del *ius exulandi* volontario, l'esilio sarebbe stato seguito automaticamente dalla irrogazione della *aquae et ignis interdictio* nel caso in cui l'esiliato avesse scelto di recarsi presso una comunità non legata a Roma da *foedera* che prevedessero l'esilio.

<sup>84</sup> C. GIOFFREDI, *L'«aqua et ignis interdictio»* cit., 428 s. e 431, il quale sottolinea che di fronte all'esilio il processo si arresta per l'impossibilità giuridica (e non materiale) di perseguire il reo, impossibilità legata anche alla tutela del diritto di asilo che l'esule straniero può vantare a Roma.

<sup>85</sup> *Supra*, § 2 e nt. 15. In aggiunta alla letteratura ivi citata in tema di esilio, si vd.: L.M. HARTMANN, *De exilio apud Romanos inde ab initio bellorum civilium usque ad Severi Alexandri principatum*, Berolini 1887, 1-61; H. SIBER, *Analogie* cit., 55 ss.; W. KUNKEL, v. '*Quaestio*' cit., 766-768; G. CRIFÒ, v. '*Esilio (storia)*', in Enc. dir. 15, Milano 1966, 712 ss.; M.V. LEDNEVA, *La confisca dei beni* cit., 65, con specifico riferimento ai rapporti tra esilio volontario ed esilio forzato.

<sup>86</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 68.

alla repressione criminale a Roma, sia perché avvertito come già morto,<sup>87</sup> sia perché sarebbe stato contraddittorio punire un soggetto che non si considerava più parte della comunità cittadina e addirittura, probabilmente, già protetto da un'altra comunità,<sup>88</sup> specie se federata con i romani.<sup>89</sup>

Pertanto, nei confronti di M. Postumio Pirgense, reo di *perduellio*, non venne emessa alcuna sentenza di condanna ma il concilio della plebe, competente in questa materia,<sup>90</sup> qualificò l'esilio volontario dell'imputato come *iustum exilium*.<sup>91</sup> Ciò apriva la strada all'irrogazione di misure sostitutive della condanna penale, come la confisca dei beni<sup>92</sup> e l'*aquae*

<sup>87</sup> Cfr. la letteratura citata *supra*, nt. 61.

<sup>88</sup> C. GIOFFREDI, *L'«aqua et igni interdictio»* cit., 426-441; ID., *Ancora su l'aqua et igni interdictio* cit., 191 ss.

<sup>89</sup> Su questo aspetto vd. G. CRIFÒ, *L'esclusione dalla città* cit., 10 ss., il quale ritiene che il plebiscito di *iustum exilium* occorresse proprio in quei casi in cui l'esiliato non si recava (o non si sapeva se si fosse recato) presso una comunità non legata a Roma da un *foedus*. Senza il conforto delle fonti C. GIOFFREDI, *Ancora su l'aqua et igni interdictio* cit., 191 ss., ritiene che la sentenza di condanna a morte sarebbe stata pronunciata nei soli casi di esilio verso città non strette a Roma da accordi bilaterali.

<sup>90</sup> Crediamo sia corretto riconoscere che il concilio della plebe emetteva in sede legislativa, e non giudiziaria, il plebiscito di *iustum exilium*, cfr.: E.G. HARDY, *Some Notable Judicia Populi* cit., 32 s.; G. RONDONI, *Leges publicae populi romani. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Milano 1912, 255; D. MANTOVANI, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio* cit., 590 nt. 114. Secondo G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 167; ID., *L'esclusione dalla città* cit., 18, il plebiscito volto a dichiarare un *iustum exilium*, a partire dal processo contro M. Postumio Pirgense, avrebbe rappresentato il contraltare del decreto di *interdictio*, di competenza delle magistrature *cum imperio* e, quindi, per lungo tempo patrizie.

Una questione assai dibattuta in tema di esilio è se esso comportasse la perdita della cittadinanza a carico dell'esiliato, ovvero se la cittadinanza romana si perdesse solo al momento dell'acquisto di un'altra cittadinanza straniera. Sulla scorta di Cic., *pro Caec.* 34.100 e *de domo* 29.78, i seguenti studiosi negano che l'esiliato perdesse automaticamente la cittadinanza: TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, Leipzig 1887, 48-52; V. DE VILLA, *Exilium perpetuum* cit., 297 ss.; G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 14 ss.; ID., *Il «dilectus» del 216 a.C. e l'editto di M. Iunius Pera*, in *Synthese V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, 387-395; ID., *L'esclusione dalla città* cit., 19 ss.; G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 59 ss.; M.V. LEDNEVA, *La confisca dei beni* cit., 65. Viceversa B. SANTALUCIA, *La situazione patrimoniale dei «deportati in insulam»*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VII, Napoli 2001, 176 nt. 5, attribuisce all'esilio l'effetto dell'immediata perdita della cittadinanza romana e ricorda che la regola per la quale non si possono cumulare due cittadinanze era ormai dimenticata ai tempi di Cicerone e di Cornelio Nepote, e adduce D. 50.7.18 (Pomp. 37 *ad Quint. Muc.*) a sostegno della tesi secondo la quale il cittadino romano poteva essere privato anche contro la propria volontà della cittadinanza romana; in senso adesivo vd. M. RAVIZZA, *Sui rapporti tra matrimonio e «deportatio» in età imperiale*, in RDR 14, 2014.

<sup>91</sup> In base alla ricostruzione di G. CRIFÒ, *Exilica causa* cit., 427 s., il plebiscito di *iustum exilium* nel caso di M. Postumio Pirgense avrebbe avuto l'effetto non certo di rendere *homo sacer* l'esiliato, ma si sarebbe trattato piuttosto di una presa d'atto della perdita della sua cittadinanza. Più in generale ID., *Ricerche sull'«exilium»* cit., 183, ricostruisce il plebiscito di *iustum exilium* come un atto che non aveva funzione di irrogare una pena, ma di certificare che l'esule si era servito dell'esilio in modo conforme al diritto e per sottrarsi al giudizio del popolo.

<sup>92</sup> Secondo B. SANTALUCIA, *Sacertà e processi rivoluzionari plebei* cit., in *Altri studi di diritto penale romano* cit., 151 nt. 53, il caso di M. Postumio Pirgense testimonia la procedura della *publicatio bonorum*, ossia della confisca dei beni dei condannati, che avveniva con una delibera dell'assemblea centuriata. L'episodio è indagato sotto il profilo della confisca dei beni da F. SALERNO, *Dalla «consecratio» alla «publicatio bonorum»*, Napoli 1990, 112 s. Contro l'idea largamente dominante in dottrina, secondo la quale la

*et ignis interdictio*,<sup>93</sup> di competenza dei magistrati patrizi,<sup>94</sup> per la prima volta attestata in collegamento al processo criminale<sup>95</sup> e, secondo l'interpretazione maggioritaria, volta ad impedire il ritorno in patria dell'interdetto, perché egli sarebbe stato colpito dalla pena di morte se avesse usato in territorio romano gli elementi minimi necessari alla sopravvivenza,<sup>96</sup> ossia l'acqua e il fuoco (oltre al riparo di un tetto).<sup>97</sup>

L'episodio di M. Postumio Pirgense assume particolare rilevanza anche per la sua capacità di fungere da spartiacque rispetto al precedente trattamento degli imputati assenti nel processo comiziale. Infatti, si è trattato del primo caso di aggiramento del principio della condanna dell'imputato assente, in virtù della considerazione del medesimo in stato di esilio.

Non può essere casuale che per il periodo successivo al 212 a.C. non sono più attestate notizie di condanne contro imputati assenti nei processi comiziali capitali ma, come nel

confisca dei beni sarebbe una necessaria ed automatica conseguenza dell'esilio, almeno per tutta l'età repubblicana, vd. M.V. LEDNEVA, *La confisca dei beni* cit., 67 ss.

<sup>93</sup> Secondo la ricostruzione tradizionale (ad es. sostenuta da: TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 73; V. DEVILLA, *Aqua et igni interdictio* cit., 23 ss.; R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome* cit., 26 ss.; G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 39), l'*interdictio* avrebbe impedito all'interdetto il ritorno in patria e avrebbe determinato la perdita sia della cittadinanza, sia della protezione giuridica dentro Roma, permettendo a chiunque di metterlo a morte impunemente. Condivide l'idea che l'*interdictio* avrebbe comportato la perdita della cittadinanza, ma solo a partire dall'età classica, G. CRIFÒ, *L'esclusione dalla città* cit., 24, il quale invece (31 ss.) contesta che l'*interdictus* possa essere considerato alla stregua di un *homo sacer*, proprio perché non si potrebbe dichiarare tale uno straniero o un soggetto che ha ormai perso la cittadinanza romana. Quanto all'età repubblicana, G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 265 ss. e 288 ss., segnala che l'*interdictio*, come anche l'esilio, non avrebbe comportato alcuna perdita della cittadinanza. Ricordiamo la diversa ricostruzione dell'istituto fornita da C. GIOFFREDI, *L'«aqua et igni interdictio»* cit., 426 ss.; ID., *Ancora su l'aqua et igni interdictio* cit., 191 ss., tratteggiata *supra* in nt. 8, secondo il quale l'*interdictio* non serviva ad impedire il ritorno dell'esule, ma a rendere effettivo un esilio non conosciuto né comunicato ai comizi, con la conseguenza che l'interdetto tornato a Roma non sarebbe stato sfornito di tutela, né chiunque avrebbe potuto metterlo a morte impunemente.

<sup>94</sup> La competenza all'irrogazione dell'*aquae et ignis interdictio* da parte di magistrati *cum imperio* si desume da App., *bell. civ.* 1.31 e dal senato consulto *de Cn. Pisone patre* ll. 120-123, fonti citate da D. MANTOVANI, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio* cit., 589 s. nt. 113. Né crediamo che il caso di M. Postumio Pirgense possa fornire alcun appiglio testuale a favore della tesi secondo la quale sarebbe stato il concilio della plebe ad irrogare l'*aquae et ignis interdictio*: C. VENTURINI, *Il civis tardo repubblicano tra quaestiones e iudicia populi*, in *Processo penale* cit., 314. Invero in Liv. 25.4.9 troviamo solo una manifestazione di gradimento (*placere*) espressa dal concilio della plebe a favore dell'irrogazione della misura dell'*interdictio* a M. Postumio Pirgense e non una diretta adozione della misura da parte del medesimo consesso. Un corretto inquadramento di quest'ultima questione in E. HUSCHKE, *Die multa un das sacramentum* cit., 237 nt. 306.

<sup>95</sup> Specialmente, H. SIBER, *Analogie* cit., 62 e R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment* cit., 12, individuano proprio nel caso di M. Postumio Pirgense l'atto di nascita del collegamento tra *aquae et ignis interdictio* e sentenza penale di condanna a morte. Similmente, M.V. LEDNEVA, *La confisca dei beni* cit., 67, individua la genesi dell'*interdictio* proprio nel III secolo a.C. Diversamente, E. LEVY, Rec. a E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, in ZSS, 51, 1931, 570, ritiene che l'istituto della *interdictio* rimonti all'inizio della *libera res publica*. Ancora G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 168 ss., adduce fonti che paiono collocare l'*interdictio* in età arcaica, sebbene in questa età risalente l'*interdictio* avrebbe assunto la forma di una *sacratio* (o *execratio*) atti in virtù dei quali l'interdetto (171) poteva essere messo a morte impunemente da qualunque appartenente alla comunità, ossia la reale destinataria del provvedimento.

<sup>96</sup> Cfr. *supra* ntt. 6 e 8.

<sup>97</sup> Secondo la denominazione completa riferita dalle fonti citate dalla letteratura indicata *supra* nt. 6.

caso di Cn. Fulvio Flacco di cui ci occuperemo nel paragrafo seguente, all'imputato assente sarebbero state irrogate misure sostitutive della condanna capitale, proprio perché (considerato) in esilio.

Tuttavia, questo trattamento di favore nei confronti dell'imputato assente – al quale veniva concesso l'esilio come attesta Polibio fino a un momento prima dell'ultimo voto che avrebbe sancito la sua condanna<sup>98</sup> – non derogava il principio della condannabilità dell'imputato assente. Solo così ragionando è possibile spiegare – a nostro avviso – sia il principio di condanna dell'assente che parallelamente ai processi comiziali valeva in età repubblicana anche per le *quaestiones publicae*;<sup>99</sup> sia l'esistenza di fonti, delle quali appresso ci occuperemo,<sup>100</sup> le quali contengono giudizi di biasimo nei confronti di condanne contro assenti in età repubblicana: ma esse non possono essere addotte a dimostrazione della necessaria presenza dell'imputato quale condizione di procedibilità del processo comiziale. Si tratta, piuttosto, di fonti capaci di testimoniare che le condanne contro imputati assenti, a partire dal III secolo a.C., venivano avvertite come odiose e inopportune, perché privavano l'assente del suo diritto di difesa, ma non per questo illegittime.

Così ragionando, anche la riflessione di Polibio più volte richiamata assume ancor maggiore pregnanza: il costume dei romani di concedere la via dell'esilio per evitare l'irrogazione di una condanna capitale era da considerare tanto più degno di lode, in ragione del fatto che esso conviveva con la presunzione di colpevolezza dell'imputato assente.

In conclusione, il processo capitale condotto nei confronti di M. Postumio Pirgense fornisce la prima testimonianza di un mutato atteggiamento nei confronti dell'imputato assente in un processo comiziale. Una volta qualificato l'esilio dell'imputato come *iustum exilium* da parte del concilio della plebe, il processo sarebbe stato interrotto ed egli sarebbe stato destinatario di misure alternative alla condanna, come la confisca dei beni e l'*aquae et ignis interdictio*. Si trattava di un atteggiamento garantista nei confronti dell'imputato assente, volto ad eludere il principio della condanna in assenza che non era stato abrogato, ma che non sarebbe più stato applicato nei processi comiziali capitali.

### 3.5. Il processo nei confronti di Cn. Fulvio Flacco.

Un conferma alla nostra ricostruzione proviene dal processo nei confronti di Cn. Fulvio Flacco del 211 a.C.,<sup>101</sup> di un solo anno successivo all'episodio di M. Postumio Pirgense.

Accusato di *perduellio* innanzi al comizio centuriato per la fuga dal campo di battaglia in occasione della sconfitta di Canne,<sup>102</sup> l'ex pretore Cn. Fulvio Flacco avanzò al comizio la

<sup>98</sup> *Supra*, nt. 59.

<sup>99</sup> *Infra*, § 4.

<sup>100</sup> *Infra*, § 4.1.

<sup>101</sup> Sulla datazione del processo vd.: A.H.J. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, 329 s.; O. LICANDRO, *In magistratu damnari* cit., 156 nt. 51 sub i). Recentemente C. PELLOSO, *Provocatio ad populum e poteri magistratuali* cit., 257 nt. 80, ritiene che nei confronti di Gneo Fulvio Flacco venne incardinato un processo politico multaticio innanzi alla plebe, poi convertito durante la fase dibattimentale, su iniziativa del tribuno Sempronio, in un processo popolare con accusa di *crimen perduellionis*.

<sup>102</sup> È lo stesso Livio a legare la storia del processo a carico di Cn. Fulvio alla pesante sconfitta subita dai romani a Canne. Tuttavia, vi è stata non poca incertezza in dottrina circa l'individuazione esatta delle accuse mosse a Cn. Fulvio. Ad esempio R.A. BAUMAN, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg 1967, 30, ritiene che Cn. Fulvio Flacco venne incriminato per la sconfitta contro Annibale a Erdonea. Invero, ci pare che G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*. III. *L'età delle*

richiesta che a patrocinare la sua causa fosse il fratello Q. Fulvio, un personaggio allora molto in vista a Roma per le imprese compiute a Capua.<sup>103</sup> Tuttavia, il senato ritenne che non fosse vantaggioso per la repubblica che Q. Fulvio abbandonasse Capua e rigettò la richiesta.<sup>104</sup>

A questo punto, prima dell'inizio del processo innanzi ai comizi, Cn. Fulvio decise di andare in esilio a Tarquinia e il concilio della plebe qualificò il suo esilio come un *iustum exilium*:

Liv. 26.3.12: *Postquam dies comitiorum aderat, Cn. Fulvius exulatum Tarquinius abiit. id ei iustum exilium esse sciuit plebs.*<sup>105</sup>

Anche nel caso di Cn. Fulvio Flacco<sup>106</sup> l'esilio impedisce la celebrazione del processo e l'irrogazione della condanna capitale;<sup>107</sup> l'esiliato si giova della sottrazione alla repressione

*guerres puniche*, II, Firenze 1968<sup>2</sup>, 459 nt. 28 [445 nt. 28], abbia dimostrato l'impossibilità di legare il processo di *perduellio* nei confronti di Cn. Fulvio alla disfatta di Erdonea, sebbene l'autore ammetta la confusione creata dall'annalistica romana sui veri motivi del processo. Sul punto vd. ancora J. BLEICKEN, *Das Volkstribunat der klassischen Republik*, München 1955, 136 s., il quale anticipa l'episodio al 211 a.C.

<sup>103</sup> Liv. 26.3.10: *Inde alia spes ab reo temptata est, si adesse in iudicio Q. Fulvius frater posset, florens tum et fama rerum gestarum et propinqua spe Capuae potiundae.*

<sup>104</sup> Liv. 26.3.11: *Id cum per litteras miserabiliter pro fratris capite scriptas petisset Fulvius negassentque patres e re publica esse abscedi a Capua.*

<sup>105</sup> Sono fonti minori che informano dell'episodio due passi di Valerio Massimo, nessuno dei quali, tuttavia, può essere fededegno. Val. Max. 2.8.3 attesta che Cn. Fulvio venne processato innanzi ad una *quaestio publica* e venne multato con l'esilio. Qui è evidente l'imprecisione del testo, innanzi tutto nel punto in cui presenta il processo svolto secondo il rito delle *quaestiones publicae* che ancora nel 211 a.C. non era conosciuto a Roma, se si accetta l'opinione largamente dominante secondo la quale la prima *quaestio publica*, sebbene non permanente, venne creata nel 149 dalla *lex Calpurnia de repetundis*. Inoltre, non è giuridicamente ammissibile neppure la multa all'esilio, sia perché le multe erano pecuniarie, sia perché l'esilio venne configurato come pena legale solo a partire dalla *lex Tullia de ambitu* del 63 a.C. (*supra*, nt. 44). L'altro passo è Val. Max. 8.4.3, in cui si narra di una condanna subita da Cn. Fulvio Flacco, nonostante la mancata confessione del suo schiavo Filippo: ma nessun elemento è capace di ricondurre questa notizia proprio al processo del 211 a.C.

<sup>106</sup> B. SANTALUCIA, *La repressione penale e le garanzie del cittadino [in età repubblicana]*, in A. MOMILIANO, A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma*, II. *L'impero mediterraneo*, 1. *La repubblica imperiale*, Torino 1990, 535 ss. (= *Altri studi di diritto penale romano cit.*, 40 nt. 10, paginazione che abbiamo seguito), ricorda il caso di Cn. Fulvio Flacco quale esempio di abbandono della città da parte dell'imputato in attesa di giudizio, comportamento che lo sottraeva alla repressione criminale, perché in virtù di una antica regola consuetudinaria, il volontario esilio – intervenuto prima che l'assemblea avesse pronunciato la sentenza – consentiva di evitare la pena. All'abbandono della città seguiva l'*aquae et ignis interdictio*, in forza della quale l'esule veniva privato di tutti i suoi beni ed escluso dalla comunità cittadina. Sul processo nei confronti di Cn. Fulvio Flacco vd. ancora: G.W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies cit.*, 249 s., il quale giustamente nota come l'accusato evitò il processo andando in esilio; G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium» cit.*, 189-191, ad avviso del quale la mancata proposta di *interdictio* in questo caso sarebbe da riportare ad un presunto contrasto tra i tribuni della plebe ed il popolo (ma sul punto vd. la nota seguente); B. SANTALUCIA, *I tribuni e le centurie cit.*, 56; G.P. KELLY, *A History of Exile cit.*, 177 s.

<sup>107</sup> Le nostre conclusioni divergono dal risultato al quale perviene G.P. KELLY, *A History of Exile cit.*, 75 ss., secondo il cui parere il plebiscito di *iustum exilium* non era un impedimento alla condanna in assenza, piuttosto esso sarebbe servito a legalizzare l'assenza e a rendere possibile una condanna *in absentia*, a causa del fatto che l'imputato aveva rifiutato di valersi del diritto di difendersi in giudizio.

criminale a Roma. Nei suoi confronti la plebe emette il plebiscito di *iustum exilium* e, se anche la fonte non lo dice espressamente, è lecito credere che questo atto di competenza plebea, fu prodromico all'adozione delle misure sostitutive della condanna capitale, prima fra tutte l'*aquae et ignis interdictio* che, sebbene non menzionata, è lecito credere che venne adottata.<sup>108</sup>

Gli episodi trattati negli ultimi due paragrafi<sup>109</sup> dimostrano che l'esilio, evolutosi da una semplice prassi ad un vero e proprio *ius (exilii)* nel corso del III secolo a.C., ha inciso sul trattamento dell'imputato assente nel processo criminale comiziale.<sup>110</sup>

L'assenza dell'imputato qualificata *exilica causa* – anche se avvertita quale implicita ammissione di colpevolezza – avrebbe determinato l'interruzione del processo comiziale capitale e la irrogazione di misure sostitutive della condanna. A cominciare dal plebiscito di *iustum exilium* che, certificando la posizione dell'esule come conforme al diritto, avrebbe posto l'imputato in una condizione giuridica separata da quella di tutti gli altri *cives* e, per quello che a noi interessa, avrebbe interrotto la repressione criminale nei suoi confronti. L'*aquae et ignis interdictio*, inoltre, 'impedendo' il ritorno dell'esule in patria avrebbe garantito per sempre, a meno di successiva *excusatio*,<sup>111</sup> l'allontanamento del reo dalla comunità.

Ciò non vuol dire, tuttavia, che il principio della condanna dell'assente sia stato superato, ma solo che esso non risulta essere stato più applicato dopo il III secolo a.C.; e proprio questa speciale garanzia per i *cives* romani, che avrebbero potuto servirsi dell'esilio per sottrarsi ad una condanna ancora da irrogare (ma anche già irrogata) avrebbe attirato l'attenzione di Polibio. Lo storico l'avrebbe sottolineata, proprio perché si trattava di una garanzia di aver salva la vita di cui ogni *civis* si sarebbe giovato, anche se assente in processo, e nonostante l'assenza fosse ancora in età repubblicana equiparata ad una implicita ammissione di colpevolezza.

Così ragionando possiamo meglio spiegare come mai nel concomitante processo *per quaestiones* di età repubblicana vigesse il principio della condanna dell'imputato assente (a meno che il presidente della *quaestio* non autorizzasse l'esilio)<sup>112</sup> parallelamente a quanto accadeva nel processo comiziale.

Seguendo il nostro ragionamento alla luce della chiave di lettura proposta, si possono giustificare due fonti che a torto sono state addotte per sostenere che l'imputato assente non potesse essere condannato nei processi criminali di età repubblicana: al contrario, noi siamo convinti che l'assenza dell'imputato non impediva affatto la condanna solo che, garantendo il *ius exilii* ad ogni *civis* di evitare l'esecuzione di una sentenza di condanna capi-

<sup>108</sup> In questo senso vd. M.V. LEDNEVA, *La confisca dei beni* cit., 75 e E.L. GRASMÜCK, *Exilium* cit., 90 ss. Similmente, crediamo che pensi all'irrogazione della misura della *interdictio* A.H.J. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time* cit., 330, quando scrive che oltre al plebiscito di *iustum exilium* dovette essere anche adottata l'accusa formale di 'fuori legge' a carico di Cn. Fulvio.

<sup>109</sup> Correttamente, a nostro avviso, secondo C.H. BRECHT, *Perduellio* cit., 107 s. nt. 5, i processi ai danni di M. Postumio Pirgense e Cn. Fulvio Flacco sono accomunati dal profilo dell'interruzione causata dall'esilio dell'imputato.

<sup>110</sup> Il profilo del passaggio dall'*exilium* al *ius exilii* è specificamente indagato da G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 118 ss.; ID., *L'esclusione dalla città* cit., 17 ss.

<sup>111</sup> TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 71 s. nt. 2.

<sup>112</sup> G. CRIFÒ, *L'esclusione dalla città* cit., 22 ss., ricorda che il presidente della *quaestio* poteva consentire o meno al condannato di andare in esilio, a seconda anche che fosse un cittadino di una certa rinomanza o condizione sociale.

tale, la condanna di un assente cominciò ad essere avvertita come odiosa e deprecabile, sebbene pur sempre lecita.

#### 4. LA CONDANNA DELL'ASSENTE NEL PROCESSO *PER QUAESTIONES*.

Il principio della condanna dell'imputato assente è ampiamente attestato dalle fonti in materia di *iudicia publica legitima*. A tal proposito, prima di analizzarle, giova segnalare che la dottrina romanistica ha evidenziato sotto il punto di vista procedurale la compatibilità della procedura *per quaestiones* con l'assenza dell'imputato.

Prendiamo le mosse da un rilievo di Carlo Venturini il quale, in occasione del commento della linea 19 della *lex Acilia repetundarum* ha segnalato che l'assenza dell'imputato non avrebbe impedito la regolare instaurazione del processo: invero, la procedura descritta nella legge della *Tabula Bembina* poteva svilupparsi a prescindere da ogni comportamento attivo da parte dell'imputato.<sup>113</sup>

È stato, in seguito, merito di Dario Mantovani<sup>114</sup> avere portato all'attenzione della comunità scientifica un passo di Plutarco,<sup>115</sup> relativo agli atti introduttivi del processo nelle *quaestiones* in età graccana. Orbene, con specifico riferimento alle modalità di citazione dell'imputato, secondo le condivisibili conclusioni dello studioso, il passo attesta che, una volta emesso l'ordine di comparire in un dato giorno, si procedeva all'appello nominativo e, in caso di mancata risposta dell'accusato, si disponeva un rinvio verosimilmente al giorno d'udienza immediatamente successivo. All'alba di quel giorno, il trombettiere si sarebbe recato davanti alla porta dell'imputato per chiamarlo in giudizio e, in caso di mancata risposta all'invito a comparire da parte dell'accusato, i giudici avrebbero potuto emettere il loro verdetto in assenza dell'imputato.

Si deve a Mariangela Ravizza, infine, l'aver dimostrato la piena legittimità della *nominis receptio in absentia rei* nei *iudicia publica legitima*,<sup>116</sup> per i quali valeva solo un divieto di

<sup>113</sup> *Lex fortasse Acilia repetundarum* 19 [FIRA, 89 s.]: *in ius eductio nomenque eius deferto; sei deiuraue-rit calumniae causa non postulare, is praetor nomen recipito facitque*. Non abbiamo riscontrato variazioni significative (a parte la sostituzione di *iudex* con *praetor*) nella recente edizione critica di M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, London 1996, 67. Sulla fonte vd., per tutti, C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum»* cit., 136, il quale sottolinea che dal testo si arguisce come l'*in ius eductio* non consistesse nel dovere dell'accusatore di presentare materialmente l'accusato innanzi al pretore. Del resto, la presenza dell'imputato non era indispensabile alla instaurazione del processo; in assenza dell'imputato avrebbe avuto luogo la *nominis receptio* e l'accusato non avrebbe concorso con l'accusatore nella scelta del collegio giudicante. La l. 19 della *lex Acilia* è inoltre presa in esame da B. SANTALUCIA, *Nominis delatio e interrogatio legibus: un'ipotesi*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Fides humanitas ius. Studii in onore di L. Labruna*, Napoli 2007, 4491-5005 (= *Altri studi di diritto penale romano* cit., 229 s., paginazione che abbiamo seguito), sotto il profilo dei rapporti tra *in ius eductio* e *nominis delatio*, la prima finalizzata al compimento della seconda.

<sup>114</sup> D. MANTOVANI, *Caio Gracco e i ΔΙΚΑΣΤΑΙ di Plut. C. Gr. 3.7* cit., 25 ss.

<sup>115</sup> Plut., *C. Gr.* (24).3.7: *Καίτοι πάτριόν ἐστιν ἡμῖν, εἴ τις ἔχων δίκην θανατικὴν μὴ ὑπακούει, τούτου πρὸς τὰς θύρας ἔωθεν ἐλθόντα σαλπικτὴν ἀνακαλεῖσθαι τῇ σάλπιγγι, καὶ μὴ πρότερον ἐπιφέρειν ψῆφον αὐτῷ τοὺς δικιστάς. Οὕτως εὐλαβεῖς καὶ πεφυλαγμένοι περὶ τὰς κρίσεις ἦσαν. Di seguito la traduzione di Gabriele Marasco per i *Classici Greci, Vite di Plutarco*, 5, Utet, Torino 1994, 937: Eppure è nostra usanza tradizionale che, se qualcuno è accusato di un delitto capitale e non compare in tribunale, un trombettiere, recatosi fin dall'alba alla sua porta, lo chiami con la tromba e che i giudici non possano pronunciare prima la sentenza. A tal punto i nostri antenati erano prudenti e cauti nei giudizi!*

<sup>116</sup> M. RAVIZZA, *Nominis receptio in absentia rei* cit., 77-86 e specialmente 84. La ammissibilità della

*inscriptio inter reos* degli assenti *rei publicae causa*, secondo il disposto di una *lex Memmia de absentibus* – la cui portata generale, peraltro, è stata messa in dubbio con fondati argomenti da parte della stessa studiosa<sup>117</sup> – e ai sensi del capitolo settimo della *lex Iulia de adulteriis*, secondo una testimonianza di Ulpiano.<sup>118</sup>

Del resto, alla luce dei risultati appena riferiti cui è pervenuta la dottrina romanistica, deve essere corretta la tesi di Wolfgang Kunkel,<sup>119</sup> secondo il quale la mancata sottoposizione dell'accusato all'*interrogatio legibus* avrebbe impedito la *nominis receptio*. Piuttosto, appurato che la *nominis receptio* poteva legittimamente essere disposta anche *in absentia rei*, occorre credere che la posizione dell'accusato assente all'*interrogatio* fosse identica a quella dell'accusato che non contestava la verità dei fatti addebitatigli: in entrambi i casi egli sarebbe stato considerato colpevole.<sup>120</sup>

Sulla base riflessioni appena svolte, non possono stupire i numerosi casi di processi condotti secondo il rito delle *quaestiones* anche nei confronti di assenti e conclusi con una loro condanna.<sup>121</sup>

persecuzione dell'assente nel sistema delle *quaestiones* è sostenuta da: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 172 nt. 229; D. MANTOVANI, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio* cit., 586.

<sup>117</sup> M. RAVIZZA, *Sulla pretesa «lex Memmia de absentibus»*, in *Labeo* 47, 2001, 185-208, secondo la quale la *lex Memmia* avrebbe previsto un esonero dal processo a favore degli assenti per ragioni di stato solo per la *quaestio de incestu* che essa istituiva. Della *lex Memmia de absentibus* informa Val. Max. 3.7.9, passo oggetto di esame da parte di: G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* cit., 321, il quale contrassegna la detta legge con un eloquente punto interrogativo; E.S. GRUEN, *The last generation of Roman Republic*, Oxford 1974 (rist.1995) 292 nt. 123; B. SANTALUCIA, *Ancora in tema di nominis delatio*, in *Labeo* 44, 1998, 462 ss. (= *Altri studi di diritto penale romano* cit., 224 s.); O. LICANDRO, *In magistratu damnari* cit., 282-306.

<sup>118</sup> D. 48.5.16(15).1-2 (Ulp. 2 de adult.): *Legis Iuliae de adulteriis capite septimo ita cavetur: NE QUIS INTER REOS REFERAT EUM, QUI TUM SINE DETRACTATIONE REI PUBLICAE CAUSA ABERIT, neque enim aequum visum est, absentem rei publicae causa inter reos referri, dum rei publicae operatur. 2. Necessario adiicitur: sine detractatione; ceterum si quis evitandi criminis id egit, ut rei publicae causa abesset, nihil illi commentum hoc proficiat*. Quel che è certo è che in età classica si generalizzò il divieto di persecuzione criminale nei confronti degli assenti *rei publicae causa*, come prova un passo di Venuleio Saturnino nel quale si esclude che un magistrato assente per ragioni di stato possa essere messo sotto accusa: D. 48.2.12 pr. (Ven. 2 de iud. pub.): *item magistratum populi Romani eumve, qui rei publicae causa afuerit, dum non detractandae legis causa abest*.

<sup>119</sup> W. KUNKEL, v. 'Quaestio' cit., 756 ss.

<sup>120</sup> Per la soccombenza dell'accusato che, sottoposto ad *interrogatio legibus*, non avesse contestato gli addebiti, vd. B. SANTALUCIA, *Le formalità introduttive del processo per quaestiones tardo-repubblicane*, in *La repressione criminale* cit., 104, con specifico riferimento al *crimen repetundarum*.

<sup>121</sup> Liv. 29.36.11 riferisce di una *quaestio ex senatus consulto* conclusasi con la condanna di alcuni assenti, una volta assunte le prova della loro colpevolezza. Similmente, anche in occasione della celebre *quaestio de Bacchanalibus* del 186 a.C., di cui informa Liv. 39.17.1-2, si dispose da parte del console incaricato di *quaerere extra ordinem* che coloro i quali si fossero resi irreperibili e non avessero risposto alla citazione sarebbero stati condannati da assenti. Ps. Asc., *In Mil.* 54 [STANGL, 45.17-18] attesta che *Milone reus ambitus ... absens damnatus est*. Milone sarebbe stato condannato in seguito da assente anche innanzi alla *quaestio de vi*, cf. O. LICANDRO, *In magistratu damnari* cit., 306 nt. 137. Dio Cass. 37.41 riferisce dei processi per *quaestiones* celebrati nei confronti dei seguaci di Catilina che si conclusero con la condanna tanto dei presenti quanto degli assenti. Ancora ai tempi di Augusto si segnala un temperamento che presuppone proprio il principio della condannabilità degli assenti nei *iudicia publica legitima*: Dio Cass. 54.3-6 testimonia una legge voluta da Augusto, e votata nel 22 a.C., che aboliva il voto segreto nei processi a carico di assenti e imponeva che costoro fossero condannati all'unanimità dai giudici. Sempre

Tra essi, assume un particolare rilievo ai nostri fini il processo provinciale ai danni di Stenio, del quale Cicerone fornisce un dettagliato resoconto nelle Verrine.<sup>122</sup>

Già condannato in precedenza da assente ad una pena pecuniaria,<sup>123</sup> Stenio venne anche accusato di un crimine capitale da un tale Pacilio, che aveva accettato l'invito di Verre, il quale aveva promesso che avrebbe effettuato la *nominis receptio* anche in assenza dell'accusato.<sup>124</sup> Effettuata la *nominis receptio in absentia rei* e invitato Stenio a comparire<sup>125</sup> Verre, nonostante l'assenza sia dell'accusatore sia dell'accusato (Stenio appunto), non ha difficoltà a pronunciare una sentenza di condanna: Cic., *In Verr.* 2.2.40.99: *Itaque fecit ut exitus principio simillimus reperiretur: quem absentem reum fecerat, eum absente accusatore condemnat.*

A questo punto Cicerone osserva che se Verre si fosse difeso di fronte all'ipotetica accusa di avere condannato un assente dicendo che in provincia nessuna legge vieta la *receptio nominis inter reos* di un assente, la sua sarebbe stata una difesa *mala et improba*, ma pur sempre una difesa, diremmo legittima sul piano giuridico:

Cic., *In Verr.* 2.2.41.101: *Nam si ita defenderet, «Recipi nomen absentis licet; hoc fieri in provincia nulla lex vetat», mala et improba defensione, verum aliqua tamen uti videretur.*

Ci pare<sup>126</sup> che anche l'episodio di Stenio possa concorrere a dimostrare, sebbene con specifico riferimento all'ambito provinciale, che l'incriminazione e la condanna contro gli

con riferimento ad Augusto, apprendiamo da Suet., *Aug.* 10 che egli decise di perseguire gli uccisori di Bruto e Cassio, anche se costoro si erano dati alla fuga (*reosque caedis absentis deferre statuit*). Infine, la *lex Pedia* del 43 a.C., come apprendiamo da diverse fonti (Plut., *Brut.* 27.4; Dio Cass. 46.48.2-3; App., *bell. civ.* 3.14.95), dispose la condanna dei cesaricidi anche se assenti.

<sup>122</sup>Nei paragrafi compresi tra Cic., *In Verr.* 2.2.35.86 e 2.2.47.118. Un dettagliato resoconto di questo processo in: E. COSTA, *Cicerone giureconsulto* cit., 65 nt. 1; M.G. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano 1964, 37 ss.; L. MAGGIO, *Processo criminale e giudici locali nella Sicilia dell'età ciceroniana*, in *Labeo* 39, 1993, 247 ss.; M. RAVIZZA, *Nominis receptio in absentia rei* cit., 79 ss.

<sup>123</sup>Cic., *In Verr.* 2.2.38.93: *Itaque tantum verbo posuit, Sacerdote praetore Sthenium litteras publicas corrupisse. Vix ille hoc dixerat cum iste pronuntiat STHENIUM LITTERAS PUBLICAS CORRUPISSE VIDERI; et hoc praeterea addit homo Venerius novo modo nullo exemplo, OB FAM REM HS D VENERI ERYCINAE DE STHENI BONIS SE EXACTURUM, bonaque eius statim coepit vendere; et vendidisset, si tantulum morae fuisset quo minus ei pecunia illa numeraretur.*

<sup>124</sup>Cic., *In Verr.* 2.2.38.94: *Ea posteaquam numerata est, contentus hac iniquitate iste non fuit; palam de sella ac tribunali pronuntiat, Si QUIS ABSENTEM STHENIUM REI CAPITALIS REUM FACERE VELLE, SESE EIUS NOMEN RECEPTURUM, et simul ut ad causam accederet nomenque deferret, Agathinum, novum adfinem atque hospitem, coepit hortari. Tum ille clare omnibus audientibus se id non esse facturum, neque se usque eo Sthenio esse inimicum ut eum rei capitalis adfinem esse diceret. Hic tum repente Pacilius quidam, homo egens et levis, accedit; ait, si liceret, absentis nomen deferre se velle. Iste vero et licere et fieri solere, et se recepturum; itaque defertur; edicit statim ut Kalendis Decembribus adsit Sthenius Syracusis.*

<sup>125</sup>Cic., *In Verr.* 2.2.40.97: ... *mane Kalendis Decembribus, ut edixerat, Sthenium citari iubet.* Anche la richiesta avanzata dalle comunità siciliane per mezzo dei consoli al senato affinché si vietasse in provincia la *nominis receptio in absentia rei* per delitti capitali dimostra che in provincia era possibile iscrivere nella lista degli accusati anche gli assenti: Cic., *In Verr.* 2.2.42.103: *Dicit praeterea testimonium tota Sicilia, quae in communibus postulatis civitatum omnium consulibus edidit, rogare atque orare patres conscriptos ut statuerent ne absentium nomina reciperentur.*

<sup>126</sup>Insieme con: M. WŁASSAK, *Anklage und Streitbefestigung* cit., 56 nt. 12; G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 179 nt. 190; M. RAVIZZA, *Nominis receptio in absentia rei* cit., 85 s.

imputati assenti in età repubblicana era pienamente legittima sul piano giuridico, ma biasimevole e deprecabile sotto quello morale, specie nel caso dei provinciali i quali, a differenza dei *cives*, non avevano la possibilità di sfuggire alla condanna andando in esilio.<sup>127</sup>

4.1. Né Cic., *de domo* 29.77 e 33.88, né Cic., *Phil.* 2.23.56 possono dimostrare che la presenza dell'imputato occorresse alla celebrazione dei processi criminali in età repubblicana.

Alla luce del quadro appena delineato, non crediamo che due passi di Cicerone si possano addurre per dimostrare che la presenza dell'imputato fosse necessaria ai fini della instaurazione del processo *per quaestiones*.<sup>128</sup>

Cominciamo da due passaggi dalla *de domo sua ad pontifices oratio*,<sup>129</sup> dai quali si è desunto che il celebre esilio di Cicerone, avvenuto nel marzo del 58 a.C.,<sup>130</sup> sarebbe stato volto ad impedire, in virtù dell'assenza dell'imputato, l'instaurazione di un processo criminale, legittimato dalla *lex Clodia de capite civis*<sup>131</sup> oggetto di imminente approvazione da parte dei comizi:

Cic., *de domo* 29.77: *Esto, non fuit in me poena ulla peccati; at fuit iudicii. Cuius? quis me unquam ulla lege interrogavit? quis postulavit? quis diem dixit? Potest igitur damnati poenam sustinere indemnatus?* rell.

Cic., *de domo* 33.88: *Nunc vero cum me in iudicium populi nemo omnium vocarit, condemnari non potuerim qui accusatus non sim* rell.

<sup>127</sup> Sotto questo profilo vd. M. RAVIZZA, *Nominis receptio in absentia rei*, 84. Sulla possibilità nelle *quaestiones* di esercitare l'esilio da parte dei cittadini vd. *supra* nt. 112.

<sup>128</sup> Secondo E. COSTA, *Cicerone giureconsulto* cit., 77 e nt. 6, le testimonianze che conservano il ricordo di processi intentati contro assenti sarebbero da considerare eccezioni rispetto ad una pratica normale. G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 238, sostiene che non venne celebrato alcun processo contro Cicerone proprio a causa della sua assenza dovuta all'esilio volontario. Pur senza citare i nostri passi anche F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano* cit., 98, sostiene l'esistenza di un principio caratteristico dell'età repubblicana che vietava di procedere contro gli assenti.

<sup>129</sup> Pronunciata innanzi al collegio dei pontefici il 29 o 30 settembre del 57 a.C. subito dopo il ritorno di Cicerone dall'esilio. Si tratta di un discorso volto a gettare discredito sull'operato e sulla persona di Publio Clodio, che era riuscito a fare bandire Cicerone da Roma e aveva saccheggiato la sua casa sul Palatino; inoltre, per impedire che l'oratore ne tornasse in possesso, Clodio aveva fatto consacrare il suolo su cui sorgeva l'abitazione erigendovi un tempio dedicato alla dea *Libertas*. Cicerone si trova allora costretto a perorare la sua causa innanzi al collegio dei pontefici, i giudici delle controversie di contenuto religioso.

<sup>130</sup> Sull'esilio di Cicerone, senza pretese di completezza, vd.: C. VENTURINI, *I 'privilegia' da Cicerone ai romanisti*, in SDHI 61, 1990, 156 ss. (= *Processo penale* cit., 239 ss.); ID., *Il civis tardo repubblicano tra quaestiones e iudicia populi* cit., in *Processo penale* cit., 313 ss.; ID., *L'esilio di Cicerone tra diritto e compromesso politico*, in *Studi in onore di A. Metro*, VI, Milano 2010, 427 ss. [= F. PROCCHI, C. TERRENI (a cura di), *Scritti di diritto penale romano*, II, Padova 2015, 833 ss.]; W. STROH, *De Domo Sua. Legal Problem and Structure*, in *Cicero the Advocate*, J. Powell, J. Paterson ed., Oxford 2004, 313-370; B. SANTALUCIA, *Nominis delatio e interrogatio legibus*, in *Altri studi di diritto penale romano* cit., 239.

<sup>131</sup> La quale comminava l'esilio a chiunque avesse messo a morte un cittadino romano senza processo; la legge si sarebbe applicata a Cicerone per la vicenda della condanna dei catilinari, che era stata comminata senza concedere loro la *provocatio ad populum*.

Siamo convinti che dai passi di Cicerone e, più in generale, dal contesto dell'intera orazione, si possa desumere il contrario: Cicerone avrebbe anche sopportato di essere esiliato, ma non per mezzo della *lex Clodia de exilio Ciceronis*, definita un *nefarium privilegium* o una leggina (*versiculis*),<sup>132</sup> quanto piuttosto a conclusione di un *iudicium*<sup>133</sup> che, come ormai sappiamo, nel caso degli esiliati non si sarebbe celebrato e concluso con una condanna alla pena capitale, ma si sarebbe concluso con l'irrogazione dell'*aquae et ignis interdictio*, in seguito alla scelta del condannato di andare in esilio.<sup>134</sup>

Proprio a questa circostanza ci pare si riferisca Cicerone, nel primo dei testi trascritti, con la domanda retorica se sia possibile irrogare ad un non condannato la pena che spetta al condannato; similmente, da entrambi i testi, il primo relativo alle *quaestiones*,<sup>135</sup> il secondo al *iudicium populi*, Cicerone sottolinea che nessuna citazione è avvenuta nei suoi confronti e, quindi, non essendo stato instaurato alcun processo criminale, nessuna condanna sarebbe potuta intervenire: di conseguenza, l'esilio e la confisca dei beni previsti dalla *lex Clodia de exilio Ciceronis* devono essere considerati illegittimi.

Piuttosto, leggeremmo tra le righe del ragionamento di Cicerone quasi un auspicio all'instaurazione del processo nei suoi confronti, anche se assente da Roma: l'infrazione di un *iustum exilium* e dell'*aquae et ignis interdictio*, come ad ogni esiliato accusato di un crimine capitale, sarebbero almeno state legittime.

Del resto, se fra le cautele a garanzia stabilite dai *maiores* fosse stata presente anche quella che vietava di accusare o condannare gli assenti, crediamo che Cicerone non avrebbe mancato di menzionarla, ed invece questo non accade in uno squarcio dell'orazione dedicato proprio a questo tema.<sup>136</sup>

Il ragionamento di Cicerone, nel contesto del discorso che stiamo sviluppando, risulta coerente e giuridicamente ineccepibile. Inoltre, notiamo che l'episodio dell'esilio di Cicerone potrebbe addirittura essere addotto a sostegno della tesi che in età repubblicana gli imputati assenti potevano essere condannati in virtù di un principio mai abrogato, se si volesse dare credito ad un'altra tradizione, per vero assai malferma, formatasi sull'esilio di Cicerone: secondo quest'altra ricostruzione dei fatti, l'Arpinate sarebbe stato condannato proprio in assenza.<sup>137</sup>

<sup>132</sup> Cic., *de domo* 17.44: *Vetant leges sacratae, vetant XII tabulae leges privatis hominibus inrogari; id est enim privilegium. Nemo umquam tulit; nihil est crudelius, nihil perniciosius, nihil quod minus haec civitas ferre possit. Proscriptionis miserrimum nomen illud et omnis acerbitas Sullani temporis quid habet quod maxime sit insigne ad memoriam crudelitatis? Opinor poenam in civis Romanos nominatim sine iudicio constitutam. hanc vos igitur, pontifices, iudicio atque auctoritate vestra tribuno plebis potestatem dabit, ut proscribere possit quos velit? Quaero enim quid sit aliud <nisi> proscribere VELITIS IVBEATIS VT M. TVLLIUS IN CIVITATE NE SIT BONAQUE EIVS VT MEA SINT: ita enim re, etsi aliis verbis, tulit. Hoc plebei scitum est? haec lex, haec rogatio est? hoc vos pati potestis, hoc ferre civitas, ut singuli cives singulis versiculis e civitate tollantur?*

<sup>133</sup> Il quale avrebbe potuto condurre alla pena dell'esilio, dopo la *lex Tullia de ambitu*, cfr. *supra* nt. 44. L. FANIZZA, *Privilegia ne inroganto. Percorsi tra Cicerone e Ulpiano*, in IAH 7, 2015, 72 s., ha di recente sostenuto che Cicerone sarebbe stato esiliato *sine iudicio*.

<sup>134</sup> Cic., *de domo* 18.47: *At quid tulit legum scriptor peritus et callidus? VELITIS IVBEATIS VT M. TVLLIO AQVA ET IGNI INTERDICATUR? Crudele, nefarium, ne in sceleratissimo quidem civi sine iudicio ferendum!*

<sup>135</sup> Rinviato a B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 166 nt. 202 e 168 nt. 207, per il significato assunto in *de domo* 29.77 dei verbi *interrogare* e *postulare* quali sinonimi di *accusare*.

<sup>136</sup> Cic., *de domo* 17.45: *Nam cum tam moderata iudicia populi sint a maioribus constituta, primum ut ne poena capitis cum pecunia coniungatur, deinde ne improdicta die quis accusetur, ut ter ante magistratus accuset intermissa die quam multam inroget aut iudicet, quarta sit accusatio trinum nundinum producta die, quo die iudicium sit futurum, tum multa etiam ad placandum atque ad misericordiam reis concessa sunt.*

<sup>137</sup> Le fonti, per vero generiche, che paiono alludere ad una condanna giudiziaria subita da Cicerone sono: Dio Cass. 46.11.3 e Plut., *Cic.* 30.6, testi che potrebbero essere addotti a sostegno di una diversa

4.1.1. L'altro passo al quale accennavamo all'inizio del § 4.1. e che è stato addotto<sup>138</sup> a sostegno della tesi che la presenza dell'accusato fosse necessaria per instaurare un processo criminale in età repubblicana è:

Cic., *Phil.* 2.23.56: *Restituebat multos calamitosos ... Quam attulisti rationem populo Romano, cur eum restitui oporteret? Absentem, credo, in reos relatum; rem indicta causa iudicatam; nullum fuisse de alea lege iudicium* rell.

Narrando del tribunato di Antonio (§§ 51-61) dell'anno 49 a.C., Cicerone racconta dell'uso distorto del diritto di veto da parte di costui in qualità di tribuno della plebe, e dei numerosi annullamenti di condanne che Antonio aveva disposto.

A questo proposito, si fa riferimento alla condanna *de alea* subita da un certo Licinio Denticola e che Antonio ha fatto annullare sulla base di una motivazione non attinente al capo di imputazione, ossia che si trattava di un uomo onesto e di un bravo cittadino, senza addurre alcuno dei motivi che avrebbero legittimato l'annullamento della condanna in questione. Ora, tra questi motivi compare proprio l'assenza dell'accusato al momento dell'incriminazione (*Absentem, credo, in reos relatum*), considerazione che potrebbe far credere al fatto che l'assenza dell'accusato avrebbe impedito la sua persecuzione e la condanna.

Tuttavia, nel passo noi leggeremmo semplicemente il giudizio di biasimo e riprovazione, simile a quello formulato per il caso di Stenio (§ 4), con cui venivano accompagnate in età repubblicana le condanne contro gli assenti. E allora, una eventuale *restitutio in integrum* di un soggetto condannato da assente, poteva essere motivata facendo ricorso non alla illegittimità della condanna, ma all'inopportunità dovuta al fatto che l'imputato, in quanto assente, non avrebbe potuto esercitare il diritto alla difesa.<sup>139</sup>

## 5. LA DISCIPLINA DELL'ASSENZA NELLE *COGNITIONES EXTRA ORDINEM* DI PRIMO SECOLO.

All'alba dell'età classica, dunque, il diritto romano conosce il principio della condanna dell'imputato assente nel processo criminale, salva la via dell'esilio che ogni *civis* avrebbe potuto scegliere per evitare l'irrogazione della condanna capitale, e salva l'assenza *rei publicae causa*, ossia una causa impeditiva dell'incriminazione che nell'ultimo secolo della repubblica comincia a farsi strada tra le leggi istitutive di *quaestiones publicae*.

Alla luce di quanto detto, allora, le notizie a nostra disposizione circa l'automatica con-

ricostruzione dei fatti, sulla base della considerazione che nell'orazione *de domo* Cicerone avrebbe anche potuto decidere di presentare i fatti in modo artificioso. Tuttavia, si consideri che il punto che a noi maggiormente interessa, e relativo all'assenza di processo ai danni di Cicerone, viene confermato, anche se dallo stesso protagonista di quei fatti, in: Cic., *pro Sest.* 30.65 e 34.73; *de leg.* 3.17.45. La tradizione per la quale Cicerone subì una condanna in assenza è valorizzata di recente da R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 157 s. e nt. 109, secondo il quale il concilio della plebe condannò Cicerone all'*aquae et ignis interdictio* in esito ad un processo al quale l'Arpinate non avrebbe partecipato. Una specifica critica all'idea che Cicerone sia stato citato in un giudizio popolare o *per quaestiones* è presente in A.W. ZUMPT, *Das Criminalrecht der römischen Republik* cit., 420.

<sup>138</sup> Dagli autori citati *supra*, nt. 128.

<sup>139</sup> D. MANTOVANI, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio* cit., 586 nt. 98, richiama il nostro passo per dire che a Roma l'accusa di un assente che non poteva scusare l'assenza per ragioni di stato era lecita, ma sconveniente, tanto che l'accusa a carico di un assente poteva essere addotta a sostegno di una richiesta di *restitutio in integrum*. Sul passo, vd. inoltre: TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 335 nt. 3; G. ZANON, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato*, Padova 1998, 26 nt. 13.

danna dell'assente nei processi criminali *extra ordinem* del primo principato non possono destare stupore: nelle *cognitiones extra ordinem*, molto probabilmente, erano stati recepiti i principi già elaborati e validi nei processi comiziali e nei *iudicia publica legitima*.<sup>140</sup>

Siamo informati, in particolare, dell'operato degli imperatori: Claudio, Nerone e Domiziano.

Quanto al primo, sappiamo che egli sentenziava con molta facilità contro gli assenti e in favore della parte presente, senza distinguere se l'assenza fosse dovuta a colpa o ad altra necessità.<sup>141</sup> Ciò corrisponde al contenuto dell'*edictum incerti imperatoris de praefinitione temporum circa appellationes in criminalibus causis*,<sup>142</sup> da attribuire a Nerone,<sup>143</sup> il quale ricorda, però, un precedente provvedimento del padre Claudio in cui si sarebbe stabilito

<sup>140</sup> I punti di intersezione tra la repressione criminale repubblicana e quella del principato sono ben messi in luce da G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in ANRW 14.2, Berlin-New York, 1982, 722 ss. [= *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli 1985, 731 ss., paginazione che abbiamo seguito].

<sup>141</sup> Suet., *Claud.* 15.2: *Absentibus secundum praesentes facillime dabat, nullo delectu, culpae quis an aliqua necessitate cessasset*. Nella stessa linea di condotta si colloca un altro passo di Svetonio nel quale si descrive Claudio condannare alla *relegatio* uno scriba questorio e un senatore uscito dalla pretura, senza neanche averli sentiti: Suet., *Claud.* 38: *Item scribam quaestorium, itemque praetura factum senatorem inauditus et innoxios relegavit*.

<sup>142</sup> BGU, II, 628 r, ll. 11-13 [FIRA, I, 453 = MITTEIS, *Chrestomatie*, 2, n. 371]: ... *scirent fore u[st] al[te]ra parte audita ser[v]aret[u]r sententia aut [sec]undum praesentem pronunti[a]retur ...*. Dell'editto abbiamo conferma attraverso Dio Cass. 60.28.6-8, passo in cui lo storico informa che la quantità di processi aveva assunto un numero elevatissimo, e coloro che si aspettavano di perdere neppure si presentavano in giudizio, così, Claudio emise un editto con cui annunciava che avrebbe deciso contro costoro, anche in loro assenza.

<sup>143</sup> Sulla fonte papiracea vd.: É. CUQ, *Trois nouveaux documents sur les cognitiones casariennes*, in NRH-DFE 23, 1899, 111-116; C. FERRINI, *Sulla condanna degli imputati assenti nel diritto penale romano* cit., 183 ss.; A.A. SCHILLER, *The First Edict of BGU II 628 Recto*, in *The Classical Tradition: Literary and Historical Studies in Honor of Harry Caplan*, New York 1966, 293; U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano 1965, 76 s.; O. MONTEVECCHI, *La papirologia*, Torino 1973, 126, con attribuzione del provvedimento a Nerone; G. PURPURA, *Il papiro BGU 611 e la genesi del SC Turpilliano*, in AUPA 36, 1976, 228 ss.; ID., *Edictum Neronis de praefinitione temporum circa appellationes in criminalibus causis*, (FIRA I, 91), in G. PURPURA (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (FIRA). Studi preparatori. I. Leges*, Torino 2012, 523-534, con postilla bibliografica; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*<sup>7</sup>, rist. anast., Napoli 1984, 267; L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 114 ss. e nt. 171; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia* cit., 232, la quale propende ad attribuire l'editto contenuto nel papiro a Nerone o Traiano; P. BUONGIORNO, *Senatusconsulta claudiana temporibus facta. Una palinogenesi delle deliberazioni senatorie dell'età di Claudio (41-54 d.C.)*, Napoli 2010, 212 nt. 392. Sul provvedimento è tornato, di recente con una relazione densa e pienamente condivisibile nei risultati, B. SANTALUCIA, *Una tantum parte audita. Claudio, Nerone e i giudizi in assenza del reo*, in *Formazione e trasmissione del sapere: diritto, letteratura, società. VI incontro tra storici e giuristi dell'antichità, 30 settembre-1 ottobre 2016, Aula Bachelet, Piazzale Europa 1*, Trieste. La relazione è parzialmente confluita in ID., *Osservazioni su BGU II 628 r*, in IVRA 64, 2016, 270 s. Lo studioso è d'accordo nell'assegnare il provvedimento a Nerone, e specialmente al primo principato di Nerone quando la sua politica era ancora influenzata dagli insegnamenti di Seneca. In particolare, nella col. I sarebbe conservato il ricordo di un provvedimento del padre di Nerone, Claudio, ricordato in l. 1 *'divi [pa]rent[is] mei'*, con il quale l'imperatore avrebbe imposto alle parti di essere presenti in giudizio, fissando anche dei termini diversi tra le cause ordinarie e quelle capitali, a loro volta differenziati a seconda che le parti risiedessero in Italia, ovvero nelle provincie trans marine o transpadane, in applicazione delle disposizioni, per vero inutile, contenute nelle ll. 15 ss. di col. 1.

che nelle cause portate alla cognizione imperiale tramite *appellatio* o *remissio*,<sup>144</sup> quindi non necessariamente in secondo ma anche in primo grado, la parte assente sarebbe stata condannata ‘*altera parte audita*’, in applicazione del principio *litem secundum praesentem* di ascendenza repubblicana. In caso di assenza di entrambe le parti, la causa sarebbe stata cancellata dalla lista delle *cognitiones*.

Nerone avrebbe, invece, riformato la materia disponendo non solo o non tanto una modifica dei termini per la comparizione delle parti in giudizio, ma soprattutto l’accompagnamento coattivo da parte di *prosecutores* (col. II, ll. 7-8), accompagnatori, attestati anche da testi giurisprudenziali [come D. 48.3.7 (Macer 2 *de off. praes.*)]. In definitiva, mentre con il provvedimento di Claudio si sarebbe deciso a favore della parte presente, con Nerone sarebbe stata introdotta la regola della partecipazione coattiva al giudizio di entrambe le parti, una regola probabilmente ispirata da Seneca, certamente conforme ai principi romani contrari ai processi contro gli assenti.

Tuttavia, il provvedimento di Nerone non dovette avere molto séguito; già con l’imperatore Domiziano – del quale si ricorda la diligenza e l’abilità di rendere giustizia *extra ordinem* –<sup>145</sup> tornano ad essere testimoniati processi a carico di assenti, segno che la presenza coattiva delle parti imposta da Nerone ebbe scarsa eco. Accanto ad un riscontro<sup>146</sup> in grado di attestare ancora l’esistenza di assenti condannati senza essere sentiti e senza alcun accertamento sulle cause dell’assenza, abbiamo per la prima volta la notizia di un imputato assente assolto in virtù di un accertamento sul merito della causa che lo vedeva imputato, a prescindere dalle ragioni della sua assenza.<sup>147</sup> Si tratta di un segno, forse, di un primo mutato atteggiamento circa la posizione dell’imputato assente in giudizio: segno, questo, che i tempi cominciavano ad essere maturi per una prima importante riforma che di lì a breve si sarebbe registrata per opera dell’imperatore Traiano.

#### 6. LA RIFORMA DI TRAIANO ATTESTATA DA ULPIANO IN D. 48.19.5 (ULP. 7 *DE OFF. PROC.*): ESTENSIONE E PORTATA.

Da un passo di Ulpiano, del quale avremo modo di occuparci diffusamente in seguito,<sup>148</sup> apprendiamo che fu per primo Traiano a riformare la materia mediante l’intro-

<sup>144</sup> BGU, II, 628 r, ll. 3-4: *pu[t]o [q]uod causas quae a[d] principalem / notionem [...] provocatae vel [rem]issae fuissen[t] rell.* Come chiarito da B. SANTALUCIA, *Una tantum parte audita* cit., non essendosi affermata prima dell’età severiana alcuna nozione unitaria dell’appello in materia criminale, nel nostro testo dobbiamo intendere *appellatio* e *remissio* in senso lato, ossia quali modalità volte a sollecitare l’intervento imperiale sia da parte dei singoli, sia da parte di funzionari imperiali (specialmente governatori provinciali). Ciò consente di intendere il testo come relativo alla disciplina dei processi criminali *extra ordinem* svoltisi innanzi al tribunale imperiale. Sul significato dell’*appellatio ad principem* nel primo principato vd. G. PUGLIESE, *Linee generali* cit., 736 s.

<sup>145</sup> Suet., *Dom.* 8.1: *Ius diligenter et industrie dixit, plerumque et in foro pro tribunali extra ordinem.*

<sup>146</sup> Plin., *Ep.* 4.11.5-6: *Fremebat enim Domitianus aestuabatque in ingenti invidia destitutus. [6] Nam cum Corneliam Vestalium maximam defodere vivam concupisset, ut qui illustrari saeculum suum eius modi exemplis arbitretur, pontificis maximi iure, seu potius immanitate tyranni licentia domini reliquos pontifices non in Regiam sed in Albanam villam convocavit. Nec minore scelere quam quod ulcisci videbatur, absentem inauditamque damnavit incesti, cum ipse fratris filiam incesto non polluisset solum verum etiam occidisset; nam vidua abortu periiit.*

<sup>147</sup> Tac., *Agr.* 41.1: *Crebro per eos dies apud Domitianum absens accusatus, absens absolutus est.*

<sup>148</sup> *Infra*, § 8.

duzione del divieto di condanna dell'assente nei processi criminali:<sup>149</sup>

D. 48.19.5 pr. (Ulp. 7 *de off. proc.*): *Absentem in criminibus damnari non debere Divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit* rell.

Trattandosi di un rescritto,<sup>150</sup> non possiamo credere ad una riforma dotata di efficacia generale fin da subito, ma è più ragionevole pensare ad una risposta che sarebbe valsa da precedente ed avrebbe influenzato la prassi dei tribunali criminali: non è un caso che per il periodo successivo all'intervento di Traiano non abbiamo più notizie di condanne di assenti; piuttosto, si registra l'inizio della riflessione giurisprudenziale in materia che, come vedremo, interrogandosi sui presupposti dell'assenza, arriverà a congegnare una disciplina differenziata a seconda dei presupposti e dei caratteri di essa, al fine di temperare il divieto di condanna degli assenti introdotto da Traiano e che nel frattempo si sarebbe generalizzato e sarebbe stato osservato, come ci sforzeremo di dimostrare, sia nei *iudicia publica legitima* sia nelle *cognitiones extra ordinem*.

Intanto occorre verificare i limiti e la portata del rescritto di Traiano. L'interpretazione del passo oggi comunemente accolta è quella a suo tempo fornita da Ugo Brasiello.<sup>151</sup> Secondo lo studioso il rescritto di Traiano si sarebbe riferito ai soli processi *per quaestiones* sulla base di due argomenti di stampo lessicale: il testo discorre di *crimen* il quale, «senza maggiori determinazioni», sarebbe tipico dei soli *iudicia publica*, in cui la condanna dell'assente è sempre stata avversata; anche l'impiego del verbo *damno*<sup>152</sup> sarebbe caratteristico dei

<sup>149</sup> Né si tratta di una riforma isolata. A prescindere dalle considerazioni che svolgeremo *infra*, § 6.1, ricordiamo intanto che ai tempi di Traiano – e probabilmente proprio sotto i suoi auspici – risale il senatoconsulto Rubriano (databile tra il 101 e il 105 d.C.) che contiene una disciplina dell'assenza, sebbene in tutt'altro settore. Il provvedimento, riportato in D. 40.5.26.7 (Ulp. 5 *fideicom.*), disciplinava l'ipotesi dell'assenza volontaria dal giudizio dell'onerato di una *libertas fideicommissa*. Il senatoconsulto mirava a fare raggiungere allo schiavo la condizione di libero, nonostante il disinteresse o l'ostruzione dell'onerato. In merito vd., per tutti F.M. SILLA, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, Padova 2008, 22 ss., il quale specifica che l'assenza del chiamato non determinava la sua automatica condanna secondo le regole dell'*ordo* impiegate anche nelle *cognitiones extra ordinem*. Infatti, si imponeva al magistrato di accertare la volontarietà dell'assenza e di procedere solo dopo la verifica, mediante *causae cognitio*, della fondatezza della richiesta.

<sup>150</sup> Si deve a F. SAMPER, *Rescriptos preadrianeos*, in *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suárez*, Madrid 1978, 465 ss., la dimostrazione che anche prima della creazione dello *scrinium a libellis* in età di Adriano si può riscontrare la pratica da parte dei principi di rispondere alle suppliche dei sudditi, tanto che fin dai tempi di Tiberio è attestato un *acceptor a subscriptionibus*; del resto ancora ai tempi di Gaio, secondo l'autore, i rescritti non sarebbero stati dotati di autonomia sul piano dogmatico. Con particolare riferimento a Traiano, sono attestati circa venti provvedimenti qualificati espressamente in termini di rescritti. Da S.H.A., *vita Macrini*, 13.1, sappiamo che Traiano si sarebbe sempre rifiutato di dare risposta in calce ai libelli, forse un segnale della volontà di non fare pubblicare i rescritti per evitare che fungessero da precedenti per casi simili.

<sup>151</sup> U. BRASIELLO, *Sull'assenza cit.*, 11 ss., la cui impostazione è accolta da M.G. ZOZ, *A proposito dei rapporti cit.*, 2901, dove per mera svista l'imperatore *Antoninus Magnus* menzionato da Marciano in D. 48.17.1 pr. viene identificato con Antonino Pio, mentre si tratta di Antonino Caracalla, vd. C.S. MACKAY, *Ancient Rome. A Military and Political History*, Cambridge 2004, 244, il quale ricorda che si deve a Macrino l'aver deficcato Antonino Caracalla con il nome di Antonino Magno (del resto Severo e Caracalla, padre e figlio, spesso compagno citati accanto nelle fonti come autori insieme di certe costituzioni imperiali). Simili indicazioni nel classico di H.J. ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, rist. Cambridge 2011, 90.

<sup>152</sup> Che secondo una congettura U. BRASIELLO, *Sull'assenza cit.*, 12, peraltro, sarebbe stato corretto da Ulpiano, mentre nel rescritto sarebbe comparsa originariamente l'espressione *ne absens puniatur*.

soli *iudicia publica legitima* che si concludevano appunto con una *damnatio*, mentre nella procedura straordinaria è messa maggiormente in rilievo la *punitio*.

Tuttavia, entrambi gli argomenti addotti da Ugo Brasiello non sono confortati dal linguaggio delle fonti che appare molto meno univoco di quello che lo studioso ha ritenuto. È possibile infatti riscontrare nelle fonti l'impiego sia del lemma *crimen* sia del verbo *damno* riferito ai *crimina extra ordinem*.

Prendiamo le mosse dalle ricorrenze di *crimen*. Il lemma, senza ulteriori specificazioni, è riferito alla procedura *extra ordinem* già nel *de officio proconculis* di Ulpiano.<sup>153</sup> In particolare, rileva l'espressione *hoc in criminibus stellionatus persecutio*<sup>154</sup> in cui ricorre il medesimo costruito con *in* e l'ablativo presente nel rescritto di Traiano. Ancora alla repressione straordinaria sono riferite le seguenti espressioni in cui il lemma *crimen*, senza ulteriori specificazioni, indica il crimine punito *extra ordinem*: *'criminis causa expirat*,<sup>155</sup> *'qui extra ordinem de crimine cognoscit*,<sup>156</sup> *'crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest*,<sup>157</sup> *'si eius criminis reus fuit*,<sup>158</sup> *'in quacumque causa criminis extincti debet is cognoscere cuius de pecuniaria re cognitio est*,<sup>159</sup> *'quamvis pendente appellatione morte rei crimen extinctum sit*,<sup>160</sup> *'hoc autem vel pro criminibus quod obiicitur rell.*,<sup>161</sup> *'crimine damnati*

<sup>153</sup> Mentre non possiamo trarre alcun argomento utile al fine di capire se in questo frammento Ulpiano si stesse occupando dei *iudicia publica legitima* o delle *cognitiones extra ordinem* dalla Palingenesi del libro settimo del *de officio proconsulis*, perché già Lenel (*volumen alterum*, 973 nt. 3) segnalava quanto fosse incerta la successione delle materia in questo libro. Ed in effetti il nostro frammento si trova in posizione equidistante dai passi che affrontano la repressione *extra ordinem* dei sacrileghi, dei cristiani, dei matematici e dei vaticinatori e dai frammenti che analizzano la procedura *per quaestiones*.

<sup>154</sup> D. 47.20.3.1-2 (Ulp. 8 *de off. proc.*): ... *quod enim in privatis iudicis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio ...* [2] *poena autem stellionatus nulla legitima est, cum nec legitimum crimen sit*. Rileva ancora un altro frammento tratto dal *de officio proconsulis* di Ulpiano in cui l'espressione *levia crimina* è certamente riferita alla repressione criminale straordinaria: D. 48.2.6 (Ulp. 2 *de off. proc.*): *Levia crimina audire et discutere de plano proconsulem oportet et vel liberare eos quibus obiiciuntur, vel fustibus castigare vel flagellis servos verberare*.

<sup>155</sup> D. 48.17.1.4 (Marc. 2 *publ.*): *Sed et Papinianus libro sexto decimo responsorum scripsit, requirendum adnotatum, si provinciae praesidem intra annum adierit et satis obtulerit, non esse locum mandatis ut bona fisco vindicentur; nam et si intra annum mortus sit, criminis causa expirat et perit, et bona eius ad successores transmittuntur*.

<sup>156</sup> D. 48.19.13 (Ulp. 1 *de app.*): *Hodie licet ei qui extra ordinem de crimine cognoscit quam vult sententiam ferre, vel graviorem vel leviolem, ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat*.

<sup>157</sup> D. 48.19.26 pr. (Call. 1 *de cogn.*): *Crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest; namque unusquisque ex suo admissio sorti subiicitur, nec alieni criminis successor constituitur; idque divi Fratres Hierapolitanis rescripserunt*.

<sup>158</sup> D. 48.21.3.1 (Marc. *lib. sing. de delat.*): *Ut autem divus Pius rescripsit, ita demum bona eius, qui in reatu mortem sibi conscivit, fisco vindicanda sunt, si eius criminis reus fuit, ut, si damnaretur, morte aut deportatione adficiendus esset*.

<sup>159</sup> D. 48.1.6 (Marc. 14 *inst.*): *Defuncto eo, qui reus fuit criminis, et poena extincta, in quacumque causa criminis extincti, debet is cognoscere cuius de pecuniaria re cognitio est*.

<sup>160</sup> D. 49.13.1 (Macer 2 *de appell.*): *Quamvis pendente appellatione morte rei crimen extinctum sit, data tamen etiam de parte bonorum eius sententia proponitur rell.*

<sup>161</sup> D. 48.3.1 (Ulp. 2 *de off. proc.*): *De custodia reorum proconsul aestimare solet, utrum in carcerem recipienda sit persona, an militi tradenda, vel fideiusoribus committenda vel etiam sibi. hoc autem pro criminibus, quod obiicitur, qualitate vel propter honorem ... vel pro dignitate eius qui accusatur facere solet*.

*sententiam eiusmodi meruerunt*<sup>162</sup>, 'quae res in rebus pecuniariis et in criminibus agitari consuevit',<sup>163</sup> 'si crimen quidem, quod in liberto probatum est',<sup>164</sup> 'omnia omnino crimina praefectura urbis sibi vindicavit',<sup>165</sup> 'cogniturum de criminibus praesidem'.<sup>166</sup>

Quanto poi all'impiego dei verbi *damno* e *punio*, l'argomento invocato da Brasiello è troppo debole, perché il riferimento terminologico è assai labile: occorre, infatti, segnalare tanto l'impiego del primo con riferimento alle *cognitiones extra ordinem*,<sup>167</sup> quanto l'uso del secondo per indicare la punizione irrogata in esito ai processi *per quaestiones*,<sup>168</sup> come pure è evidente in un passo di Marciano, sul quale tra breve ci soffermeremo, nel quale i due verbi sono impiegati nello stesso significato:

D. 48.17.1 pr. (Marc. 2 *publ.*): *Divi Severi et Antonini Magni rescriptum est ne quis absens puniatur; et hoc iure utimur, ne absentes damnentur; neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur.*

<sup>162</sup> D. 50.1.15 pr. (Pap. 1 *resp.*): *Ordine decurionum ad tempus motus, et in ordinem regressus ad honorem exemplo relegati tanto tempore non admittitur, quanto dignitate caruit. Sed in utroque placuit examinari, quo crimine damnati sententiam eiusmodi meruerunt* rell.

<sup>163</sup> D. 49.9.1 (Ulp. 4 *de appell.*): *Quaeri solet an per alium causae appellationis reddi possunt, quae res in rebus pecuniariis et in criminibus agitari consuevit.*

<sup>164</sup> D. 38.2.15 (Tryph. 17 *disp.*): *Idem est, etsi crimen quidem, quod in liberto probatum est, meruerat capitis poenam, benignius autem punitus est libertus, veluti tantum relegatus, de calumniatore enim sensit praetor.*

<sup>165</sup> D. 1.12.1 pr. (Ulp. *lib. sing. de off. praef. urbi*): *Omnia omnino crimina praefectura urbis sibi vindicavit* rell.

<sup>166</sup> D. 48.18.18.9 (Paul. 5 *sent.*): *Cogniturum de criminibus praesidem oportet ante diem palam facere, custodias se auditurum, ne hi qui defendendi sunt, subitis accusatorum criminibus obprimantur* rell.

<sup>167</sup> D. 48.19.8.5 (Ulp. 9 *de off. proc.*): *Praefecto plane urbi specialiter competere ius in metallum damnandi ex epistola divi Severi ad Flavium Cilonem exprimitur*; D. 49.19.9.11 (Ulp. 10 *de off. proc.*): *Nam in primis decuriones in metallum damnari non possunt*; D. 49.19.22 (Mod. 1 *diff.*): *In metallum damnati* rell. [= D. 48.19.36 (Herm. 1 *iur ep.*)]; D. 48.19.28 pr. (Call. 6 *de cogn.*): *summum supplicium esse videtur ad furcam damnatio* rell. D. 48.19.28.6 (Call. 6 *de cogn.*): *In opus metalli ad tempus nemo damnari debet.*

<sup>168</sup> D. 47.15.1.1 (Ulp. 6 *ad ed. praet.*): *Is autem praevaricator proprie dicitur qui publico iudicio accusaverit ... hic extra ordinem puniri solet*; D. 48.19.15 (Ven. Sat. 1 *de off. proc.*): *Poena legis Corneliae puniendos* rell.; D. 48.16.1.7 (Marc. *lib. sing. ad sen. Turp.*): *Si quis autem ab accusatione citra abolitionem destiterit, punitur*; D. 48.10.1.9 (Marc. 14 *inst.*): *Si quis adversus hanc legem profectus aenario obreperit, ut perinde puniatur, ac si falsum commisisset*; D. 48.5.39(38) pr. (Pap. 36 *quaest.*): *Si adulterium cum incesto committatur, ut puta cum privigna, nuru, noverca, mulier similiter quoque punietur; id enim remoto etiam adulterio eveniret*; D. 4.4.37.1 (Tryph. 3 *disp.*): *Dixi nec si quid eorum commiserit, quae pro adulterio eadem lex punit*; D. 48.5.9(8) pr. (Marc. 2 *de adult.*): *Qui domum suam, ut stuprum adulteriumve cum aliena matre familias vel cum masculo fieret, sciens praeberit vel quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit: cuiuscumque sit condicionis, quasi adulter punitur*; D. 48.6.3.4 (Marc. 14 *inst.*): *Praeterea punitur huius legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit* (si tratta della *lex Iulia de vi publica*); D. 48.13.5(4).2(5) (Marc. 14 *inst.*): *Qua lege damnatus amplius tertia parte quam debet punitur* (qui il riferimento è alla *lex Iulia peculatus*); D. 48.13.11(9) pr. (Paul. *lib. sing. de iud. pub.*): *Sacrilegi capite puniuntur*; D. 48.4.3 pr. (Marc. 14 *inst.*): *Lex duodecim tabularum iubet eum qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit capite puniri*; C. 9.46.1 (Alex. Sev., s.d.): ... *contra consuetudinem calumniam accusatoris puniri desideras* (il riferimento al processo *per quaestiones* discende dalla *calumnia* commessa dall'accusator, istituto quest'ultimo caratteristico dei *iudicia publica legitima*); C. 9.9.9 (Alex. Sev., a. 224): *eadem lege ex causa lenocinii punietur* (la legge cui rinvia il testo è la *lex Iulia de adulteris*).

Da quanto detto, discende l'assenza di ragioni per limitare la riforma di Traiano ai soli *iudicia publica legitima*, come sostenuto da Ugo Brasiello. Piuttosto, a nostro avviso si è trattato di un intervento rivolto sia ai *iudicia publica legitima* sia alle *cognitiones extra ordinem*.<sup>169</sup> Anche perché se volessimo escludere dalla riforma di Traiano i processi *per cognitiones*, essi sarebbero stati considerati già tra il primo e il secondo secolo d.C. come una categoria autonoma di procedimenti opposti a quelli *per quaestiones*; ed invece, ancora ai tempi di Traiano i processi *per cognitiones* erano troppo eterogenei per essere disciplinati in termini unitari: la prima disciplina comune alle *cognitiones* risale all'*Oratio Marci*, della seconda metà del primo secolo d.C. e relativa, peraltro, alle *cognitiones extra ordinem* di diritto privato.<sup>170</sup>

6.1. Una conferma alla nostra tesi, secondo la quale l'intervento di Traiano avrebbe avuto portata generale e si sarebbe riferito sia alle *quaestiones* sia alle *cognitiones extra ordinem*, deriva da un breve riferimento ad un intervento di Traiano nella materia della *adnotatio* in qualità di *requirendi* degli imputati irreperibili. Da numerose testimonianze, tutte riconducibili alle *cognitiones extra ordinem*, in caso di assenza per irreperibilità dell'imputato, non potendo costui essere condannato, egli andava tuttavia iscritto come *requirendus* e dall'annotazione cominciava a decorrere un anno di tempo affinché l'assente si costituisse in giudizio, pena la confisca dei beni e altre conseguenze pregiudizievoli; esse dovevano fungere da deterrente per spingere l'imputato assente a costituirsi in giudizio.<sup>171</sup>

Del resto, anche dal nostro passo si aguisce l'applicazione *extra ordinem* della *obsignatio*

<sup>169</sup> In questo senso, pur senza dimostrazione, la presa di posizione di M. LAURIA, *Accusatio – inquisitio. 'Ordo' – 'cognitio extra ordinem' – 'cognitio': rapporti ed influenze reciproche*, in *Atti della R. Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli*, 56.1, Napoli 1934, 24 s.

<sup>170</sup> Come dimostrato da F. ARCARIA, *Oratio Marci. Giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino 2003, 278, solo l'*Oratio Marci* avrebbe, se non unificato, almeno per la prima volta fornito una disciplina comune e unitaria ai vari tipi di *cognitiones*.

<sup>171</sup> Correggendo una precedente impostazione risalente ad Accursio il quale aveva ricostruito l'*adnotatio* come una descrizione pubblica dei beni dell'assente, F. DUARENUS, *Disputationum anniversarium libri duo*, I, c. 8, in *Opera Omnia. Diligenter emendata et aucta opportunis Notis*, IV, Lucae 1768, 12, ha chiarito che la *adnotatio* riguarda la persona dell'imputato assente ed è volta a consentire la sua ricerca al fine di farla comparire in giudizio. Della procedura dell'*adnotatio* in qualità di *requirendi* degli imputati assenti informano i cinque frammenti di cui è costituito il titolo 48.17 del Digesto rubricato '*De requirendis vel absentibus damnandis*'. Inoltre, da C. 9.40.1 (Ant. Carac. a. 211) apprendiamo che se il *requirendus* torna entro l'anno dall'annotazione e dimostra la sua innocenza, le *res* confiscate gli vengono riconsegnate. Un inquadramento della questione è presente in A. WACKE, *Audiatur et altera pars. Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozess*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, 393-394. Per la limitazione dell'*adnotatio* ai soli processi *extra ordinem* vd., specificamente U. BRASIELLO, *Sull'assenza* cit., 20 nt. 48 e 23. Al contrario, secondo F. BOTTA, *L'iniziativa processuale criminale delle personae publicae nelle fonti giuridiche di età giustiniana*, in S. PULIATTI, A. SANGUINETTI (a cura di), *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del Convegno di Modena, 21-22 maggio 1998*, Milano 2000, 306 e nt. 65, l'*adnotatio* avrebbe potuto verificarsi anche per i crimini repressi *per quaestiones* in base a D. 49.16.4.5 (Arr. Men. 1 *de re mil.*), in cui si discorre di *adnotatio* per un processo criminale intentato in seguito a *postulatio*, atto che farebbe pensare ad un processo di stampo accusatorio, come quello delle *quaestiones*. Tuttavia, le fonti (cfr. *infra*, nt. 176) attestano anche per i processi *extra ordinem* l'impiego del sostantivo *postulatio*, ciò riduce la portata probatoria del passo. Per un inquadramento dell'istituto dell'*adnotatio* dell'imputato formalmente accusato, ma non costituito perché assente vd. V. MAROTTA, *Mandata principum*, Torino 1991, 167 nt. 102.

dei beni dei *requirendi*: infatti, la materia è regolata da fonti di *ius novum*, ossia alcune costituzioni imperiali e, precisamente, da mandati. Naturalmente, avendo l'*obsignatio* dei beni un effetto deterrente e volto a favorire la presentazione dell'imputato in processo, occorre presupporre un divieto di condanna dell'imputato assente, introdotto proprio da Traiano.

Il fatto che Traiano sia a conoscenza e sia intervenuto in merito alla procedura dell'*adnotatio* degli imputati assenti per irreperibilità, dimostra che questa procedura era applicata ai suoi tempi, proprio perché al regno di questo imperatore risale il primo divieto di condanna dell'imputato assente:

D. 48.17.5.pr.-2 (Mod. 12 *pand.*): *Mandatis cavetur intra annum requirendorum bona obsignari, ut si redierint et se purgaverint, integram rem suam habeant; si neque responderint, neque qui se defendant, habuerint, tunc post annum bona in fiscum coguntur.* [1] *Et intra annum medio tempore moventia, si qua sunt, ne aut mora deteriora fiant, aut aliquo modo intereant, venire debere, pretiumque eorum in deposito esse, divi Severus et Antoninus sanxerunt.* [2] *Sed et divus Traianus inter moventia fructus quoque haberi rescipit.*<sup>172</sup>

Per cogliere il senso del richiamo al rescritto di Traiano contenuto nel paragrafo secondo – per vero dedicato ad un aspetto di dettaglio – conviene esaminare l'intero frammento. Si richiamano alcuni mandati imperiali che dispongono che entro l'anno (deve credersi da quando è avvenuta l'*adnotatio* dell'imputato assente come *requirendus*) i beni dei *requirendi* devono essere *obsignati* affinché, una volta tornati e costituiti in giudizio, gli assenti possano essere reintegrati nei loro beni, una volta giustificata l'assenza e dimostrata l'infondatezza dell'accusa.<sup>173</sup> Ma, se trascorso inutilmente l'anno, costoro non abbiamo risposto né nessuno abbia assunto la loro difesa, allora i detti beni vengono incamerati dal fisco.

Nel primo paragrafo, si ricorda un intervento di Settimio Severo e Antonino Caracalla, i quali disposero che, in presenza di beni mobili nel patrimonio dell'*adnotatus*, essi dovevano essere venduti e il prezzo depositato se si correva il rischio di un loro deterioramento e della loro distruzione. Nel paragrafo secondo, si cita l'intervento di Traiano, il quale aveva già disposto che tra i beni mobili dovessero annoverarsi anche i frutti.

Ora, noi non crediamo che quest'ultimo rescritto di Traiano possa avere riguardato una materia diversa da quella trattata da Modestino, ossia la procedura di *adnotatio* degli imputati assenti nei processi criminali *extra ordinem* in qualità di *requirendi*. Se così fosse non ci spiegheremmo il motivo del ricordo di un precedente tanto lontano nel tempo, per di più emesso in una materia diversa da quella che formava oggetto dell'attenzione del giurista. Né del resto potrebbe credersi ad una costituzione imperiale, ancorché casistica, volta a chiarire in termini generali che i frutti andavano considerati tra i beni mobili, poiché si tratterebbe di un provvedimento di dubbio pregio sul piano giuridico e dogmatico, visto che nessuno potrebbe credere che i frutti siano assimilabili ai beni immobili.

<sup>172</sup> A. LÓPEZ PEDREIRA, *Algunas reflexiones acerca de la presunción de inocencia en el ámbito penal romano*, in *Fundamenta iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almería 2012, 378. Segna il testo anche TH. MOMMSEN, *Gordians Decret von Skaptoparene*, in ZSS 12, 1892, 261 nt. 2, per anticipare al regno di Traiano la pratica della promulgazione dei rescritti: solo i rescritti promulgati sarebbero stati archiviati dalla cancelleria imperiale e ricordati in futuro tra le costituzioni casistiche.

<sup>173</sup> Così intendiamo il senso del verbo *purgo*, che in effetti si trova impiegato proprio nel significato di *excusare* (in contrapposizione ad *accusare*), ossia di dimostrare la propria innocenza e l'infondatezza dell'accusa rivolta nei luoghi indicati nel *Thesaurus linguae Latinae*, v. '*purgo (liberando a crimine)*', X.2, 17, 2686 s.

Crediamo, piuttosto, che il rescritto di Traiano ricordato da Modestino abbia disciplinato un profilo di dettaglio della *adnotatio* in qualità di *requirendus* dell'imputato assente, ossia di una procedura che presuppone il divieto di condanna dell'assente introdotto proprio dal predecessore di Adriano.

Orbene, poiché le testimonianze in nostro possesso sulla *adnotatio* sono relative alle *cognitiones extra ordinem* e poiché anche il passo di Modestino sembra riferirsi ad esse, tanto da individuare in alcuni mandati la relativa fonte di disciplina, ne segue che il divieto di condannare gli assenti introdotto da Traiano doveva riferirsi anche ai processi fuori dall'*ordo iudiciorum publicorum*. Pure nelle *cognitiones* l'assente non poteva essere condannato e andava, perciò, iscritto in una lista apposita nella qualità di *requirendus*, per permettergli entro un anno di chiarire la sua posizione, pena la confisca dei beni; l'iscrizione in qualità di *requirendus* avrebbe avuto l'effetto deterrente di indurre l'imputato assente e irripetibile a presentarsi per potere incardinare il giudizio nei suoi confronti.

Un altro indizio che il divieto di condanna degli assenti introdotto da Traiano si estendesse anche alle *cognitiones extra ordinem* è possibile desumere da:

D. 49.16.4.5-6 (Arr. Men. 1 *de re milit.*): *Reus capitalis criminis voluntarius miles secundum divi Traiani rescriptum capite puniendus est; nec remittendum est eo ubi reus postulatus est, sed ut accedente causa militiae audiendus: [6] si dicta causa sit, vel requirendus adnotatus ignominia missus ad iudicem suum remittendus est, nec recipiendus postea volens militare, licet fuerit absolutus.*<sup>174</sup>

Nonostante le incertezze che sono state segnalate,<sup>175</sup> crediamo di potere interpretare il testo come segue. Il reo di un crimine capitale che, per sfuggire alla punizione, si è arruolato, va punito con la pena capitale, secondo quanto stabilito da un rescritto di Traiano; né va rimesso innanzi al giudice del luogo in cui è stato accusato,<sup>176</sup> ma va sentito dal giudice del luogo in cui presta il servizio militare.<sup>177</sup> Viceversa, se il processo per il crimine capitale a suo tempo commesso è stato incardinato alla sua presenza, ovvero, in caso di assenza egli è stato *adnotatus* come *requirendus*, il militare è dimesso con disdoro dall'esercito e rinviato al suo giudice naturale, né potrà più arruolarsi, neppure se venga assolto.

Accogliendo la nostra lettura, il rescritto di Traiano ha disciplinato il trattamento del militare, reo di un crimine capitale, arruolatosi proprio per sfuggire alla repressione criminale. Ora, il punto che a noi più interessa è la possibilità che nei suoi confronti il processo venga incardinato mediante una *adnotatio* come *requirendus*, per sollecitarlo a comparire in giudizio.<sup>178</sup>

<sup>174</sup> Sul passo vd.: U. BRASIELLO, *Sull'assenza* cit., 21 s.; L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 97 s. e nt. 138, con difesa della genuinità del frammento; S.E. PHANG, *Roman Military Service. Ideologies of Discipline in the Late Republic and Early Principate*, Cambridge 2008, 133 nt. 152.

<sup>175</sup> V. GIUFFRÈ, *Il 'diritto militare' dei Romani*, Bologna 1980, 53; ID., *Testimonianze sul trattamento penale dei "milites"*, Napoli 1989, 30 nt. 9.

<sup>176</sup> Non inganni la presenza del participio *postulatus*, poiché non mancano attestazioni tanto del verbo *postulo*, quanto del sostantivo *postulatio* con riferimento alla procedura *extra ordinem* nel significato di accusare, per alcuni riscontri si vd.: D. 48.2.7 (Ulp. 7 *de off. proc.*); D. 24.2.11.2 (Ulp. 3 *ad legem Iuliam et Papiam*); D. 47.20.3 (Ulp. 8 *de off. proc.*).

<sup>177</sup> Con la nuova imputazione di arruolamento illecito secondo U. BRASIELLO, *Sull'assenza* cit., 22 nt. 51.

<sup>178</sup> Condivisibilmente L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 98, sottolinea la connessione tra il rescritto di Traiano e la procedura relativa al *requirendus adnotatus*, già operata quindi in questa epoca proprio in relazione all'assente accusato di un crimine capitale.

Anche in questo caso, sia il riferimento alla *adnotatio*, caratteristica delle *cognitiones extra ordinem*, sia la possibilità che il processo contro il militare si possa anche svolgere in provincia, depongono a favore della tesi per la quale fin da Traiano l'assente non potesse essere condannato, non solo nei processi *per quaestiones*, ma anche *extra ordinem*.

La conclusione alla quale crediamo di potere pervenire è, dunque, che fino al principato di Traiano il diritto romano conoscea il principio della automatica condanna dell'assente, temperato da possibilità di esercitare l'esilio o di giustificare l'assenza per ragioni di stato. Con un rescritto di Traiano venne introdotto il divieto di condanna degli assenti: entrambi gli interventi erano validi tanto per le *quaestiones publicae* quanto per le *cognitiones extra ordinem*. L'assente, proprio perché non processabile, sarebbe stato iscritto in qualità di *requirendus* in una lista che restava aperta per un anno, trascorso il quale, in caso di mancato reperimento, lo stato avrebbe incamerato i suoi beni. Ciò sarebbe certamente accaduto per la repressione *extra ordinem*, possiamo solo congetturarlo per il processo ordinario delle *quaestiones*, in cui vigeva del pari il divieto di condanna degli assenti, data assenza di esplicite attestazioni in questo senso.

6.2. La prova che la riforma di Traiano valesse anche per le *quaestiones publicae* si desume, in ogni caso, da un frammento di Ulpiano:

D. 48.8.4.2 (Ulp. 7 *de off. proc.*): *Idem divus Hadrianus rescripsit: constitutum quidem est, ne spadones fierent, eos autem qui hoc crimine arguerentur, Corneliae legis poena teneri eorumque bona merito fisco meo vindicari debere, sed et in servos qui spadones fecerint, ultimo supplicio animadvertendum esse et qui hoc crimine tenentur, si non adfuerint, de absentibus quoque tamquam lege Cornelia teneantur, pronuntiandum esse.*<sup>179</sup>

Il rescritto di Adriano disciplinava l'estensione della pena prevista dalla *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, insieme con la confisca dei beni, a carico dei rei del crimine di castrazione.<sup>180</sup> Ora, il rescritto dispone anche che coloro che sono tenuti per questo crimine non si sono presentati in giudizio, anche se assenti devono essere giudicati ai sensi della legge Cornelia.

È dietro l'inciso *de absentibus quoque* che si può avvertire una eccezione al divieto introdotto da Traiano, e ormai generalizzato già sotto il regno di Adriano, di condannare gli assenti.<sup>181</sup> L'ambito di applicazione della costituzione di Adriano era quello delle *quaestio-*

<sup>179</sup> Sul rescritto di Adriano vd.: U. BRASIELLO, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano. Cenni sulla evoluzione dell'omicidio*, in SDHI 42, 1976, 257, con la precisazione che il rescritto di Adriano non ricondusse il crimine di evirazione all'interno dell'ambito di disciplina della *lex Cornelia*, ma si trattò solo di una estensione della pena, ossia l'esilio, con l'aggravante della pena di morte per gli schiavi; D. DALLA, *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Milano 1978, 99 e 121; F. GRELE, *La 'correctio morum' nella legislazione flavia*, in ANRW II.13, Berlin-New York 1980, 344 ss. e nt. 16; V. MAROTTA, *Politica imperiale e culture periferiche nel mondo romano: il problema della circoncisione*, in Index 12, 1983-84, 414-416, con ulteriori indicazioni di letteratura anche relativa alla questione, ormai superata, circa la genuinità del testo, ed affrontata nelle ntt. 114-115. In ogni caso, va segnalato che i sospetti sulla genuinità del passo hanno riguardato solo il tratto compreso tra *plane* e *amiserunt*. Per una indagine a favore della natura insitica di questo inciso si vd. K.-H. BELOW, *Der Artz im römischen Recht*, München 1953, 128 ss., con un accenno alla possibilità di un processo in assenza del reo di castrazione; V.M. AMAYA GARCIA, *Coautoria y complicidad: estudio historico y jurisprudencial*, Madrid 1993, 75 s.

<sup>180</sup> B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 209 nt. 79.

<sup>181</sup> In questo senso vd. L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 99.

*nes publicae*, e in particolare dei procedimenti che si potevano incardinare innanzi alla *quaestio de sicariis et veneficiis*, a conferma della tesi qui sostenuta e secondo la quale anche ai *iudicia publica legitima* si estendeva il divieto di condannare gli assenti nei processi criminali, per la prima volta introdotto da Traiano.

7. L'ELABORAZIONE DELLA NOZIONE DI *ABSENTIA PER CONTUMACIAM* IN ETÀ ANTONINIANA NELL'AMBITO DEL PROCESSO PRIVATO E LA SUA INFLUENZA SULLA DISCIPLINA SEVERIANA DELL'ASSENZA DELL'IMPUTATO NEL PROCESSO CRIMINALE.

Affermatosi rapidamente il divieto di condannare l'imputato assente nel processo criminale fin dagli inizi del II secolo d.C., è proprio nel corso di questo periodo che, ad avviso di chi scrive, si devono rinvenire le premesse alla riflessione di età severiana circa il trattamento degli imputati assenti.

In particolare, siamo convinti che nel III secolo d.C. si registri l'introduzione di un temperamento all'indiscriminato divieto di condanna degli imputati assenti; a nostro avviso la nuova disciplina trova origine nella riflessione che ha portato sotto il regno di Antonino Pio all'elaborazione del concetto di contumacia nel campo del processo privato.

Finora abbiamo volutamente evitato di discorrere di contumacia e di processo contumaciale, espressioni queste piuttosto inflazionate anche nella letteratura specialistica sul nostro argomento, per rispettare l'evoluzione storica del diritto romano, il quale fino al II secolo d.C. sconosce il concetto di *contumacia* e disciplina l'assenza nel suo significato neutro di mancata presentazione da parte dell'imputato in giudizio.

Solo in due celebri rescritti dell'imperatore Antonino Pio, pervenuti uno tramite il Codice<sup>182</sup> e l'altro tramite il Digesto,<sup>183</sup> ed entrambi relativi al processo privato<sup>184</sup> si comincia

<sup>182</sup>C. 7.43.1 *Imp. Titus Aelius Antoninus A. Publicio. Non semper compelleris ut adversus absentem pronunties, propter subscriptionem patris mei, qua significavit etiam contra absentes sententiam dari solere. id enim eo pertinet, ut absentem damnare possis, non ut omnimodo necesse habeas. Sine die et cons.* Antonino Pio fornisce un'interpretazione autentica della disposizione del padre adottivo Adriano, chiarendo che la pratica seguita ai suoi tempi nei tribunali di condannare gli assenti non implica affatto il dovere per il giudice di condannare l'assente, ma solo la possibilità di farlo. Sul passo vd.: H. KRÜGER, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*, in ZSS 48, 1928, 174; L. ARU, *Il processo civile contumaciale* cit., 154 ss.; F. BONIFACIO, v. '*Contumacia (diritto romano)*', in NNDI, IV, Torino 1959, 770 s.; E. CORTESE, v. '*Contumacia (dir. rom.)*', in Enc. dir. 10, Milano 1962, 447 ss.; G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino 1970, 186 ss. A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia* cit., 61 ss.; L. D'AMATI, '*Litem deserere*', in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, Padova 2012, 224-226, la quale, pur ritenendo il testo relativo alla procedura *extra ordinem*, non esclude che il principio espresso nella costituzione potesse riguardare anche il processo formulare «che nel corso della sua evoluzione si modellava sempre di più sulla *cognitio* stessa». La studiosa si è, inoltre, occupata dell'inattività del convenuto nel processo formulare in: L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di M. Talamanca, I, Padova, 2011, p. 853 ss.; EAD., *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'* cit.

<sup>183</sup>D. 4.1.7 pr. (Marc. 3 dig.): *Divus Antoninus Marcio Avito Praetori de succurrendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam rescripsit: etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est. itaque si citatus non respondit et ob hoc more pronuntiatum est, confestim autem pro tribunali te sedente adiit: existimari potest non sua culpa, sed parum exaudita voce praeconis defuisse, ideoque restitui potest.* Il passo attesta un intervento a favore di un assente che non aveva presenziato al processo non per sua colpa: l'imperatore concede la *in integrum restitutio* alla parte convenuta che aveva perso la lite in quanto assente, ma che, presentatasi immediatamente in tribunale, era riuscita a dimostrare

ad ammettere che non ogni assenza deve essere sanzionata con la perdita della lite, in applicazione del principio di risalezza decemvirale *'praesenti litem addicito'* ancora valido per le *cognitiones extra ordinem* di diritto privato.<sup>185</sup> Si tratta dell'introduzione del processo comunemente definito 'contumacia', espressione genericamente volta a segnalare che il giudice deve tenere conto anche delle ragioni della parte assente e, dunque, nel caso del convenuto, eventualmente assolverlo.

di non avere sentito la voce del *praeco*. Sul passo vd.: R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto appello dell'assente*, in AG, 161, 1961, p. 28 nt. 8; G. CERVENCA, *Osservazioni sulla restitutio litis a favore dell'assente nella cognitio extra ordinem*, in IVRA 12, 1961, 197 ss.; ID., *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, Milano 1965 (rist. 1990), 71 s. e nt. 29; G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, a cura di G. SANTUCCI e N. SARTI, Bologna 2012 (rist. dell'edizione Milano 1963), 35, 94 e 121; L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, 327 nt. 110; T. MAYER-MALY, *Aequitas evidens*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, Berlin 1970, 349 s.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1973, 333 ss.; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano 1974, 187 ss., con riferimento del rescritto al processo formulare e non alle *cognitiones extra ordinem* di diritto privato, come generalmente sostenuto in dottrina. Quest'ultimo studioso ha ribadito il suo avviso in ID., *Processo civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Torino 1991, 161 s. A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia* cit., 59 ss.; L. D'AMATI, *'Litem deserere'* cit., 226-229, la quale riferisce il testo alle *cognitiones extra ordinem* e ne interpreta il contenuto in modo orientato ad escludere l'applicabilità al processo formulare del principio *dare litem secundum praesentem*.

<sup>184</sup> Molteplici argomenti si oppongono al punto di vista di L. FANIZZA, *Giuristi crimini leggi nell'età degli Antonini*, Napoli 1982, p. 83 nt. 192, con specifico riferimento a C. 7.43.1 e EAD., *L'assenza dell'accusato* cit., 71 s., sostenuto sulla base dell'autorevole precedente di A. STEINWENTER, *Studien zum römischen Versäumnisverfahren*, München 1914, 64, peraltro espresso in termini dubitativi (wenn auch vielleicht ursprünglich auf Strafverfahren bezüglich) e, aggiungiamo noi di J. BARON, *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess*. III. *Der Denuntiationsprozess*, Berlin 1887, 85, secondo i quali i provvedimenti di Antonino Pio riferiti nelle note precedenti sarebbero relativi al processo criminale. Essi, testimoniando la possibilità della condanna del contumace, avrebbero manifestato una non univocità nelle decisioni della cancelleria imperiale. Infatti, i due rescritti di Antonino Pio avrebbero rappresentato una inversione di tendenza rispetto alla riforma di Traiano che vietava in tutti i casi di condannare l'assente. Tuttavia, contro questa tesi si oppongono i seguenti argomenti: (1) la pratica attestata ai tempi di Adriano di condannare gli assenti non può valere per i processi criminali, perché è lo stesso Adriano a presentare in D. 48.8.4.2 (Ulp. 7 *de off. proc.*) (*supra*, § 6.2) la condanna dell'assente reo del crimine di castrazione quale eccezione alla regola generale del divieto di condanna dell'assente, già in uso da diverso tempo per il processo criminale; (2) non si spiegherebbe il ricordo del vecchio precedente di Traiano ancora ai tempi di Ulpiano che lo riferisce; piuttosto, se i provvedimenti di Antonino Pio fossero stati volti a superare l'orientamento della cancelleria imperiale dei tempi di Traiano, ci si sarebbe aspettato un riferimento ad esso nelle costituzioni riportate nelle due note precedenti – come spesso accade quando gli imperatori richiamano precedenti interventi dei loro predecessori – quanto meno per considerarlo superato; (3) il contenuto dei titoli C. 7.43 e D. 4.1 è tutto di stampo privatistico e gli studiosi citati nelle due note precedenti hanno sempre collocato i rescritti di Antonino Pio in materia di processo contumacia nell'ambito del processo privato; (4) infine, si consideri che Antonino Pio conosce la pratica dell'*adnotatio* degli imputati assenti, come dimostra D. 48.3.6.1 (Marc. 2 *de iud. publ.*), passo che riferisce l'esistenza di rescritti di Antonino Pio e di altri imperatori romani, secondo i quali gli *adnotati* in qualità di *requirendi* non devono essere trattati *quasi pro damnatis*, ma occorre che sulla loro posizione si indaghi *quasi re integra*. Ora, l'*adnotatio* presuppone il divieto (di risalezza traiana) di condanna dell'imputato assente, divieto che non si può conciliare con l'idea che proprio Antonino Pio avrebbe mutato orientamento e avrebbe consentito un processo contumacia contro gli imputati assenti, con la conseguenza di ammettere la possibilità di una loro condanna.

<sup>185</sup> L. ARU, *Il processo civile contumacia* cit., 154 ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia* cit., 22 ss.

In altri termini, l'*absens* in età classica, nel processo privato, indica semplicemente colui che è oggettivamente e involontariamente irreperibile,<sup>186</sup> tanto che il suo trattamento può presupporre la qualifica di assenza *rei publicae causa*, quindi dotata di una causa di giustificazione che ne permette un trattamento di favore (come avveniva fin da età repubblicana nel processo criminale).<sup>187</sup> Ovvero, l'assenza poteva essere qualificata *absentia per contumaciam*, che avrebbe indicato il caso del soggetto il quale, pur se regolarmente citato in giudizio, avesse rifiutato di presentarsi in spregio all'autorità giudiziaria.<sup>188</sup> In questo caso, la contumacia avrebbe qualificato con un'accezione negativa l'assenza, tanto che il contumace, pur potendo essere assolto, andava incontro al divieto di appellare una eventuale sentenza di condanna.<sup>189</sup> Nel processo privato era stato già enucleato il concetto di *absentia per latitantiam*, ossia di assenza determinata dalla sottrazione alla *in ius vocatio* effettuata *fraudationis causa*, per frustrare cioè l'azione dell'avversario.<sup>190</sup>

Ecco, siamo convinti che la riflessione giurisprudenziale di età severiana sull'assenza nel processo criminale sia stata influenzata dalle acquisizioni nel frattempo raggiunte nel campo del processo privato a partire dal II secolo d.C., e in particolare dall'elaborazione dell'*absentia per contumaciam*. Si tratta dell'assenza qualificata dalla disobbedienza dell'imputato a presentarsi in un processo nel quale era stato invitato più volte a comparire; adem-

<sup>186</sup> L'*absentia* è qualificata in termini puramente neutri, ossia la mancata presenza nel luogo in cui si taluno è ricercato, senza che occorra pensarlo al di là del mare o ai confini della città: D. 50.16.199 (Ulp. 8 *de omn. trib.*): *Absentem accipere debemus eum qui non est eo loci in quo loco petitur; non enim trans mare absentem desideramus et si forte extra continentia urbis sit, abest*. In termini analoghi si legga D. 39.2.4.5 (Ulp. 1 *ad ed.*), in cui si dice che l'assente che non compare *in iure*, va cercato in casa o nei luoghi a sé familiari. È semplicemente assente, e non contumace, colui che non ha avuto notizia del processo perché non ha udito il banditore o perché non è stato emanato l'editto perentorio, come sostiene Macro in D. 49.8.1.3 (Macer 2 *de appell.*).

<sup>187</sup> *Supra*, § 2. Naturalmente anche nel processo *extra ordinem* di età classica l'assenza giustificata era ammessa come causa di interruzione del processo: D. 48.1.10 (Pap. 2 *def.*): *Inter accusatorem et reum cognitione suscepta, excusatio pro absente iustis rationibus admittitur* rell.

<sup>188</sup> In D. 42.3.53.1 (Herm. 1 *iur. ep.*) il contumace è definito come colui il quale, regolarmente citato in giudizio, rifiuta di presentarsi in spregio all'autorità giudiziaria che lo ha chiamato. Questo fa comprendere l'inerenza della *contumacia* alle *cognitiones extra ordinem* in cui la chiamata in giudizio proveniva da un atto dell'autorità giudiziaria, a differenza del processo formulare in cui, come noto, l'*in ius vocatio* era atto privato dell'attore. Sempre da un passo di Ermogeniano – D. 42.1.53 (Herm. 1 *iur. ep.*) – ricaviamo quali erano i presupposti per la dichiarazione di contumacia, ossia un complesso meccanismo di citazione consistente in tre *edicta*, ovvero una triplice chiamata mediante *litterae*, ovvero ancora un solenne *edictum peremptorium*, realizzati i quali, in mancanza di una *iusta causa absentiae*, sarebbe intervenuta la dichiarazione di contumacia. Su questi profili vd., per tutti A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia* cit., 64 ss.

<sup>189</sup> La volontarietà del comportamento del contumace, il quale decide di non presentarsi in giudizio spiega il trattamento di 'sfavore' – desumibile C. 7.65.1 (Ant. Carac. a. 213) e D. 5.1.73.3 (Ulp. 4 *de omn. trib.*) – derivante, da un canto, dal divieto di appellare l'eventuale sentenza di condanna e, dall'altro, dal cosiddetto *dammum litis*, per vero di controversa interpretazione, ossia dal danno conseguente al non essersi costituiti e, quindi, a non avere avuto la possibilità di difendersi.

<sup>190</sup> Tanto che potevano essere 'latitanti', anche nella stessa città del creditore, i debitori che per sfuggire ai creditori si nascondevano dietro le colonne, come sostenevano i *veteres* citati da Ulpiano in D. 42.5.36 (Ulp. 45 *ad Sab.*). Sulla nozione di *latitatio* – sempre limitata al processo privato come ricorda L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit. 34 – vd., per tutti, con indicazione di fonti e discussione di letteratura, A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia* cit., 41-49, la quale sottolinea come la *latitantia* in età classica abbia finito per essere assorbita all'interno della nozione di *contumacia*.

piute le prescritte formalità, l'ordinamento presume che l'imputato abbia avuto notizia dell'esistenza del processo a suo carico; dunque la mancata costituzione in giudizio viene interpretata nei termini di una offesa all'autorità giudicante.

#### 8. ANALISI DI D. 48.19.5 (ULP. 7 DE OFF. PROC.).

Lo stato del diritto criminale romano in età severiana sul punto relativo al trattamento dell'imputato assente – se si accetta la ricostruzione che abbiamo proposto – era rimasto identico fin dal divieto di Traiano: gli imputati assenti non potevano essere condannati né *extra ordinem* né nei *iudicia publica legitima*.

Tuttavia, l'elaborazione della nozione di *contumacia* in età antoniniana deve avere inciso notevolmente sulla nostra materia, infatti, nella riflessione dei giuristi di età dei Severi troviamo distinto il trattamento dell'assente (senza altra qualifica) da quello dell'*absens per contumaciam*. Mentre nel primo caso lo stato di irreperibilità dell'assente avrebbe giustificato la sua iscrizione, in qualità di *requirendus*, in una apposita lista, nel secondo caso, la contumacia avrebbe spinto i giuristi ad individuare un trattamento punitivo a carico dell'assente. Egli poteva anche essere condannato, sebbene limitatamente al caso dei *crimina leviora*.

Volgiamoci dunque al passo di Ulpiano, cui abbiamo già fatto riferimento quando abbiamo ricordato il divieto di Traiano di condannare gli imputati assenti.<sup>191</sup> Il frammento espone la disciplina del trattamento dell'assente nel processo criminale di età severiana, con alcune notazioni che inducono a fornire una spiegazione del testo sul piano storico. Addurremo in seguito altre testimonianze coeve capaci di puntellare l'impianto del frammento e di fornire una conferma alla sua genuinità:

D. 48.19.5 pr. (Ulp. 7 de off. proc.): *Absentem in criminibus damnari non debere Divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit. adversus contumaces vero, qui neque denuntiationibus, neque edictis praesidium obtemperassent, etiam absentes pronuntiari oportet secundum morem iudiciorum privatorum. Potest quis defendere, haec non esse contraria, quid igitur est? Melius statuetur in absentes pecuniarias quidem poenas, vel eas quae existimationem contingunt, si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse et usque ad relegationem procedi; verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metalla vel capiti poenam non esse absentibus irrogandam.*<sup>192</sup>

<sup>191</sup> *Supra*, § 6.

<sup>192</sup> Sul passo vd.: J. BARON, *Der Denuntiationsprozess* cit., 76 s.; T.O. MARTIN, *A curious parallel: D (48.19)5 pr.-Matt. XIII, 29*, in Seminar 6, 1948, 20-41, con particolare riferimento alle influenze cristiane subite da Ulpiano e che avrebbero spinto i commissari di Giustiniano a non intervenire sul testo e, anzi, a rallegrarsi della presenza di tracce del pensiero cristiano già in Ulpiano; A. DELL'ORO, *I libri de officio* cit., 149 s e nt. 164; R. FREUDENBERGER, *Das Verhalten der römischen Behörden gegen die Christen im 2. Jahrhundert dargestellt am Brief des Plinius an Trajan und den Reskripten Trajans und Hadrians*, München 1967, 106; L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 15 ss.; F. SALERNO, "Ad metalla" aspetti giuridici del lavoro in miniera, in IVRA 54, 2003, 304 nt. 14; A. WACKE, *Audiatur et altera pars* cit., 390 ss.; A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht nach Ulpian. Buch 7 bis 9 De officio proconsulis*, Berlin 2006, 112 ss., il quale sottolinea che la disciplina dettata per la provincia prende le mosse dalla regolamentazione centrale. Nella impostazione dell'autore stupisce che l'analisi delle fonti venga condotta senza in alcun modo distinguere a quale rito processuale si riferiscono i vari interventi in materia di trattamento dell'imputato assente, che si sono succeduti fin dalla fine dell'età repubblicana: ciò rende impossibile seguire fino in fondo la rico-

Dopo avere ricordato il divieto di Traiano di condannare gli assenti, il giurista di Tiro attesta che la nozione di contumacia, elaborata nell'ambito del processo privato, viene estesa in età dei Severi al campo del diritto criminale. Infatti, prosegue il frammento, contro gli assenti, per i quali sia acclarata la contumacia<sup>193</sup> occorre emettere una sentenza secondo il costume ormai invalso nel processo privato. Dobbiamo dedurne che l'assente per contumacia avrebbe potuto essere sia condannato sia assolto, a seconda del convincimento maturato dal giudice.

A questo punto segue una domanda volta a legare la precedente disciplina ad un successivo intervento. Cosa succede, prosegue il passo, tenendo conto del fatto che taluno potrebbe sostenere che il divieto di Traiano di condannare degli assenti ricordato in apertura del passo, e la successiva possibilità di condannare i contumaci, siano in contraddizione. Ecco, l'espressione *melius statuatur* introduce un temperamento prevedendo la possibilità (*statui posse*) – si badi: non la necessità (*pronuntiari oportet*) – di una sentenza contro gli imputati contumaci per le ipotesi di crimini puniti con pene pecuniarie (o stimabili pecuniariamente) fino al limite della *relegatio*; mentre per i casi di pene più gravi, come la condanna *ad metalla* o alla pena capitale, essa non deve essere irrogata a nessun assente, neppure a quello che si è reso contumace.

Orbene, noi siamo convinti che queste due discipline attestate da Ulpiano, lungi dal dimostrare un rimaneggiamento del testo poiché in contrasto l'una con l'altra,<sup>194</sup> possano spiegarsi sul piano storico.

A nostro avviso, l'estensione della nozione di contumacia dal processo privato a quello criminale deve avere avuto come immediata conseguenza quella della introduzione di un

struzione dello studioso. Si vd., infine anche A. LÓPEZ PEDREIRA, *Algunas reflexiones* cit., 378 s.; F. FASOLINO, *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza*, in L. SOLIDORO (a cura di), *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, Torino 2016, 46.

<sup>193</sup> Per il fatto di non avere ottemperato alle *denuntiationes* o agli editti di chiamata in giudizio provenienti, in provincia, dai presidi. Nel processo privato il presupposto per l'avvio della procedura contumaciale era l'emanazione di un *edictum peremptorium*, che consentiva di valutare l'assenza dal processo come spregio all'autorità e di presumere la volontarietà del comportamento. Esso era emanato a seguito di una triplice citazione effettuata mediante *edicta, litterae* o *denuntiationes*, se la stessa andava deserta. La descrizione di questo complesso meccanismo di citazione è contenuta nei frammenti 68-73 del titolo D. 5.1 *'De iudiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat'*. Sulle modalità di accertamento della *contumacia* nel processo privato e per l'esame dei passi indicati vd.: L. ARU, *Il processo civile contumaciale* cit., 154 ss.; E. CORTESE, v. *'Contumacia (dir. rom.)'* cit., 450 s.; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia* cit., 78 ss. Secondo A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht nach Ulpian* cit., 117, non è semplice da precisare quando la pratica del processo contumaciale privato abbia influenzato anche il processo criminale; tuttavia, l'esistenza del processo contumaciale criminale pare attestata da D. 48.1.10 (Pap. 2 *def.*), passo sul quale vd. nt. 187.

<sup>194</sup> Non ci convince l'interpretazione di U. BRASIELLO, *Sull'assenza* cit., 1 ss. e 11 ss., il quale sospetta del passo di Ulpiano sulla base di una asserita contraddizione interna al testo: il principio di divieto di condanna dell'assente introdotto da Traiano contraddirebbe il dovere di pronuncia contro l'imputato *contumax*, che a sua volta sarebbe in contraddizione con la limitazione del divieto di condanna dell'assente ai soli crimini più gravi. Tuttavia, noi crediamo che queste diverse discipline si possano spiegare sul piano storico, come progressivi adeguamenti del trattamento dell'imputato assente compiuti di età severiana. Avendo poi confutato (*supra*, § 6) l'idea di Brasiello, secondo il quale la riforma di Traiano avrebbe riguardato il solo processo *per quaestiones*, possiamo criticare anche l'altro assunto dell'autore e cioè che la disciplina di cui discorre Ulpiano sia relativa alle sole *cognitiones*: invero, crediamo che la materia venne disciplinata in età dei Severi in modo unitario, per quanto si debba riconoscere la progressiva scomparsa delle *quaestiones* nel corso dell'età del principato realizzata in pieno in età dei Severi (*infra*, nt. 199-201).

trattamento differenziato tra imputati assenti per irreperibilità e imputati assenti per contumacia, a seconda della gravità del reato.

Ecco perché in età severiana deve essere stato introdotto un temperamento consistente da un canto, nel limitare la sottrazione alla sanzione penale per i soli *crimina graviora*: in questo caso, sia gli imputati assenti perché irreperibili, sia gli imputati assenti perché contumaci non sarebbero stati punibili con la pena capitale o altre pene equiparate. Dall'altro canto, il temperamento cui accennavamo, consistette nel consentire al giudice (ma senza che sussistesse uno specifico obbligo in questo senso) di pronunciarsi nei soli casi di *crimina leviora*, puniti con pene pecuniarie o ad esse equiparate e, comunque entro il limite della *relegatio*, nei confronti degli *absentes per contumaciam*.

Ci pare, ancora, che tale nuovo assetto potrebbe essere stato frutto di un intervento normativo imperiale, come tanti se ne segnalano, lo vedremo, in questa materia. Ci convince in questo senso l'espressione *melius statuatur*, alla quale non crediamo si possa attribuire un significato discorsivo, del tipo 'meglio si dirà' ovvero 'è meglio dire', poiché in questo senso Ulpiano utilizza di solito l'espressione *melius est dicere*.<sup>195</sup>

Allora si può provare ad attribuire a *melius statuatur* un significato conforme agli usi linguistici di Ulpiano. In particolare, siamo convinti che la locuzione rinvii ad un più opportuno intervento, collocabile tra l'età degli Antonini e quella dei Severi, che ha avuto il merito di adeguare la disciplina del trattamento degli imputati assenti all'introduzione della *contumacia* nel processo criminale. In questo senso, ci convince sia l'impiego dell'avverbio *melius* da parte di Ulpiano per indicare un miglioramento o un perfezionamento rispetto ad un precedente assetto,<sup>196</sup> sia soprattutto il ricorrere di *statuo* con riferimento all'attività normativa dell'imperatore.<sup>197</sup>

In conclusione, la locuzione *melius statuatur*, riconducibile alla mano di Ulpiano<sup>198</sup> e non ad una glossa,<sup>199</sup> potrebbe descrivere il trattamento dell'imputato assente in età dei

<sup>195</sup> D. 5.1.61 (Ulp. 26 *ad ed.*); D. 9.2.27 (Ulp. 18 *ad ed.*); D. 9.4.8 (Ulp. 37 *ad ed.*); D. 15.1.19 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 24.3.14 (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 27.4.3 (Ulp. 39 *ad ed.*); D. 39.2.40 (Ulp. 43 *ad Sab.*); D. 41.1.44 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 43.4.3 (Ulp. 68 *ad ed.*); D. 48.5.30(29) (Ulp. 4 *de adult.*).

<sup>196</sup> Si cfr. i seguenti riscontri: D. 26.4.5.1 (Ulp. 35 *ad ed.*); D. 34.4.3.9 (Ulp. 24 *ad Sab.*); D. 41.1.44 (Ulp. 19 *ad ed.*). Ancora l'espressione *melius erit*, nel significato di sarà più opportuno compare in D. 42.1.15.7 (Ulp. *De off. proc.*). Per altri riferimenti dell'utilizzo di *melius* nella giurisprudenza cfr. V.I.R., I, Berolini 1903, v. 'bonus', 596/3-597/20.

<sup>197</sup> Si cfr. D. 1.4.1 (Ulp. 1 *inst.*) con riferimento ad *epistulae* e *subscriptions*; D. 24.1.3 (Ulp. 32 *ad Sab.*) con riferimento forse ai *decreta* o ai rescritti; D. 26.2.1 (Ulp. 34 *ad Sab.*) con riferimento ai rescritti; D. 50.2.3.1 (Ulp. 3 *de off. proc.*) con riferimento agli editti. In V.I.R., V, Berolini 1939, v. 'statuo', sub III, 673, il nostro verbo ha un significato corrispondente a *constituo*, verbo impiegato da Gaio (Gai 1.5) proprio per indicare il diritto scaturente dalle costituzioni imperiali. Il verbo *statuo* è impiegato largamente dalla cancelleria nelle costituzioni imperiali, come si ricava da R. MAYR, *Vocabularium codicis Iustiniani. Pars prior (pars latina)*, Pragae 1923, col. 2303, v. 'statuere'.

<sup>198</sup> Significativamente, difende il *principium* del passo di Ulpiano che ci occupa, addirittura S. SOLAZZI, *L'editto «qui absens iudicio defensus non fuerit»*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli 1917, 428 s. nt. 2. Per la genuinità del testo vd. ancora: E. VOLTERRA, "Delinquere" nelle fonti giuridiche romane, in *Scritti giuridici*, VII (*Diritto criminale e diritti nell'antico Oriente mediterraneo*), Napoli 1999, 148 (= 16 dell'originale). Accogliendo la genuinità della locuzione *melius statuatur* non possiamo condividere i dubbi sulla genuinità del testo manifestati da M. WLASZAK, *Anklage und Streitbefestigung* cit., 58 nt. 14.

<sup>199</sup> Per la presenza di un glossema nel passo di Ulpiano vd.: P. KOSCHAKER, Rec. a M. WLASZAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalprozess der Römer*, in ZSS 40, 1919, 368 e nt. 1. Escludiamo che il

Severi, distinguendo l'assente irreperibile, che non può mai essere condannato, dall'assente contumace, che può essere condannato solo per i crimini puniti meno gravemente, ossia con una pena pecuniaria e fino al limite della *relegatio*. Si tratta di una disciplina attestata per le sole *cognitiones extra ordinem* e non per le *quaestiones publicae*, per le quali doveva restare valido il divieto risalente a Traiano di condanna dell'imputato assente;<sup>200</sup> tuttavia il problema dell'estensione di questa regola ai *iudicia publica legitima* dovette avere una limitata portata pratica in età severiana, poiché l'operatività delle *quaestiones*, prima quelle capitali e,<sup>201</sup> poi, le altre<sup>202</sup> si venne ben presto esaurendo.<sup>203</sup>

## 9. CONFERME ALL'IMPIANTO DEL PASSO DI ULPIANO DESUMIBILI DA ALTRE FONTI DI ETÀ SEVERIANA.

L'impianto del passo di Ulpiano e il complesso delle informazioni che se ne possono desumere viene confermato dall'esame di altri passi di età severiana, primo fra tutti un

tratto introdotto da *melius statuatur* possa essere una glossa anche perché si tratterebbe di un passaggio troppo lungo per precisare la disciplina precedentemente esposta, dunque contrariamente alla logica esplicativa o correttiva di una glossa, che ha per definizione stessa una certa limitatezza di estensione. Del resto, a volere espungere il tratto, il passo resterebbe monco e privo della distinzione tra crimini puniti più gravemente e crimini puniti meno gravemente, distinzione che è invece caratteristica della disciplina severiana della nostra materia. Mentre secondo F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, 407, il tratto compreso tra *quis defendere e ad relegationem procedi*, che non interessa ai nostri fini tanto che non lo abbiamo neppure trascritto, ha tutta l'aria di essere una glossa. E. ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, in *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano 1936, 157 s., ritiene il passo interpolato, ma solo sulla base di indizi formali poco consistenti.

<sup>200</sup> A meno di non voler credere che anche per l'imputato nelle *quaestiones publicae* fosse possibile un accertamento della contumacia parallelo a quello delle *cognitiones*. A stretto rigore, provenendo la chiamata in giudizio nelle *quaestiones* dall'accusatore (*in ius eductio*), non sarebbe configurabile la *contumacia* intesa come spregio all'autorità di presentarsi in giudizio. Ma poiché la chiamata in giudizio, come visto precedentemente (*supra*, § 4), nel giorno dell'udienza proveniva dal presidente della *quaestio* che aveva effettuato la *nominis receptio in absentia rei*, avrebbe potuto legarsi a quell'invito la disobbedienza a presentarsi in giudizio da parte dell'imputato; naturalmente, si sarebbero dovuti attivare in questo tipo di procedura equivalenti misure volte ad assicurare la conoscenza del processo e, dunque, a fare scattare la valutazione circa la volontarietà della mancata presentazione in giudizio dell'imputato.

<sup>201</sup> D. 48.1.8 (Paul. *lib. sing. de iud. pub.*): *Ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit, durante tamen poena legum, cum extra ordinem crimina probantur.*

<sup>202</sup> D. 1.12.1 pr. (Ulp. *lib. sing. de off. praef. urbi*): *Omnia omnino crimina praefectura urbis sibi vindicavit nec tantum ea quae intra urbem admittuntur, verum ea quoque quae extra urbem intra Italiam epistola divi Severi ad Fabium Cilonem praefectum urbi missa declaratur.*

<sup>203</sup> Solo fino al II secolo d.C. è attestata l'operatività delle *quaestiones publicae* vd.: U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano* cit., 46; ID., *Sulla desuetudine dei «iudicia publica»*, in *Studi Betti*, IV, Milano 1962, 554 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 223 s.; secondo il quale il fenomeno dell'atrofizzarsi dei *iudicia publica* si sarebbe verificato anche precedentemente all'età dei Severi, in concomitanza con il fenomeno della graduale repressione *extra ordinem* di crimini contemplati da leggi pubbliche del popolo romano. Di conseguenza, conclude l'autore, se anche per i giuristi severiani i giudizi pubblici erano considerati materia ancora viva, essi erano ormai atrofizzati e in concreto sostituiti dalla repressione *extra ordinem*. Secondo F. BOTTA, *Opere giurisprudenziali "de publicis iudiciis" e cognitio extra ordinem criminale*, in *Studi Martini*, I, Milano 2008, 292 s., la completa attribuzione della giurisdizione criminale agli organi straordinari si ha solo a partire dalla prima età dei Severi; nelle opere *de publicis iudiciis* di III secolo, il processo per *quaestiones* forniva una cornice teorica di riferimento ai processi delle *cognitiones extra ordinem*.

noto passo di Marciano caratterizzato dai medesimi principi ispiratori volti ad esporre il trattamento dell'assente nel processo criminale di età severiana:

D. 48.17.1 pr. (Marc. 2 publ.): *Divi Severi et Antonini Magni rescriptum est, ne quis absens puniatur: et hoc iure utimur, ne absentes damnentur: neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur. 1. si autem gravius quis puniatur, puta in opus metalli vel similem poenam sive capitale: hoc casu non est irroganda in absentem poena, sed absens requirendus adnotatus est, ut copia sui praestet.*<sup>204</sup>

La intelligenza del passo non può prescindere dalla sicura caduta di un tratto centrale in cui il giurista si occupava del trattamento dell'assente nel caso di *crimina leviora*, come riconosciuto fin da Mommsen,<sup>205</sup> la cui opinione è generalmente accolta in dottrina.<sup>206</sup> L'inciso *si autem gravius quis puniatur*, nell'introdurre la disciplina nel caso di *crimina graviora*, si giustifica solo presupponendo che precedentemente Marciano avesse discusso dei *crimina leviora*, seguendo un *iter* comune, anche in questo, al passo di Ulpiano analizzato nel paragrafo precedente.

Tutto lascia credere, dunque, che anche Marciano descrivesse il regime che permetteva la condanna dell'assente contumace nel caso di crimini puniti con pena pecuniaria o fino al limite della *relegatio*. In ordine a quello che, invece, del passo è pervenuto possiamo desumere le due seguenti informazioni che non solo non contrastano fra loro, ma si accordano perfettamente con quanto ricavato da D. 48.19.5. pr. (Ulp. 7 *de off. proc.*):

(a) secondo un rescritto di Settimio Severo e Antonino Caracalla, nessun assente deve essere condannato: la *ratio aequitatis* non tollera, infatti, alcuna condanna *inaudita causa*: si tratta di una posizione conforme al precedente di Traiano citato da Ulpiano;

(b) per i crimini puniti con pena più grave, come la condanna *ad metalla* o la pena capitale, all'assente non va irrogata alcuna sanzione, la quale è sostituita dalla *adnotatio* dell'assente in qualità di *requirendus*, come deterrente all'irreperibilità.

Si tratta di due punti che non sono in contraddizione a patto di ricordare quanto la disciplina della *contumacia* abbia inciso sulla nostra materia. Il rescritto di età severiana richiamato nel *principium* del passo [punto (a)] ben può esprimere, sulla scia del precedente di Traiano, che nessun assente debba essere condannato. Infatti, solo il contumace è punibile per i reati meno gravi, mentre l'assente non contumace è da assolvere per qualunque crimine sia imputato. Ed anche la riflessione contenuta nel *principium* è coerente con que-

<sup>204</sup> I seguenti studiosi hanno avuto modo di occuparsi del frammento: M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung* cit., 58 nt. 14, 59 nt. 18 e 60 nt. 20; L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 92; A. WACKE, *Audiatur et altera pars* cit., 390 ss.; A. LÓPEZ PEDREIRA, *Algunas reflexiones* cit., 380; F. LONGCHAMPS DE BERIER, *Audiatur et altera pars. Eine fehlende Säuleninschrift am Warschauer Justizpalast und die Bedeutung der Parömie im polnischen Recht*, in J. HALLEBEEK, M. SCHERMAIER, R. FIORI, E. METZGER, J.-P. CORIAT (a cura di), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudevijn Sirks*, Göttingen 2014, 434, con difesa della genuinità del passo. Cfr. inoltre, sotto il profilo della sistematica delle opere 'de publicis iudiciis' F. BOTTA, *Opere giurisprudenziali "de publicis iudiciis" e cognitio extra ordinem criminale* cit., 314 ss., il quale istituisce un felice parallelo con il libro settimo dell'opera *de officio proconsulis* di Ulpiano.

<sup>205</sup> *Digesta Iustiniani. Editio maior*, II, Berolini 1870, 839, nt. 3: *excidit caput de absentium in poenas leviores damnatione* (cf. D. 48,19,5 pr.). Similmente nell'*Editio minor*, I, rist. Hildesheim 1988, 861 nt. 24: *intercidit caput de absentium in poenas leviores damnatione* (Mo.).

<sup>206</sup> M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung* cit., 59 nt. 18.

sti principi: l'assente, anche se contumace, non è condannabile alle pene più gravi o alla pena capitale previste per i *crimina graviora*.<sup>207</sup>

Ciò detto, crediamo che il contenuto del passo sia classico, in particolare siamo convinti che debba risalire a Marciano l'inciso *hoc iure utimur*, sospettato di essere interpolato insieme a tutto il *principium*.<sup>208</sup> Infatti, è stato dimostrato che l'espressione *hoc iure utimur*, oltre ad essere spessissimo impiegata dai giuristi romani – a tacer d'altri, si pensi a Gaio<sup>209</sup> – trova applicazione anche nelle fonti letterarie a partire da Terenzio.<sup>210</sup>

Crediamo genuino anche il paragrafo 1 del frammento. Innanzi tutto per una ragione di ordine logico: se fossero stati i bizantini a scrivere il tratto *si autem-praestet* che contiene la disciplina dell'assenza per i casi di crimini più gravi, non ci spiegheremmo la cesura relativa al segmento in cui Marciano si stava occupando dei crimini più lievi: il passo, infatti, risente di una sconnesione evidente che non si spiega se si pensa ad un rimaneggiamento successivo che avrebbe, al contrario, dovuto evitare proprio ogni illogicità nel testo.

Inoltre, sia l'espressione *gravius quis puniatur*, e più in genere la classificazione dei crimini in più gravi e meno gravi, sia la categoria dei crimini capitali che compare nel passo crediamo possa ricondursi all'originale classico.

Cominciamo dall'espressione *gravius quis puniatur*. In letteratura sono stati segnalati diversi luoghi del Digesto, tutti classici, in cui si riscontra un uso del comparativo simile a quello (*gravius*) presente nel nostro passo.<sup>211</sup> Inoltre, non mancano testi, due dei quali di Ulpiano,<sup>212</sup> capaci di attestare l'impiego del comparativo di *gravis* per indicare un reato punito con una pena più grave.<sup>213</sup> Possiamo concludere dicendo che la distinzione tra

<sup>207</sup> Diversamente, secondo la lettura di U. BRASIELLO, *Sull'assenza* cit., 2 s., le due parti del passo di Marciano conterrebbero una contraddizione (l'assente non si può mai condannare / l'assente non si può condannare nei soli crimini più gravemente puniti o capitali) che si spiegherebbe pensando che la prima parte del frammento si riferisca alle *quaestiones publicae* e la seconda alle *cognitiones*. Tuttavia, oltre alle già esposte (*supra*, nt. 194) ragioni di dubbio circa la ricostruzione di Brasiello, crediamo che si possa aggiungere la seguente considerazione. Ci sembra difficile credere che in età severiana, quando ormai il processo per *quaestiones* era quasi completamente estinto potessero essere emessi rescritti proprio per questo tipo di processo, si tratta di una difficoltà a riferire il rescritto menzionato nel *principium* di D. 48.17.pr.-1 (Marc. 2 *publ.*) al solo processo per *quaestiones*.

<sup>208</sup> Da parte di: H. NIEDERMEYER, *Über antike Protokoll-Literatur*, Göttingen 1918, 78; P. KOSCHAKER, Rec. a M. WŁASSAK, *Anklage und Streibefestigung* cit., 368 e nt. 1, con letteratura; F. PRINGSHEIM, *Jus aequum und jus strictum*, in ZSS 42, 1921, 646 nt. 8, ritiene interpolato il passo in virtù del riferimento all'*aequitas* che per l'autore sarebbe di ascendenza bizantina; similmente vd. G. VON BESELER, *Aequitas*, in ZSS 45, 1925, 455.

<sup>209</sup> Gaio impiega diverse volte l'espressione *alieno iure utimur*: 1.80; 1.135; 2.227; 3.64; 4.163.

<sup>210</sup> In aderenza ad una concezione strumentalistica del diritto, caratteristica dell'età repubblicana, per la quale vd. R. SANTORO, *'Iure uti' in Ter., Hec. Prol. II, 3-4*, in AUPA 49, 2004, 235 ss.

<sup>211</sup> E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* cit., 374 s., segnala D. 26.10.1.8 (Ulp. 35 *ad ed.*): *facta atrociora*, D. 49.7.1.5 (Ulp. 4 *de appell.*): *graviora crimina*, D. 39.4.16.1 (Marc. *lib. sing. de delat.*): *gravius admisisse*, D. 49.16.3 (Mod. 4 *de poen.*): *gravius ... admiserit*. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 246 nt. 204, ritiene che la distinzione tra crimini più e meno gravi si debba all'elaborazione da parte della giurisprudenza classica.

<sup>212</sup> Si tratta di testi non sospettabili di essere stati interpolati, provenendo dalla *Collatio legum*: Coll. 11.7.1.3: *VLPIANUS libro octavo de officio proconsulis sub titulo de abigeis: Rescriptum divi Hadriani sic loquitur, quasi grauior poena sit metalli: nisi forte hoc sensit diuus Hadrianus gladii poenam dicendo ludi damnationem*. Coll. 15.2.1.3: *VLPIANUS libro VII de officio proconsulis sub titulo de mathematicis et uaticinatoribus: ... Nam qui de principis salute, capite puniti sunt uel qua alia poena grauiore adfecti*.

<sup>213</sup> Cominciamo con un passo dello stesso Marciano: D. 48.19.11 (Marc. 2 *de pub. iud.*): *... in grauior-*

*crimina graviora* e *crimina leviora*, che sta alla base del trattamento dell'assente secondo Ulpiano e Marciano, era ben nota ai giuristi classici.

Costoro certamente conoscevano anche la categoria dei crimini capitali come dimostra un passo di Modestino, ritenuto genuino in letteratura,<sup>214</sup> che riconduce l'*appellatio* '*capitalis*' nel linguaggio giuridico, a differenza di quello corrente, al crimine che comporta la pena di morte o la perdita della cittadinanza: D. 50.16.103 (Mod. 8 *reg.*): *licet 'capitalis' Latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis mortis vel amissionis civitatis intellegenda est.*

In conclusione, crediamo di potere affermare la genuinità del passo di Marciano e la classicità delle informazioni che ne desumiamo, le quali si integrano con i dati forniti da Ulpiano in D. 48.19.5 (Ulp. 7 *de off. proc.*): in età dei Severi, a fronte del generico divieto di condannare gli assenti e fino a quel momento vigente, si precisò che in realtà l'assente contumace poteva (non doveva) essere condannato *extra ordinem* se accusato di *crimina leviora*, mentre il divieto assoluto di condanna, valido per tutti gli assenti, anche se contumaci, restava in vigore per i processi incardinati innanzi alle *quaestiones publicae* residue e per i *crimina graviora*, puniti *extra ordinem* con le pene più gravi, ossia la condanna *ad metalla* e la pena capitale.<sup>215</sup> In quest'ultimo caso, all'assente irrepibile veniva irrogata la misura della iscrizione in qualità di *requirendus* in una apposita lista, al fine di 'costringerlo' a costituirsi in giudizio, dietro la minaccia dell'irrogazione di una sanzione di carattere pecuniario.

*ribus poenis*. Si vd. ancora: D. 48.5.39(38).3 (Pap. 36 *quaest.*): *crimina graviora*; D. 48.7.1.5 (Ulp. 4 *de appell.*): *graviora crimina*; D. 48.19.14 (Macer 2 *de re milit.*): *Quaedam delicta pagano aut nullam aut leviolem poenam irrogant, militi vero graviorem*; D. 48.20.7 pr. (Paul. *lib. sing. de port. quae liberis damantorum conceduntur*): *graviorem poenam*; D. 49.16.4.10 (Arr. Men. 1 *de re milit.*): *gravius autem delictum*; D. 49.16.4.14 (Arr. Men. 1 *de re milit.*): *levius itaque delictum emansionis habetur, ut erroris in servis, desertionis gravius, ut in fugitivis*; D. 50.2.5. (Pap. 2 *quaest.*): *crimine leviolem*. Cfr. anche C. 9.1.1 e C. 9.40.1.

<sup>214</sup> A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi fini*, Napoli 1966, 141, il quale specifica che nel linguaggio giuridico '*poena capitalis*' deve essere intesa in senso più ristretto rispetto alla lingua latina corrente; R. FIORI, *Homo sacer* cit., 56 s., con letteratura. Infine, E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* cit., 354 s., riferisce all'elaborazione della giurisprudenza classica la distinzione tra crimini capitali e non capitali. Ancora, lo studioso sottolinea (330) come il lemma *caput*, in tutti gli impieghi penalistici, indichi la punizione che costa la testa al reo. Infine, rileva ai nostri fini un passo del giurista Paolo in cui si distingue tra *iudicia publica capitalia* e *iudicia publica non capitalia*, a seconda che comminino la pena di morte o la perdita della cittadinanza in virtù dell'esilio, istituto che ha ormai assorbito l'*aquae et ignis interdictio*, ovvero che prevedano pene pecuniarie o coercizioni corporali: D. 48.1.2 (Paul. 15 *ad ed. praet.*): *Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt quaedam non capitalia. capitalia sunt ex quibus poena mors aut exilium est, hoc est aquae et ignis interdictio: per has enim poenas eximitur caput de civitate ... non capitalia sunt, ex quibus pecuniaria aut in corpus aliqua coercitio poena est.*

<sup>215</sup> Due costituzioni imperiali consentono di confermare queste conclusioni. Secondo C. 9.40.1 (Ant. Carac. a. 211) l'assente imputato per *gravia crimina* non può essere condannato, ma deve essere annotato in qualità di *requirendus* al fine di dargli la possibilità di costituirsi in giudizio e dimostrare la sua innocenza. Il testo rileva ai nostri fini perché dimostra l'impiego anche da parte della cancelleria imperiale della categoria dei crimini (più) gravi, contrapposta a quella dei crimini (più) lievi. Rileva anche C. 9.2.6 pr. (Gord. a. 243), rescritto che ribadisce il divieto di condannare l'imputato assente accusato di un crimine capitale, il quale, secondo la consuetudine, va annotato come soggetto *requirendus* in aderenza ad un *vetus ius*, che non avremmo difficoltà a riportare all'applicazione consuetudinaria, nella prassi dei tribunali, del primo divieto di condanna degli assenti disposto da Traiano, secondo la testimonianza di Ulpiano contenuta in D. 48.19.5 pr. (Ulp. 7 *de off. proc.*). Del resto, Traiano, come detto, conosceva già la pratica dell'*adnotatio* dell'imputato di crimine capitale assente.

Se volessimo ridurre ad una sola proposizione la disciplina dell'assenza nel processo criminale di età classica, potremmo dire che l'assente andava sempre assolto, a meno che non fosse dichiarato contumace in un processo incardinato *extra ordinem* e per il quale era prevista la condanna *usque ad relegationem*. In caso di irreperibilità, a fronte del divieto di condanna dell'imputato assente, in diritto romano era prevista l'iscrizione del reo in una lista di *requirendi*, volta a spingere l'assente irreperibile a presentarsi in giudizio, pena, dopo il protrarsi della irreperibilità per un anno, l'incameramento dei beni da parte del fisco.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2017  
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220