



TEORIA E STORIA
DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE
PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

MARGHERITA SCOGNAMIGLIO

Actio iniuriarum e capitis praeiudicium

Numero XVII – Anno 2024
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. Autònoma de Barcelona), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), A. Guasco (Univ. Telematica Giustino Fortunato), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), P. Pasquino (Univ. Cassino), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

Coordinatore: C. De Cristofaro (Univ. Salerno) – **Membri:** M. Amabile (Univ. Salerno), M. Beghini (Univ. Roma Tre), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano), A. Natale (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Teoria e Storia del Diritto Privato

ISSN: 2036-2528

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider: Aruba S.p.A., Via San Clemente n. 53, Ponte San Pietro (BG), P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

*Actio iniuriarum e capitis praeiudicium**

SOMMARIO: 1. Connessione per fatto e *translatio* retorica – 2. La *constitutio translativa* tra *praescriptio* ed *exceptio*: l'*exceptio 'extra quam in reum capitis praeiudicium fiat'* – 3. Ipotesi sugli effetti della connessione tra *actio iniuriarum* e *iudicium inter sicarios*.

1. Connessione per fatto e '*translatio*' retorica

Il tema della connessione per fatto tra azioni penali *ex delicto* e azioni criminali è particolarmente complesso e risulta indagato sia con riferimento all'individuazione di regole di carattere generale, sia in relazione a specifiche azioni¹.

* Il contributo è destinato agli *Scritti in onore di Letizia Vacca*, in corso di pubblicazione.

¹ La letteratura è ampia e mi limito a citare C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di Monografie*, Milano, 1906, 222 ss.; H. PISSARD, *Les questions préjudicielles en droit romain*, Paris, 1907, in particolare 99 ss.; F. AVONZO, *Coesistenza e connessione tra 'iudicium publicum' e 'iudicium privatum'*. *Ricerche sul tardo diritto classico*, in *BIDR*, 59-60, 1954, 125 ss.; K. HACKL, *'Praeiudicium' im klassischen römischen Recht*, Salzburg-München, 1976, in particolare 121 ss., 168 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht²*, München, 1996, in particolare 70 ss., 247 ss., 258 ss. Sulla relazione tra *crimina* e *delicta*, tra la vasta letteratura mi limito a segnalare per tutti: L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, 2.14, Berlin-New York, 1982, 682 ss., ora in *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano*, a cura di B. Cortese, S. Galeotti, G. Guida e G. Rossetti, Napoli, 2015, 217 ss., e da ultima S. GALEOTTI, *'Delictum' e 'crimen': la qualificazione dell'illecito nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive*, I.1, *Le discipline*

Oltre alle questioni concernenti i criteri di connessione, questa tematica ha fatto sorgere discussioni relative a molteplici altri aspetti. Che tipo di interferenza può produrre la connessione tra azioni? Sospensione di un’azione (quella privata) a vantaggio dell’altra (quella criminale) considerata di maggiore importanza, pregiudizialità in senso processuale o mera ‘suggestione’ dei giudici del secondo processo rispetto alla decisione dei giudici del primo? Cosa si intende per *praeiudicium*? Quale strumento può essere utilizzato dal convenuto nel giudizio privato per evitare che nei suoi confronti sia pronunciata una sentenza che produca effetti giuridici o di fatto sul concomitante procedimento criminale: una *exceptio* o una *praescriptio pro reo*? Qual è la relazione tra *translatio* retorica³,

generali, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2022, 21 ss. Sul concorso di azioni penali private si veda recentemente: G. ROSSETTI, *Il concorso di azioni penali private ‘ex uno facto’: casistica giurisprudenziale e ‘ius controversum’*, in *TSDP*, 15, 2022, www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, sez. ‘Contributi’ e con riguardo allo specifico tema che verrà trattato nel corso di questo contributo: M. MARRONE, *L’efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, 24, 1955; R. FIORI, ‘*Ea res agatur*’, Milano, 2003, 20 ss.; M. MIGLIETTA, ‘*Servus dolo occisus*’. Contributo allo studio del concorso tra ‘*actio legis Aquiliae*’ e ‘*iudicium ex lege Cornelia de sicariis*’, Napoli, 2001, 151 ss.; D. MANTOVANI, ‘*Praetoris partes*’. La ‘*iurisdictio*’ e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, a cura di M.G. Di Renzo Villata, Napoli, 2003, 111 ss.; L. PELLECCHI, *La ‘praescriptio’. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003, 121 ss., nt. 52; B. ALBANESE, *La ‘vetus atque usitata exceptio’ di Cic.*, *De orat.* 1, 37, 168, in *AUPA*, 49, 2004, 27 ss.; M. VARVARO, *Ricerche sulla ‘praescriptio’*, Torino, 2008, 40 ss., 76 ss.; G. TURELLI, *La nozione di ‘translatio’ tra retorica e processo civile romano*, in ‘*Jus Brixiae et alibi*’. *Scritti scelti offerti ad A. Sciumè*, a cura di A.A. Cassi e E. Fusar Poli, Torino, 2022, 393 ss.

² Per tutti: F. AVONZO, *Coesistenza*, cit., 125 ss., 128 ss.

³ Per le definizioni elaborate dai retori tra la fine della repubblica e la prima età imperiale si veda: Cic. *de inv.* 1.8.10; 1.11.16; 2.19.57-20.61; *de orat.* 3.70; *part. or.* 99-100; *rhet. Her.* 1.12.22; 2.12.18; Quint. *inst. or.* 3.6.68-77; 3.6.83-84; 7.5.1.

*praescriptio pro reo ed exceptio*⁴?

⁴ Il tema è complesso e si inserisce nel più ampio contesto della relazione intercorrente tra la retorica e il diritto. Dunque, attualmente si sostiene che, almeno con riguardo al diritto romano, i due saperi si integravano reciprocamente, sebbene fossero oggetto di studi specifici e differenziati, tanto da indurre Aquilio Gallo a dichiarare che le discussioni vertenti esclusivamente attorno al ‘fatto’ e che non ponevano questioni squisitamente giuridiche erano di pertinenza degli esperti di retorica e non di diritto: *nihil hoc ad ius, ad Ciceronem* (Cic. *top.* 12.51). Com’è noto, il dibattito intorno al rapporto e alle interferenze tra la retorica e il diritto – e in particolare il diritto romano – non è ancora sopito, sebbene oggi trovi sempre maggiore consenso tra gli studiosi, sia filologi sia giuristi e nello specifico giusromanisti, la teoria secondo cui le tecniche retoriche di argomentazione costituiscono una base indispensabile per ogni ragionamento giuridico, tanto in ambito privatistico, quanto in ambito pubblicistico e criminale. La bibliografia sul rapporto tra la retorica e il diritto romano è sterminata, pertanto mi limito a citare: J. STROUX, ‘*Summum ius summa iniuria*’. Ein Kapitel aus Geschichte der ‘interpretatio iuris’, in *Festschrift Paul Speiser-Sarasin zum 80. Geburtstag*, Leipzig, 1926, che citerò dalla *Versione dal tedesco di G. Funaioli, con Prefazione di S. Riccobono* (‘*Summum ius summa iniuria*’. Un capitolo concernente la storia della ‘interpretatio iuris?’), in *AUPA*, 12, 1929, 639 ss., 647 ss.; E. LEVY, *Recht und Gerechtigkeit, Besprechung J. Stroux, ‘Summum ius summa iniuria’*, in *ZSS*, 48, 1928, 668 ss., ora in *Gesammelte Schriften*, I, Köln-Graz, 1963, 23 ss., da cui si cita; E. ALBERTARIO, *La [cosiddetta] crisi del metodo interpolazionistico*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d’insegnamento*, I, Milano, 1930, 611 ss., ora in *Studi di diritto romano*, V, Milano, 1937, 67 ss.; F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934, I *principi del diritto romano*, trad. it., Firenze, 1946, da cui si cita; ID., *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, da cui si cita; F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, Milano, 1938; A. STEINWENTER, *Rhetorik und römischer Zivilprozeß*, in *ZSS*, 65, 1947, 69 ss.; E. MEYER, *Der Einfluß der rhetorischen Theorie der ‘Status’ auf die römische Jurisprudenz, in besondere auf die Auslegung der Gesetz und Rechtsgeschäfte*, in *ZSS*, 75, 1958, 91 ss.; U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967; B. VONGLIS, *La lettre et l’esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris, 1968; G.G. ARCHI, ‘*Interpretatio iuris*’, ‘*interpretatio legis*’, ‘*interpretatio legum*’, in *ZSS*, 87, 1970, 1 ss.; A. SCHIAVONE, *Retorica e giurisprudenza*, in *Labeo*, 16, 1970, 240 ss.; F. SERRAO, voce *Interpretazione della legge*, cit., 243 ss.; F. WIEACKER, *Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz*, in *Festschrift Max Kaser*, München, 1976, 3 ss.; R.A. BAUMAN, *The ‘Leges iudiciorum publicorum’ and their Interpretation in the Republic*,

Principate and Later Empire, in *ANRW*, 2.13, Berlin-New York, 1980, 103 ss.; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982; L. CALBOLI MONTEFUSCO, *Logica, retorica e giurisprudenza nella dottrina degli ‘status’*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall’età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del seminario di S. Marino 7-9 gennaio 1993*, a cura di D. Mantovani, Torino, 1996, 209 ss.; G. SPOSITO, *Il luogo dell’oratore. Argomentazione topica e retorica forense in Cicerone*, Napoli, 2001; R. MARTINI, *Antica retorica giudiziaria (Gli ‘status causae’)*, in *Studi sen.*, 116, 2004, 30 ss.; *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, a cura di B. Santalucia, Pavia, 2009; M. SCOGNAMIGLIO, ‘*Nullum crimen sine lege*’. *Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Salerno, 2009; EAD., *Tra retorica e diritto. Alcuni esempi di interpretazione delle ‘leges iudiciorum publicorum’ nelle orazioni di Cicerone*, in *La repressione criminale nella Roma repubblicana tra norma e persuasione*, a cura di B. Santalucia, Pavia, 2009, 265 ss.; *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio (Trani, 22-23 maggio 2009). Atti*, a cura di A. Lovato, Bari, 2011; G. COSSA, *I giuristi e la retorica*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen – Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, a cura di C. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci ed E. Stolfi, Trento, 2012, 299 ss.; M.L. BICCARI, *Dalla pretesa giudiziale alla ‘narratio’ retorica (e viceversa). Spunti di riflessione sulla formazione dell’avvocato romano e la sua azione*, Torino, 2017; F. PROCCHI, *Strategia e tecnica retorica nella ‘cognitio senatus’: a proposito di πρόληψις in Plin., ep. 3.9*, in *AUPA*, 64, 2021, 49 ss. Oggi, dunque, si assiste a un rifiorire di studi sulla retorica antica e moderna e sempre maggiore attenzione viene dedicata – da parte di filologi e di giuristi – alle questioni inerenti al rapporto tra dottrina degli *status*, topica argomentativa e applicazione concreta del diritto, con riferimento alle esperienze giuridiche sia antiche, che moderne. Mi riferisco, soltanto per fare alcuni esempi, a quanto posto in luce in taluni studi a proposito della rivalutazione, nei moderni processi penali, della rilevanza della prova retorica (su cui si veda M. MICELI, *Tipologia della «prova» e dei «riti» all’interno dei sistemi processuali di tipo accusatorio. La prova retorica: struttura, funzione, razionalità*, in P. CERAMI, G. DI CHIARA, M. MICELI, *Profili processualistici dell’esperienza giuridica europea. Dall’esperienza romana all’esperienza moderna*, Torino, 2003, spec. 98 ss.); oppure all’importanza della nozione e della tecnica argomentativa degli *status* di *scriptum et voluntas* e di *ratiocinatio* ai fini della distinzione, sul piano della teoria generale del diritto, tra interpretazione estensiva e analogia (su cui si veda M. SCOGNAMIGLIO, ‘*Nullum crimen*’, cit., 47 ss.); o ancora, all’utilità della conoscenza della struttura e dei *topoi* della *coniectura*, della *definitio* e della *qualitas*, enunciati dai retori antichi, per dirimere le

Numerosi sono stati i tentativi di rispondere a questi interrogativi e svariate le prospettive adottate dagli studiosi. La problematica sulla quale intendo soffermarmi, per ragionare sui risultati sin qui raggiunti dagli studiosi che se ne sono occupati, attiene al primo degli aspetti controversi segnalati, vale a dire gli effetti della connessione tra azioni, limitando queste brevi note al caso peculiare e ben noto della connessione tra *actio iniuriarum* e *quaestio inter sicarios* e alla natura e alla funzione dell’*exceptio ‘extra quam in reum capitis praeiudicium fiat’*. La chiave di lettura che sarà adottata per affrontare questo argomento è quella che fa leva sullo schema e sullo sviluppo del ragionamento retorico relativo alla *translatio*⁵.

Il primo tema, di carattere preliminare, su cui è utile tornare è, dunque, rappresentato dalla collocazione della *translatio* all’interno della dottrina degli *status* nei manuali retorici di epoca repubblicana e imperiale.

Imprescindibili al riguardo sono le note ricerche condotte dalla Calboli Montefusco, esposte – con riferimento al tema di nostro interesse – soprattutto in due studi, l’uno intitolato *La ‘translatio’ e la ‘praescriptio’ nei retori latini*⁶ e l’altro, monografico, su *La dottrina degli ‘status’ nella retorica greca e romana*, ove alla *translatio* sono dedicate dense pagine⁷.

Com’è noto, l’invenzione della *translatio* veniva attribuita già dagli antichi ad Ermagora, il quale l’aveva inserita nel *genus rationale*,

controversie circa, rispettivamente, all’*an sit*, al *quid sit*, e al *qualis sit* di un fatto giuridico (si rinvia, per una disamina di carattere generale, a quanto sostenuto da R. MARTINI, *Antica retorica*, cit.).

⁵ Sulla polisemia di *translatio* rinvio al recente studio di G. TURELLI, *La nozione*, cit., 399 ss.

⁶ L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La ‘translatio’ e la ‘praescriptio’ nei retori latini*, in *Hermes*, 103, 1975, 212 ss.

⁷ L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli ‘status’ nella retorica greca e romana*, Hildesheim-Zürich-New York, 1986, spec. 139 ss.

insieme alla *coniectura*, alla *definitio* e alla *qualitas*⁸. La collocazione della *translatio* tra gli stati razionali, vale a dire quelli volti a dirimere una controversia, eventualmente anche giuridica, ma comunque non connessa all’esistenza di una specifica legge, non era, però, accettata da tutte le scuole retoriche. Alcuni retori la sistemarono tra gli stati legali⁹, insinuando l’esistenza di un collegamento ideale tra la *paragraphé* del processo attico e la *translatio* retorica; mentre altri le negarono addirittura la qualifica di *status*, in ragione della funzione precipua che essa svolgeva. Difatti, si sosteneva, con l’impiego della *translatio* il reo mirava non a risolvere una controversia, bensì a impedire l’azione e lo svolgimento del processo¹⁰.

Sembra che tali critiche alla teoria ermagorea siano sorte già poco dopo la sua enunciazione, tanto che Cicerone ne fa parola nel *de inventione* (1.16)¹¹. È in questo manuale di età giovanile che l’Arpinate accoglie la quadripartizione ermagorea degli stati

⁸ Tanto ci risulta da Cic. *de inv.* 1.16; Quint. *inst. or.* 3.6.60; 9.2.106; Mart. Cap. 455, 21 s.; 458, 29 ss. (Halm); Grill. 48, 129 s. (Jakobi); Aug. 143, 11 (Halm). È stato però osservato che il procedimento logico-giuridico alla base dello *status translatus* era già noto prima di Ermagora e che il retore di Temno molto probabilmente ebbe il merito non di ‘inventarlo’, bensì di sistemarlo tra gli *status rationales*. In questo senso L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La ‘translatio’*, cit., 212, sulla base dei riferimenti contenuti in Arist. *rhet.* 1372a 33; 1416a 8; 1416a 28 ss.; Anassim. *rhet. ad Alex.* 1442b 4.

⁹ Ad esempio, Fort. 81, 12; 97,8 s. (Calb. Mont). Probabilmente alla base dello spostamento da un genere all’altro doveva esservi stata l’assimilazione della teoria di Ermogene, il quale teorizzò l’esistenza di una *metalepsis* razionale e di una legale (si veda anche Iul. Vict. 376, 24 [Halm]): così L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La ‘translatio’*, cit., 212, nt. 2.

¹⁰ Quint. *inst. or.* 3.6.69 ss.; Aug. 143, 11 ss. (Halm); Victorin. 192, 31 ss. (Halm); Mart. Cap. 455, 21 ss.; 458, 27 ss. (Halm); Grill. 48, 125 ss. (Jakobi). In letteratura, così in particolare: L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La ‘translatio’*, cit., 214.

¹¹ «[...] *Huius constitutionis Hermagoras inventor esse existimatur, non quo non usi sint ea veteres oratores saepe multi, sed quia non animadverterunt artis scriptores eam superiores nec rettulerunt in numerum constitutionum [...]*».

razionali, inserendovi appunto la *translatio*, a differenza di quanto sceglie di fare nei trattati successivi. Infatti, nell’*Orator*¹², nelle *Partitiones oratoriae*¹³, nei *Topica*¹⁴ e nel *De oratore*¹⁵ Cicerone abbandona la dottrina ermagorea, per accogliere la precedente teoria peripatetico-accademica, secondo la quale il *genus rationale* ricomprendeva solo i tre *status* della *coniectura*, della *definitio* e della *qualitas*¹⁶. È utile osservare, però, che il mutamento di opinione di Cicerone rispetto alla *translatio* va inserito in un ben più ampio ripensamento degli schemi retorici e si fonda sul generale rifiuto – da parte dell’Arpinate – del tecnicismo retorico alla base della teoria ermagorea¹⁷.

Che cosa sia la *translatio* lo apprendiamo dai due noti trattati di retorica di ispirazione ermagorea: il *De inventione* ciceroniano e la *Rhetorica ad Herennium*¹⁸. È un’eccezione ‘declinatoria’, atta cioè a escludere il giudizio, il cui inserimento nella *formula* viene normalmente discusso nella fase *in iure* del processo. Su questo aspetto i manuali di retorica di epoca tardorepubblicana sono chiari: Cicerone, in *de inv.* 2.58, afferma che: «*ibi* (scil. *in iure*) *enim et exceptiones postulantur et agendi potestas datur et omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur*», e l’autore della *Rhetorica ad Herennium* analogamente dichiara in 1.22: «*bac parte constitutionis Graeci in iudiciis, nos in iure plerumque utimur*». Salvo poi precisare, anche con l’ausilio di un esempio pratico, che però, talvolta, lo *status translativus* si

¹² Cic. *or.* 14.45.

¹³ Cic. *part. or.* 101-102.

¹⁴ Cic. *top.* 92-94.

¹⁵ Cic. *de orat.* 2.26.113.

¹⁶ L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La ‘translatio’*, cit., 213; EAD., *La dottrina*, cit., 38.

¹⁷ Sull’interpretazione del mutato atteggiamento di Cicerone rispetto alla *translatio* e sulla critica alla teoria ermagorea, si veda, in particolare, L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina*, cit., 38 ss.

¹⁸ Va ricordato che nella *Rhetorica ad Herennium* non è accolta la distinzione tra *status rationales* e *status legales*.

rinviene anche – ma più di rado – *in iudicio*: «*in iudiciis tamen nonnihil utimur ut hoc modo [...]*»¹⁹.

La *constitutio translativa* è così descritta in

Cic. *de inv.* 1.11.16: *In quarta constitutio, quam translativam nominamus, eius constitutionis est controversia, cum aut quem aut quicum aut quomodo aut apud quos aut quo iure aut quo tempore agere oporteat, quaeritur aut omnino aliquid de commutatione aut infirmatione actionis agitur.*

E una pressoché analoga – sebbene più stringata – definizione si trova in

Rhet. ad Her. 1.12.22: *Ex translatione controversia nascitur, cum aut tempus differendum aut accusatorem mutandum aut iudices mutandos reus dicit.*

¹⁹ *Rhet. ad Her.* 1.12.22: «*Ex translatione controversia nascitur, cum aut tempus differendum aut accusatorem mutandum aut iudices mutandos reus dicit. Hac parte constitutionis Graeci in iudiciis, nos in iure [civili] plerumque utimur [in hac parte nos iuris civilis scientia iuvabit]: in iudiciis tamen nonnihil utimur ut hoc modo: 2. Si quis peculatus accusatur, quod vasa argentea publica de loco privato dicatur sustulisse, possit dicere, cum definitione sit usus quid sit furtum, quid peculatus: secum furti agi, non peculatus oportere. 3. Haec partitio legitimae constitutionis bis de causis raro venit in iudicium, quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt et causa cadit qui egit, nisi habuit actionem, et in publicis quaestionibus cavetur legibus, ut ante, si reo commodum sit, iudicium de accusatore fiat, utrum illi liceat accusare necne.* Una parte molto interessante di questo testo è costituita dal riferimento finale al *iudicium de accusatore*. Si tratta, come osservato da Santalucia, dell'unica fonte in cui si fa menzione di questo particolare procedimento, evidentemente disciplinato da specifiche *leges*: B. SANTALUCIA, *Fausto Silla e il 'iudicium de accusatore'*, in *Tradizione romanistica e Costituzione. Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, I, a cura di M.P. Baccari e C. Cascione, Napoli, 2006, 761 ss., ora in B. SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 243 ss., da cui si cita, in particolare 251 s.

Una controversia riconducibile allo *status translatus*, dunque, verte intorno ad un requisito di legittimità dell'azione che la parte convenuta in giudizio ritiene essere carente. In conseguenza di ciò, Cicerone ci dice che il *reus* invoca o l'*infirmatio* o la *commutatio* della causa²⁰, ed è per tale ragione che spesso questo *status* viene anche definito dai retori antichi *de actione*²¹.

Il significato dei due effetti – *infirmatio* e *commutatio* – ci viene spiegato, secoli dopo, da Agostino, il quale ricorda che per indicare la nostra *constitutio* erano impiegati alternativamente due termini, *reprehensio* e *translatio*, dei quali il primo risultava molto meno diffuso del secondo:

Aug. 143, 11 ss. (Halm): *Nostrorum pauci reprehensionem, plerique translationem vocaverunt, utrique sane rationem secuti. Qui reprehensionem dixerunt, eo scilicet, quod cum maxime iudicatur in iudicum causa, reprehenditur et quasi retrahitur: qui translationem, quod reus non omnino excludat actionem, sed, ut praesentem condicionem actionis excuset, in aliud genus iudicii transferat vel habitum iam vel futurum.*

Entrambi i lemmi, afferma Agostino, sono corretti. Infatti, chi ritiene che questa controversia sia diretta alla *reprehensio* fa riferimento al fatto che, quando una questione è portata in tribunale, l'intento è quello di confutarla e quasi respingerla; d'altra parte, chi preferisce il termine *translatio* ha riguardo allo scopo perseguito dal *reus*, che è non tanto quello di *excludere* l'azione, quanto piuttosto quello di trasferirla in un altro tipo di giudizio. L'ambiguità terminologica, quindi, ha conseguenze che non sono

²⁰ Oltre che in Cic. *de inv.* 1.16, la finalità della *translatio* è esplicitata nel *de inventione* anche in Cic. *de inv.* 2.19.57: *cum autem actio translationis aut commutationis indigere videtur [...] constitutio translativa appellatur.*

²¹ *Rhet. Her.* 2.12.18; Cic. *de inv.* 1.8.10, 2.19.57; Cic. *part. or.* 99; Quint. *inst. or.* 7.5.1; Victorin. 192, 34 (Halm); Mart. Cap. 458, 27 (Halm); Grill. 51, 8 (Martin); Hermog. 42, 6 s. (Rabe).

meramente formali, poiché la scelta tra *reprehensio* e *translatio* trova corrispondenza, sul piano applicativo, nell’alternativa tra *infirmitio* e *commutatio*²².

Ha poi derivazione dalla prassi processuale l’equivalenza tra *translatio* e *praescriptio* – e veniamo così allo stretto rapporto intercorrente tra l’argomentazione retorica e l’applicazione del diritto –, che ricorre nei manuali di retorica a partire dall’*institutio* di Quintiliano²³.

A tal riguardo, prima di analizzare la topica argomentativa della *translatio* e la casistica esemplificata in Cicerone, mi pare opportuno soffermarmi su alcuni altri aspetti definitivi, che traggono origine dalla pratica giudiziale e che sono collegati al trinomio *translatio-praescriptio-exceptio*.

2. La ‘*constitutio translativa*’ tra ‘*praescriptio ed exceptio*’: l’*exceptio* ‘*extra quam in reum capitis praeiudicium fiat*’

Il dato di partenza è rappresentato dall’istituto di diritto attico noto come *paragraphé*, in cui è possibile riscontrare l’applicazione pratica della *metalepsis* ermagorea²⁴. Essa era una sorta di eccezione

²² E ciò si riscontra anche nel momento in cui si procede al confronto tra il lemma greco scelto da Ermagora per rendere questo tipo di controversia, vale a dire *metalepsis*, e la sua traduzione latina più diffusa, resa da *translatio*. Infatti, ha osservato L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La ‘translatio’*, cit., 214; EAD., *La dottrina*, cit., 142, *translatio* non rende il concetto di *commutatio*, ma solo quello di *infirmitio*.

²³ Quint. *inst. or.* 3.6.72; 7.5.2 ss. Prima di Quintiliano nei manuali di retorica il riferimento era all’*exceptio* e non alla *praescriptio*.

²⁴ Sulla *paragraphé* e sul suo rapporto con la *metalepsis* retorica: A.J. WOLFF, *Die attische ‘paragraphé’*. Ein Beitrag zum Problem der auflockerrung archaischer prozessformen, Weimar, 1966; M. HEATH, ‘*Metalepsis*’, ‘*paragraphé*’ and the ‘*scholia*’ to Hermogenes, in *Leeds International Classical Studies*, II.2, 2003, 1 ss.; tra le trattazioni generali dedicate ai diritti greci in cui è descritto il funzionamento della *paragraphé* si vedano: D.M. MACDOWELL, *The Law in Classical Athens*, London, 1978, 214 ss.; R. MARTINI, *Diritti greci*, Bologna, 2005, 158 ss.

– sembra creata nel 403 a.C., con l’intento di applicare un’*amnistia*²⁵
 – mediante la quale il convenuto mirava a paralizzare la pretesa dell’attore, ponendo una questione pregiudiziale²⁶, che doveva perciò essere esaminata preliminarmente. Nell’esame della questione veniva ascoltato per primo il convenuto, che aveva opposto la *paragraphé* alla pretesa attorea, compendosi in tal modo una sorta di inversione dei ruoli processuali²⁷.

Occorre ora valutare la portata dell’accostamento ‘*paragraphé-praescriptio*’, soprattutto alla luce del fatto che è solo a partire dai retori imperiali, e specialmente con Quintiliano, che la *translatio* è denominata anche *praescriptio*. Va immediatamente chiarito che alla *paragraphé* del processo attico non corrispondeva la *praescriptio pro*

²⁵ Sull’*amnistia* del 403 a.C. si veda, tra la vasta bibliografia, TH.C. LOENING, *The reconciliation agreement of 403/402 in Athen*, Wiesbaden, 1987; C. MOSSÉ, *L’amnistie de 403: une illusion politique*, in *Amnistia perdono e vendetta nel mondo antico*, a cura di M. Sordi, Milano, 1997, 53 ss.; M. SORDI, *La fortuna dell’amnistia del 403/402 a.C.*, in *Amnistia*, cit., 79 ss. La fonte principale dalla quale si ricava che la prima *paragraphé* fu impiegata in occasione dell’*amnistia* del 403 a.C. è l’orazione di Isocrate contro Callimaco (Isocr. 18.2 s.: εἰπόντος Ἀρχίνου νόμον ἔθεσθε, ἂν τις δικάζεται παρὰ τοὺς ὄρκους, ἐξεῖναι τῷ φεύγοντι παραγράφασθαι, τοὺς δ’ ἄρχοντας περὶ τοῦτου πρώτον εἰσάγειν, λέγειν δὲ πρότερον τὸν παραγραψάμενον, ὁπότερος δ’ ἂν ἡττηθῆ, τὴν ἐπωβελίαν ὀφείλειν).

²⁶ Il collegamento tra l’effetto derivante dall’*amnistia* e la *paragraphé* come strumento per conseguire tale risultato era il seguente. Nel 403 a.C., il cd. ritorno della democrazia ad Atene, che produsse quella che in epoca più tarda fu definita la ‘*riconciliazione ateniese*’ (sul cui significato si rinvia a TH.C. LOENING, *The reconciliation*, cit., 21), fu raggiunto tramite un giuramento con il quale, nel recepire gli accordi che avevano di fatto concluso la seconda rivoluzione oligarchica, tra l’altro fu assunto l’impegno a non dare seguito alle pendenze giudiziarie allora ancora non concluse. Dunque, si consentiva alla parte convenuta di opporre una *paragraphé* volta ad accertare la violazione di detto giuramento (R. MARTINI, *Diritti greci*, cit., 162). Solo successivamente la *paragraphé* fu adattata ad altri scopi, svolgendo una funzione analoga all’eccezione (ad es. si poteva far valere la prescrizione di un’azione, oppure la rinuncia alla pretesa attorea: R. MARTINI, *Diritti greci*, cit., 163).

²⁷ R. MARTINI, *Diritti greci*, cit., 161.

reo del sistema formulare romano, accogliendo la quale non si considerava avvenuta la *litis contestatio* e il convenuto otteneva un risultato soltanto temporaneamente positivo. Non verificandosi, infatti, gli effetti preclusivi ed estintivi connessi all’avveramento della *litis contestatio*, il *reus* poteva essere successivamente richiamato in giudizio dall’attore insoddisfatto senza che fosse violato il principio *bis de eadem re ne sit actio*²⁸.

Maggiormente affine al meccanismo operativo della *paragraphé*, e dunque della *translatio* retorica, era invece quello dell’*exceptio*²⁹, la

²⁸ La bibliografia è sterminata. Solo esemplificativamente si ricordano sul tema, oltre alle trattazioni manualistiche tradizionali: M. MARRONE, *L’efficacia pregiudiziale*, cit.; ID., ‘*Agere legē, ‘formulae’ e preclusione processuale*, in ‘*Praesidia libertatis*’. *Garantismo e sistemi processuali nell’esperienza di Roma repubblicana (Copanello 7-10 giugno 1992)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1994, 41 ss.; ID., *Riflessioni in tema di giudicato: l’autorità del giudicato e Cicerone sulla c.d. funzione positiva dell’‘exceptio rei iudicatae’*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914 -1995)*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, 61 ss.; D. LIEBS, *Die Herkunft der „Regel“ ‘bis de eadem re ne sit actio’*, in *ZSS*, 84, 1967, 104 ss.; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (Storia)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 722 ss., ora in *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, 1985, 139 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 301 ss.; il tema è stato recentemente rivisto da C. PELLOSO, ‘*Bis de eadem re sit actio*: osservazioni sulla ripetibilità delle azioni reali e sulla funzione dell’eccezione di cosa giudicata, in ‘*Res iudicata*’, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2015, 236 ss.

²⁹ Secondo l’opinione tradizionale, Cicerone utilizzerebbe il termine ‘*exceptio*’, ma quella indicata sarebbe invece più propriamente una *praescriptio pro reo*. Tale orientamento prende le mosse dalle argomentazioni in tal senso di M. WLASSAK, *Der Ursprung der römischen Einrede. Eine Skizze*, in *Festgabe der Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum von Leopold Pfaff*, Wien, 1910, 13 ss., ora in *Labeo*, 13, 1967, 238 ss., ribadite anche con nuove osservazioni da R. FIORI, ‘*Ea res agatur*’, cit., 22 s. e nt. 74. Propendono, invece, per l’impiego tecnico di *exceptio* da parte di Cicerone – tesi che peraltro qui si accoglie – soprattutto M. MIGLIETTA, ‘*Servus*’, cit., 175 ss.; D. MANTOVANI, ‘*Praetoris partes*’, cit., 116 s., nt. 190; B. ALBANESE, *La ‘vetus atque usitata exceptio’*, cit., 35 s.; L. PELLECCHI, *La ‘praescriptio’*, cit., 122 s., nt. 52; M. VARVARO, *Ricerche*, cit., 43 ss.; G. TURELLI, *La nozione*, cit., 410.

quale, una volta accolta, determinava anche la consumazione dell’azione. L’*exceptio* soppiantò la *praescriptio pro reo* nel corso del I sec. a.C. ed è per questo che Cicerone, nel trattare della *translatio* fa riferimento a *exceptiones* e non a *praescriptiones*. Solo nel I sec. d.C., con l’affermarsi delle *cognitiones extra ordinem* il termine *praescriptio* cominciò ad essere utilizzato per indicare qualunque tipo di difesa invocata dal convenuto, idonea a infirmare la richiesta attorea, e includente anche l’*exceptio*³⁰. Da qui, dunque, l’accostamento terminologico tra *translatio* e *praescriptio* nei testi retorici di epoca imperiale.

Passando ora un esempio di *translatio*, possiamo esaminare uno dei casi teorizzati da Cicerone, e nello specifico quello esposto in un celebre passo del *de inventione*:

Cic. *de inv.* 2.19.59-20.60: 59. *Ea igitur poena si affici reum non oporteat, damnari quoque non oportere, quoniam ea poena damnationem necessario consequitur. Hic defensor poena commutationem ex translativo genere inducendo totam infirmabit accusationem. Verumtamen ceteris quoque criminibus defendendis coniecturali constitutione translationem confirmabit. Exemplum autem translationis in causa positum nobis sit huiusmodi: cum ad vim faciendam quidam armati venissent, armati contra praesto fuerunt et equiti Romano quidam ex armatis resistenti gladio manum praecidit. Agit is, cui manus praecisa est, iniuriarum. Postulat is, quicum agitur, a praetore exceptionem: “EXTRA QUAM IN REUM CAPITIS PRAEIUDICIUM FIAT”. 60. Hic is, qui agit, iudicium purum postulat; ille, quicum agitur, exceptionem addi ait oportere. Quaestio est: excipiendum sit an non? Ratio: “Non enim oportet in recuperatorio iudicio eius maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praeciudicium fieri.” Infirmatio rationis: “Eiusmodi sunt iniuriae, ut de iis*

³⁰ Sul punto si vedano, tra l’ampia bibliografia: A. STEINWENTER, *Rhetorik und römischer Zivilprozeß*, in *ZSS*, 65, 1947, 98 s.; M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, 16 s.; W. KOLITSCH, ‘*Praescriptio*’ und ‘*exceptio*’ außerhalb des Formularverfahrens, in *ZSS*, 76, 1959, 291; M. VARVARO, *Ricerche*, cit., 11.

indignum sit non primo quoque tempore iudicari.” Indicatio: atrocitas iniuriarum satisne causae sit, quare, dum de ea indicatur, de aliquo maiore maleficio, de quo iudicium comparatum sit, praeiudicetur? Atque exemplum quidem hoc est [...]

La fattispecie descritta è ben nota in letteratura ed è la seguente: un manipolo di uomini armati pronto a compiere atti violenti viene ostacolato da un'altra banda armata. A un cavaliere romano impegnato nella propria difesa viene amputata una mano. Decide quindi di agire contro il feritore intentando il giudizio recuperatorio per *iniuria*. Il *reus* chiede che nella formula venga inserita dal pretore l'eccezione “*EXTRA QUAM IN REUM CAPITIS PRAEIUDICIUM FLAT*”. Ciò in quanto egli sostiene che in un processo dinanzi ai *recuperatores* non si deve costituire un *praeiudicium* rispetto alla *quaestio inter sicarios*³¹. L'accusatore chiede, invece, che non sia accordata l'eccezione, poiché i danni arrecati sono stati tanto gravi che sarebbe indegno non giudicarli il prima possibile. Il punto controverso è, dunque, se l'*atrocitas* dei danni subiti possa consentire il formarsi del *praeiudicium*, in ragione della particolare gravità del fatto per il quale la causa è stata intentata. Siamo perciò ancora nella fase *in iure*, durante la quale al pretore si chiede di decidere se inserire o meno, all'interno della *formula*, l'eccezione invocata dal *reus*. E la decisione va assunta, secondo Cicerone, sulla scorta delle argomentazioni proposte dall'attore e dal convenuto, secondo lo schema retorico della *translatio*.

Una volta descritta la vicenda e sintetizzati gli elementi essenziali della questione giuridica, l'Arpinate espone la topica argomentativa delle controparti: «In tutte le cause, entrambe le parti si dovranno domandare da chi e per mezzo di chi e in quale modo e in quale

³¹ È ormai assodato che Cicerone si riferisce alla *quaestio inter sicarios* che precedette la riorganizzazione sillana dei tribunali permanenti, giacché il *de inventione* redatto alcuni anni prima della riforma di Silla.

tempo convenga che si agisca o che si giudichi o che si decida qualcosa sulla controversia»³². E ancora: «Luogo comune di chi si oppone all’eccezione declinatoria è: si vuole evitare il giudizio e la pena, perché si diffida della propria causa. A favore dell’eccezione declinatoria [si sosterrà invece]: ci sarebbe un disordine totale se le controversie non venissero introdotte e giudicate in questo modo; cioè, se si agisse contro chi non si dovrebbe, o per un’altra pena o per un altro crimine o in un altro momento [...]»³³.

3. *Ipotesi sugli effetti della connessione tra ‘actio iniuriarum’ e ‘iudicium inter sicarios’*

Dunque, il vizio o l’anomalia procedurale, che può essere fatto valere con riguardo alla legittimazione dell’attore o del convenuto, oppure alla competenza del giudice, o alla legge, alla pena, al crimine o al tempo dell’azione rileva nell’ambito della *constitutio translativa*. A sua volta, sotto il profilo tecnico-giuridico, la finalità processuale della *translatio* è espressa da Cicerone con la frase «*ut causa cadat is qui non quemadmodum oportet egerit*», instaurando in tal modo un collegamento con le *exceptiones*, che *excludunt actiones*.

Sebbene sia stato sostenuto, proprio con specifico riferimento all’esempio proposto da Cicerone e appena esaminato, che la *translatio* abbia qui un significato meramente retorico³⁴, mi sembra che il legame con l’*exceptio* posto in luce da Cicerone, nonché la

³² Cic. *de inv.* 2.20.60: «[...] In omni autem causa ab utroque quaeri oportebit, a quo et per quos et quo modo et quo tempore aut agi aut indicari aut quid statui de ea re conveniatis».

³³ Cic. *de inv.* 2.20.61: «[...] Locus autem communis contra eum, qui translationem inducet: fugere iudicium ac poenam, quia causae diffidat. A translatione autem: omnium fore perturbationem, si non ita res agantur et in iudicium veniant, quo pacto oporteat; hoc est, si aut cum eo agatur, quocum non oporteat, aut alia poena, alio crimine, alio tempore [...]».

³⁴ Per una ricostruzione delle opinioni espresse dagli studiosi sul concetto di *translatio* tra retorica e diritto si veda, recentemente, G. TURELLI, *La nozione*, cit., 394 ss.

descrizione del meccanismo operativo della *constitutio* in parola, volta a *infirmare actionem* in ragione dell'emersione di un vizio procedurale, faccia propendere per una lettura ben più ‘giuridica’ e ‘processuale’ dello *status translatus*. La *translatio* con la sua topica argomentativa è la veste retorica dell'*exceptio*.

Interessante potrebbe rivelarsi anche il parallelo – forse più suggestivo, che reale –, proposto da alcuni studiosi³⁵, con il passaggio del quarto commentario gaiano in tema di *pluris petitio*, laddove si afferma:

Gai 4.53: *Si quis intentione plus complexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit, nec a praetore in integrum restituitur, exceptis quibusdam casibus, in quibus praetor non patitur [...]*

Gai 4.56: [...] *nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur litis diuiduae*³⁶.

Ritorna il riferimento al ‘*causa cadere*’, inteso come ‘*rem perdere*’, secondo una struttura espositiva che sembra ricalcare il brano ciceroniano, nonché all'*exceptio*, che *actionem excludit*. E inoltre, così come i retori avevano individuato una *translatio* o *praescriptio a persona, a re, a tempore, a loco*, sempre con riferimento alla *pluris petitio* Gaio ricorda come fosse possibile *plus petere re, tempore, loco, causa*:

Gai 4.53a.: *Plus autem quattuor modis petitur: re, tempore, loco, causa [...]*

³⁵ Si veda, ad esempio, M. MIGLIETTA, ‘*Servus*’, cit., 145 ss.

³⁶ Sui testi gaiani e sulle problematiche discusse, tra la vasta bibliografia, rinvio al recente studio di T. DALLA MASSARA, *In tema di ‘exceptio rei residuae’: commisurazione dell’area dell’accertamento e funzione di concentrazione processuale*, in *AUPA*, 60, 2017, 273 ss. e alla letteratura ivi citata.

Ad ogni modo, anche indipendentemente dal richiamo al manuale di Gaio, resta un dato: la figura retorica della *translatio* aveva evidentemente una portata marcatamente processuale, con importanti risvolti giuridici, in quanto rappresentava la forma argomentativa dell'*exceptio* formulare.

E questo ci consente di ragionare su alcuni effetti della connessione tra *actio iniuriarum* e *iudicium inter sicarios*. Come ricordato da Franca de Marini Avonzo, è estremamente improbabile che in epoca repubblicana nell'editto del pretore fosse già stata inserita una clausola relativa alla precedenza da accordare al giudizio criminale capitale rispetto al giudizio privato³⁷. L'*exceptio* ‘*extra quam in reum capitis praeiudicium fiat*’ non era, cioè, prevista dall'editto³⁸, sicché l'eventualità del suo inserimento nella *formula* poteva costituire oggetto di discussione nella fase *in iure*, mediante il ricorso alla topica argomentativa della *translatio* retorica. È altresì stato osservato che, da come Cicerone pone la questione relativa al

³⁷ F. AVONZO, *Coesistenza*, cit., 132 ss. La studiosa esclude che nella tarda repubblica nell'editto fosse stata inserita l'*exceptio* ‘*extra quam in reum capitis praeiudicium fiat*’, ma – collegandosi alla teoria di M. WLASSAK, ‘*Praescriptio*’ und *bedingter Prozess*, in ZSS, 30, 1912, 144 ss. – ipotizza che quell'*exceptio*, una volta introdotta nella formula, funzionasse alla stregua di una *denegatio* sotto condizione (p. 179, nt. 159). Sull'assenza dell'*exceptio* nell'editto e sul ricorso alla *denegatio* in epoca classica, si veda M. MIGLIETTA, ‘*Servus*’, cit., 164, nt. 175; meno perentorio è D. MANTOVANI, ‘*Praetoris partes*’, cit., 131 ss. e nt. 225, il quale sostiene che non è possibile sapere se «il pretore dell'*exemplum* ciceroniano [...] trovasse nell'editto una regola [...] da lui stesso enunciata all'inizio dell'anno e tanto meno, in caso affermativo, quale fosse il rimedio ordinario per attuarla nel processo, se la *denegatio* o l'*exceptio*» (p. 131). Diverso il discorso per l'età classica, rispetto alla quale la lettura sistematica delle fonti sembra avvalorare l'idea che vigesse un principio di carattere generale circa il divieto di produrre un *praeiudicium capitis*: si vedano sul punto i chiarimenti di D. MANTOVANI, ‘*Praetoris partes*’, cit., 131 ss., nt. 225, il quale, tuttavia, precisa che *praeiudicium* va qui inteso come «giudizio anticipato capace di creare un condizionamento sul giudizio futuro» (p. 133, nt. 225).

³⁸ O. LENEL, *Das ‘Edictum perpetuum’*³, Leipzig, 1927, 140 s., 506.

praeiudicium, pur non esistendo una regola di portata generale, doveva sussistere quantomeno una prassi evidentemente finalizzata ad evitare il formarsi di un giudicato in un processo privato su una materia che sarebbe stata anche oggetto di un processo capitale³⁹. Ed in effetti la controversia sembra essere stata incentrata – nel dibattito circa l’inserimento dell’*exceptio* – intorno alla possibilità che l’*atrocitas* delle ferite inferte costituisse una ragione sufficiente a sovvertire tale prassi.

Se, quindi, al tempo del *de inventione* sembra che non esistesse ancora un principio di carattere generale che sancisse la priorità del giudizio capitale rispetto al giudizio privato, ma una mera prassi, è verosimile che il tentativo di inserire quell’*exceptio* avesse due scopi. In primo luogo, il convenuto tentava di far desistere l’attore dall’agire almeno *ex iniuriis* nei suoi confronti, giacché, laddove il giudizio capitale e quello privato fossero entrambi stati instaurati, in virtù dell’inserimento dell’*exceptio* nella formula e della conclusione della *litis contestatio*, il *index* avrebbe dovuto necessariamente mandare assolto il *reus*, con conseguente impossibilità per l’attore sconfitto di riproporre successivamente il giudizio. Ciò avrebbe realizzato un vantaggio per il convenuto quantomeno sul piano patrimoniale, evitandogli il rischio di una condanna alla *poena* pecuniaria del processo recuperatorio⁴⁰. In secondo luogo, in ragione del rischio appena richiamato, il contraddittorio sull’inserimento dell’*exceptio* poteva indurre l’attore a non giungere alla *litis contestatio* e ad attendere che si risolvesse la vicenda criminale prima di decidere se proseguire con il processo privato. Si poteva, cioè, produrre in modo indiretto l’effetto di una

³⁹ Così, D. MANTOVANI, ‘*Praetoris partes*’, cit., 132 s.

⁴⁰ Si escludeva così il cumulo: M. MIGLIETTA, ‘*Servus*’, cit., 167.

‘sospensione’⁴¹, indotta dalla natura dilatoria dell’*exceptio* ‘*extra quam in reum capitis praeiudicium fiat*’⁴².

A tutto quanto rilevato da parte degli studiosi che si sono occupati del significato di *praeiudicium*, con particolare riguardo al caso discusso da Cicerone in *de inv.* 2.19.59-20.60, va aggiunta, poi, un’ulteriore considerazione attinente alla connessione per fatto tra giudizi. La fattispecie descritta dall’Arpinate per presentare un esempio di *constitutio translativa* poteva dare luogo a due tipi di responsabilità in capo al medesimo individuo, una rilevante per il diritto privato per *iniuria* in relazione all’amputazione della mano del cavaliere romano, e l’altra criminale giudicabile dalla *quaestio inter sicarios*, come conseguenza dell’*ad vim faciendam venire*. I due giudizi, tuttavia, originano sì dalla medesima vicenda complessivamente descritta, ma si fondano su eventi differenti: il ferimento di un uomo libero e il reato di pericolo consistente nel circolare armati al fine di commettere atti violenti. E ciò incide – e avvalora – la definizione di *praeiudicium* come condizionamento dei giudici del secondo processo e non come ‘pre-giudizio’ o ‘giudizio anticipato’⁴³. Difatti, la decisione dei *recuperatores* circa il danno inferto al cavaliere romano verte su una questione sostanziale certamente collegata al riunirsi *ad vim faciendam*, ma da essa logicamente ben distinta. Si tratterebbe, cioè, di una situazione alquanto differente rispetto a quella – pure oggetto di approfonditi studi in letteratura – del concorso tra *quaestio de sicariis* e *actio legis Aquiliae*, in seguito all’uccisione dello schiavo. Qui, infatti, è proprio il medesimo fatto – l’omicidio del *servus* – a generare il

⁴¹ Termine che va inteso necessariamente in modo non tecnico, come risulta dal complesso delle osservazioni di M. MIGLIETTA, ‘*Servus*’, cit., 168, e di D. MANTOVANI, ‘*Praetoris partes*’, cit., 124 s.

⁴² In questo senso, soprattutto M. MARRONE, *Sulla funzione delle ‘formulae praeiudiciales’*, in *Jus*, 11, 1960, 253; P. VOGLI, *Azioni penali in concorso tra loro*, in *SDHI*, 65, 1999, 16, oltre a D. MANTOVANI, ‘*Praetoris partes*’, cit., 124 ss.

⁴³ D. MANTOVANI, ‘*Praetoris partes*’, cit., 118 ss.

concorso e dunque a far sorgere un problema ulteriore rispetto a quello della pregiudizialità⁴⁴.

Il tema della connessione tra processi e della interferenza tra giudizio privato e giudizio criminale, esaminato come esempio concreto di *constitutio translativa*, consente di esprimere una considerazione di carattere generale: l'interprete del diritto non deve solo individuare la regola, ma deve anche verificare come, poi, la regola entri nel processo. È per questa finalità che la retorica, con i suoi precetti argomentativi, si rivela essenziale, in quanto consente la mediazione tra la regola e il caso concreto: la dottrina degli *status* può costituire, cioè, la veste retorica della dialettica processuale e dello *ius controversum* giurisprudenziale.

ABSTRACT

Nell'articolo sono esaminate le fonti retoriche in tema di *constitutio translativa* al fine di individuare i punti di contatto con l'*exceptio* e con la *praescriptio pro reo*. L'esame del noto testo di Cicerone, *de inv.* 2.19.59-20.60, ha consentito, in particolare, di verificare la modalità di funzionamento dell'eccezione ‘*extra quam in reum capitis praeiudicium fiat*’ e di affrontare il tema della connessione tra *actio iniuriarum* e *iudicium inter sicarios*.

The article examines the rhetorical texts on *constitutio translativa* in order to identify the points of contact with the *exceptio* and with the *praescriptio pro reo*. The examination of the well-known text of Cicero, *de inv.* 2.19.59-20.60, has allowed, in particular, to verify the

⁴⁴ Come osservato da D. MANTOVANI, ‘*Praetoris partes*’, cit., 120 s., la connessione per fatto può investire problematiche attinenti al processo e all'influenza del primo giudizio sul secondo (pregiudizialità), oppure riguardanti l'azione e dunque il concorso (elettivo o cumulativo).

functioning of the exception ‘*extra quam in Reum capitis praeiudicium fiat*’ and to address the issue of the connection between *actio iniuriarum* and *iudicium inter sicarios*.

PAROLE CHIAVE

Translatio – Exceptio – Praescriptio pro reo

MARGHERITA SCOGNAMIGLIO
mscognamiglio@unisa.it