

rum per damnationem relictorum nomine agitur; ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta: sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidia.

Il giureconsulto, prima di affrontare la disciplina specifica della *calumnia* del convenuto, si sofferma, brevemente, su alcune fattispecie particolari di *infitiatio*⁵⁹, nelle quali l'ingiustificata resistenza alla pretesa dell'attore è causa diretta e sufficiente – nell'ipotesi di soccombenza del convenuto – di conseguenze svantaggiose per il convenuto stesso: in questo caso trovano applicazione le azioni *quae infitiando crescunt in duplum*. L'elenco comprende: l'*actio indicati* esercitata contro il convenuto per l'esecuzione di un giudizio già terminato con la sentenza di cui il convenuto stesso eccepisce la nullità, l'*actio depensi*, esercitata contro il debitore principale a favore del suo garante per la restituzione della somma pagata per lui, l'*actio*

⁵⁹ Secondo una testimonianza di Festo (voce *Infiteri* [L. 100] : *infiteri non fateri*) l'*infitiatio* si contrapponeva alla *confessio*; sul punto si veda F. BONIFACIO, voce '*Infitiatio*', in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 655 s., il quale, dopo aver elencato le varie azioni *quae infitiando crescunt in duplum*, ricorda che: «[...] si può trovare nelle fonti, nonostante i dubbî di una parte della dottrina, la prova che per le azioni innanzi menzionate esisteva una duplice formula, l'una *in confitentem* per il *simplum*, l'altra *in infitiantem* per il doppio [...]» (p. 655).

LA DISCIPLINA DELLA CONDOTTA VESSATORIA DELLE PARTI NEL PROCESSO ROMANO

SOMMARIO: 1. La prima regolamentazione della condotta vessatoria delle parti. 2. Le caratteristiche dell'attività di coloro che agiscono, '*vexandi adversarii gratia*', nei giudizi privati. 3. I rimedi contro i litiganti temerari.

1. *La prima regolamentazione della condotta vessatoria delle parti.*

L'esigenza di evitare comportamenti processuali caratterizzati da un mero intento vessatorio nei confronti dell'avversario – che si concretizza nei giudizi privati nell'esercizio di un'azione o nella resistenza alla medesima nonostante la mancanza di fondamento della propria pretesa ed in quelli criminali nella presentazione di una falsa accusa – è stata di certo molto avvertita dall'ordinamento giuridico romano che ha cercato di impedire, con un articolato sistema di rimedi, le diverse ipotesi di «abuso del ricorso al mezzo processuale»¹.

¹ L'espressione fra virgolette è di C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002, 1, la quale, con

Una questione preliminare alla corretta impostazione della nostra indagine riguarda l'origine della disciplina di tali comportamenti dal momento che occorre accertare se essi siano stati sanzionati prima nella sfera processuale privatistica oppure in quella criminale.

Sull'argomento la storiografia non è concorde. Secondo Mommsen le prime fattispecie calunniose sono apparse nel processo privato e sono state sanzionate con il *iusiurandum calumniae* o con pene pecuniarie²; solo in un momento successivo si sarebbero verificate le ipotesi di *calumnia* nel processo criminale, le quali, non essendo sufficienti i rimedi precedenti previsti per la *calumnia* privata, sono state disciplinate da un'apposita legge, la *lex*

specifico riferimento ai mezzi previsti per reprimere la temerarietà dei litiganti nel processo formulare, opportunamente avverte che «al di là dell'identico obiettivo che li accomuna, essi restano in effetti completamente disomogenei non solo in quanto all'origine, ai presupposti, alla struttura, ma anche relativamente alla natura dei comportamenti sanzionati ed alle modalità della sanzione». Sul punto si veda anche E. BIANCHI, *La «temerarietà» nelle Istituzioni di Gaio (4.171-182)*, in *SDHI*, LXVII, 2001, 239 ss. Sul problema dell'abuso del processo nell'ordinamento italiano si vedano, per una prima indicazione, i due volumi di F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, I, *Presupposti storici*, Padova, 2000, 1 ss. e II, *Diritto positivo*, Padova, 2000, 1 ss.

² TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 491 ss., il quale, prima di soffermarsi sulle problematiche concernenti la *calumnia* nel processo criminale, afferma che: «Die Bestrafung der *calumnia*, der klägerischen Schikane ist ausgegangen von dem Privatprozess» (p. 491).

Nella parte iniziale di Gai 4.171, il giurista avrebbe affermato la necessità di reprimere la *temeritas* dell'attore e del convenuto, al fine di ridurre le liti: a tal proposito sono elencati nell'ordine, come utili rimedi, le pene pecuniarie, il *iusiurandum* e l'infamia.

La ricostruzione sopra proposta ci consente di delineare il contesto nel quale inserire l'unica espressione sicuramente gaiana pervenutaci in questa parte lacunosa di Gai 4.171: *pecuniaria poena modo iurisiurandi religione*.

Gaio, infatti, affermando che tale comportamento delle parti è represso *pecuniaria poena modo iurisiurandi religione*, richiama l'attenzione sul fatto che i singoli istituti descritti di seguito nel testo devono distinguersi in base all'ambito giuridico o religioso nel quale essi producono effetti: da un lato abbiamo alcuni, ai quali è connessa una pena pecuniaria, aventi rilevanza su un piano strettamente giuridico, dall'altro vi è il *iusiurandum calumniae* che ha una rilevanza notevole, soprattutto, su un piano religioso e morale.

Continuiamo la lettura di Gai 4.171:

[...] *Et ideo in edicto adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legato-*

tam agentium quam eorum, cum quibus ageretur, modo pecuniaria poena, modo iurisiurandi religione, modo metu infamiae coërcetur. Con riguardo a Gai 4.171, pertanto, le formulazioni adottate dai vari editori sono alquanto diverse.

re che nelle *Institutiones* gaiane la materia delle *poenae temere litigantium* non aveva quell'autonomo rilievo che le verrà riconosciuto solamente nel manuale istituzionale di Giustiniano, dove si è creato un apposito titolo: *De poena temere litigantium* (I. 4.16)⁵⁷.

Sofferamoci adesso, con maggiore attenzione, sui singoli passi della testimonianza gaiana:

Gai 4.171: *Nunc admonendi sumus, ne facile homines ad litigandum procedant, temeritatem tam agentium quam eorum cum quibus agitur modo pecuniaria poena modo iurisiurandi religione modo metu infamiae coerceri; eaque praetor quoque tuetur [...]*.

Dall'analisi del frammento in questione, è possibile soltanto fare congetture, poiché esso non ci è pervenuto direttamente ma è stato ricostruito *ad sensum* in base alle *Institutiones* giustiniane⁵⁸.

⁵⁷ Sul punto si veda, ancora, R. BONINI, *Il titolo*, cit., 27 ss., il quale, prima di soffermarsi sulle evidenti innovazioni – in tema di repressione della ‘*calumnia* processuale’ – risultanti dal confronto fra le Istituzioni gaiane e quelle giustiniane, precisa, giustamente, che: «Il tit. 4,16 delle Istituzioni giustiniane (‘*de poena temere litigantium*’) presenta, rispetto all'analoga trattazione gaiana, importanti modifiche sul piano formale e strutturale e sul piano dei contenuti normativi» (p. 28).

⁵⁸ I. 4.16 pr.: *Nunc admonendi sumus magnam curam egisse eos, qui iura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod et nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quod temeritas*

Remmia de calumniatoribus del primo sec. a.C.³. A questa statuizione normativa andrebbe ricondotta la repressione del reato di calunnia⁴.

Di opinione differente è Lemosse, il quale afferma che l'origine della punizione della *calumnia* va ricercata nel processo criminale⁵. L'autore ricorda, a sostegno della propria tesi considerata «aussi conforme à la logique qu'à l'histoire»⁶, che l'editto del pretore, con il quale è sanzionata la *calumnia* nel processo privato, risulta testimoniato nelle fonti soltanto all'inizio del principato⁷, mentre la *calumnia* criminale appare, con sicurezza, disciplinata in precedenza dalla *lex Remmia*⁸. Lo studioso, inoltre, conferma la propria tesi con alcune considerazioni: in primo luogo, all'epoca di Gaio

³ L'emanazione della *lex Remmia*, secondo TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 491 s., deve essere collocata nell'arco di tempo che va dalla creazione del processo *per quaestiones* sino all'epoca di Silla.

⁴ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 492.

⁵ M. LEMOSSE, *Recherches sur l'histoire du serment de 'calumnia'*, in *RHD*, XXI, 1953, 39 ss., il quale, a proposito della repressione della *calumnia* nota che: «Son origine ne peut donc se trouver que dans règles des procès publics et des accusations criminelles» (p. 39). Perplesità nei confronti dell'ipotesi di Mommsen, secondo cui l'origine della *calumnia* è da ricercarsi nel processo privato, sono manifestate pure da U. BRASIELLO, voce *Calumnia, a)* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 814 ss.

⁶ M. LEMOSSE, *Recherches*, cit., 39.

⁷ Lo studioso ricorda, a tal proposito, Val. Max. 8.2.2 e Gell. 14.2.

⁸ M. LEMOSSE, *Recherches*, cit., 40.

la definizione di *calumnia* è concepita in «termes assez larges» ed è estesa, solo «secondairement», al processo civile; in secondo luogo, l'infamia, connessa alla pena contro i *calumniatores*, appare prima nel processo criminale e dopo in quello civile; infine, l'*actio in factum*, prevista nell'editto del pretore, risulta, da una serie di testimonianze, essere stata dapprima («d'abord») un'azione penale⁹.

La repressione della *calumnia* ha trovato inizio nel processo criminale anche secondo il parere di Barreiro, il quale, dopo aver ricordato la mancanza di chiarezza per quanto riguarda la disciplina dei mezzi processuali contro la *calumnia* privata, si limita ad affermare che l'espressione '*calumnia*' manifesta un concetto apparso in relazione con il processo criminale e, dopo, recepito nel processo civile¹⁰.

⁹ M. LEMOSSE, *Recherches*, cit., 39 nt. 38, infine, cita, a sostegno della tesi dell'origine della repressione della *calumnia* nel processo criminale, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, *Privatrecht*, Leipzig, 1901, 1354; mi pare, tuttavia, che quest'ultimo studioso, nell'analisi di quelle che erano «die Klagen wegen *calumnia*» previste nell'editto *de calumniatoribus*, tenda, soprattutto, a sottolineare, in tema di repressione della *calumnia*, alcuni punti di contatto tra la disciplina privatistica e quella criminale. È opportuno evidenziare, inoltre, che Karlowa si sofferma, specialmente, sull'*actio calumniae in quadruplum* prevista contro colui che riceva danno *ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret*.

¹⁰ A.F. BARREIRO, *Recensione a J.G. CAMIÑAS, La 'lex Remmia de calumniatoribus'*, Santiago de Compostela, 1984, in *Iura*, XXXV, 1984, 129 ss. Si veda, inoltre, quanto già segnalato, nel prologo, dallo stesso Barreiro in J.G. CA-

La prima riflessione che scaturisce dalla lettura del passo è che l'esposizione delle pene per i litiganti temerari presenta nell'opera il carattere di una semplice «appendice»⁵⁶. Anche se la lacuna di Gai 4.171 non ci permette di conoscere con sicurezza la clausola di passaggio fra l'argomento degli interdetti e quello delle pene, appare chiaro che il giurista sembra considerare la trattazione concernente gli interdetti come l'ultimo grande tema processuale da affrontare: egli, infatti, introduce la disciplina relativa agli interdetti (Gai 4.138), utilizzando l'espressione *superest ut de interdectis dispiciamus*. Tutto ciò ci permette di constata-

ritto romano, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e diritto processuale)*², Milano, 1966, XVI s.: «[...] ci si è limitati a dire che in Gaio esistono 'anacronismi'; si è supposta una fonte antica, che qualcuno ha creduto anche di poter identificare, da cui G. avrebbe copiato. Vi può essere qualcosa di vero in queste congetture; può darsi che talvolta G. sia in arretrato; può darsi anzi è certo, che utilizza, come del resto tutta la giurisprudenza, fonti anteriori. Ma quello che mi sembra certo è che molti supposti arcaismi, di cui, fra l'altro, non si è data ragione plausibile, non sono affatto tali; ma sono le testimonianze più antiche del processo storico che il giurista ha presente. E non è vero che G. sia, per ignoranza abituale, in arretrato, o sia per tendenza un arcaicizzante»; *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli, 1966, *passim*; *Il modello di Gaio*, cit., *passim*. Cfr. inoltre F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, cit., 109 ss.

⁵⁶ L'espressione fra virgolette è di R. BONINI, *Il titolo 'de poena temere litigantium' (4,16) delle Istituzioni giustiniane*, in *AG*, CLXXVI, 1969, 27.

modo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis poena omni modo damnatur actor, si vincere non potuerit. 181. Qui autem restipulationis poenam patitur, ei neque calumniae iudicium opponitur neque iurisiurandi religio iniungitur; *nam* contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est.

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

La fonte in questione – opportunamente integrata da ulteriori testimonianze – consente di poter individuare le principali caratteristiche della disciplina processuale della *calumnia* nell'età repubblicana e nel principato⁵⁵.

⁵⁵ Sulla problematica se Gaio sia o meno arretrato rispetto al diritto dei suoi tempi si veda, ad es., C.A. MASCHI, *Il di-*

Camiñas, infine, in uno studio sull'*edictum de calumniatoribus* ha ripreso la conclusione cui è pervenuto Lemosse, secondo il quale, come si è detto, l'origine della sanzione dei comportamenti calunniosi andrebbe collocata nel processo criminale¹¹.

Analizzando le tesi di costoro, non mi sembra, innanzitutto, che possa essere accolta l'opinione di Lemosse, poiché molti degli argomenti richiamati dall'autore non risultano validi per confortare la sua tesi. Lo studioso pone in evidenza, specialmente, che le prime fonti sulla *calumnia* nell'età repubblicana riguardano la *lex Remmia* e, quindi, il processo criminale, mentre le testimo-

MIÑAS, *La 'lex Remmia de calumniatoribus'*, Santiago de Compostela, 1984, VII ss., dove si evidenzia la necessità, giustificata sul piano metodologico, di analizzare prima la disciplina della *calumnia* nel processo criminale per meglio comprendere quella prevista nel processo civile.

¹¹ J.G. CAMIÑAS, *Ensayo de reconstrucción del título IX del edicto perpetuo: 'De calumniatoribus'*, Santiago de Compostela, 1994, 41, il quale afferma che: «[...] históricamente el origen de la sanción para los comportamientos calumniosos se encuentra en el ámbito del proceso criminal, por lo que no puede dejar de apreciarse la relación de política del derecho existente entre la *lex Remmia* y los edictos *de calumniatoribus*, que justifican en sus respectivos ámbitos por la preocupación coincidente de sancionar la calumnia, y muy bien pueden proceder de la misma época». L'autore spagnolo, tuttavia, nel suo precedente studio sulla *calumnia* (*La 'lex Remmia'*, cit., 39 nt. 99) mi è parso aver manifestato la propria adesione alla tesi di Mommsen, secondo il quale la *calumnia* è sanzionata prima nel processo privato.

nianze sull'editto *de calumniatoribus* risalirebbero soltanto all'inizio del principato. Ebbene, la mancanza di attestazioni sull'editto *de calumniatoribus* prima del principato non credo che possa essere considerata un elemento valido per dimostrare che anteriormente a quel periodo non è sanzionata la *calumnia* nel processo privato. Nel caso specifico, infatti, non risulta opportuno ragionare in base allo schema dell'argomento *ex silentio*, secondo il quale, cioè, qualche volta si può concludere sulla non esistenza di un avvenimento dal silenzio delle fonti in argomento¹². È ben nota, nell'età precedente al principato, la scarsità delle testimonianze riguardanti non solo la repressione della 'calumnia processuale', ma più in generale l'intero processo privato; tale situazione, tuttavia, non può certo indurci a negare genericamente l'esistenza di alcuni istituti processuali, la cui disciplina è possibile conoscere grazie ad un'attenta analisi (secondo il 'metodo induttivo') delle fonti di epoca successiva¹³.

A conferma dell'origine della repressione della *calumnia* nel processo criminale, inoltre, Lemosse pone altre tre considerazioni, due delle quali (la prima e la terza), invero, non probanti la tesi

¹² Su un uso moderato dell'argomento *ex silentio* si veda quanto afferma R. FARINA, *Metodologia. Avviamento alla tecnica del lavoro scientifico*, Roma, 1973, 54.

¹³ Sul punto, per tutti, si vedano le sempre attuali considerazioni di A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, a cura di L. Labruna, Napoli, 1982, 592 ss.

cum habet, et est decimae partis, *praeterquam quod* adversus adsertorem tertiae partis est. 176. Liberum est autem ei, cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere, NON CALUMNIAE CAUSA AGERE. 177. Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur, veluti si iniuriarum agatur, et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse, et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. Sed adversus iniuriarum quidem *actionem* decimae partis datur, adversus vero duas istas quintae. 178. Severior autem coercitio est per contrarium iudicium. *Nam* calumniae iudicio decimae partis nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis; calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet *aliqua* opinione inductus crediderit se recte agere. 179. Utique autem ex quibus causis contrario iudicio *agi* potest, etiam calumniae iudicium locum habet; sed alterutro *tantum* iudicio agere permittitur. Quae ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet. 180. Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet; et quemadmodum contrario iudicio omni

Gai 4.171. *Nunc admonendi sumus, ne facile homines ad litigandum procedant, temeritatem tam agentium quam eorum cum quibus agitur modo pecuniaria poena modo iurisiurandi religione modo metu infamiae coerceri; eaque praetor quoque tuetur. Et ideo in edicto adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur; ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta: sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidia. 172. Quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei cum quo agitur iniungatur, ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iurisiurandum exigere NON CALUMNIAE CAUSA INFITIAS IRE. Unde quamvis heredes, vel qui heredum loco habentur, simpli nec amplius obligati sint, item feminae pupillique eximantur periculo sponsionis, iubet tamen eos iurare. 173. Statim autem ab initio pluris quam simpli actio est veluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et oblati tripli. Nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur, pluris quam simpli est actio.*

174. Actoris quoque calumnia coercetur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iurando, modo restipulatione. 175. Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones lo-

dell'autore. In particolare, in merito alla prima (all'epoca di Gaio la definizione di *calumnia* è concepita in «termes assez larges» e solo secondariamente può essere estesa al processo civile), ritengo, come verrà dimostrato nelle pagine successive¹⁴, che la definizione gaiana dei *calumniatores*, nel senso di coloro che *appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus*¹⁵, sia concepita in termini molto precisi e riguardi, soprattutto e non «secondairement», il processo privato. Per quanto concerne la terza considerazione (l'*actio in factum* prevista nell'editto del pretore risulterebbe, da una serie di testimonianze, essere stata dapprima un'azione penale), si deve precisare che l'*actio in factum*, di cui fa menzione Lemosse, è quel particolare tipo di *actio in quadruplum*, se esperita entro l'anno, *in simplum*, se dopo l'anno, riconosciuta contro colui che riceva denaro *ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret*¹⁶: tale fattispecie, repressa da un editto *de calumniatoribus* diverso da quello previsto per sanzionare la *calumnia* nel processo privato¹⁷, va considerata, pertanto, differente dall'ipotesi di 'calumnia processuale' di cui ci stiamo occupando¹⁸.

¹⁴ Cfr. *infra* par. 2.

¹⁵ Gai. 1 *ad legem XII Tab.* D. 50.16.233 pr.

¹⁶ Cfr. Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.6.1 pr.

¹⁷ Si veda O. LENEL, *EP.*³ § 36-38, 106 ss.

¹⁸ M. LEMOSSE, *Recherches*, cit., 33 nt. 12, in verità, pare non voler distinguere le due diverse ipotesi, poiché non fa alcuna distinzione tra il *iudicium calumniae*, uno dei rimedi stabiliti contro la 'calumnia processuale', e l'*actio calumniae in*

Alla luce di quanto fin qui detto, mi pare si possa evidenziare che entrambi i due diversi ed opposti orientamenti, quello di Mommsen da un lato e quello di Lemosse, Barreiro e Camiñas dall'altro, sull'origine della repressione della *calumnia* presentano la caratteristica comune di immaginare la prima forma di 'calumnia processuale' come una fattispecie ben determinata e, inoltre, sanzionata in modo esaustivo sin dalla sua origine. Questo modo di impostare il problema può considerarsi valido solo per il *crimen calumniae*, la cui creazione e la successiva disciplina risale ad un periodo ben determinato, ma non per l'origine della *calumnia* nel processo privato, tematica che si presenta molto più complessa e sfuggente a facili schematizzazioni.

Per quanto riguarda il reato di calunnia, il *dies a quo* da cui prendere le mosse è il 149 a.C., anno in cui, istituendosi con la *lex Calpurnia de repetundis* la prima *quaestio perpetua*, pur se finalizzata alla sola restituzione del maltolto ai provinciali, si pongono le basi per la formazione di un nuovo processo criminale. L'introduzione delle *quaestiones perpetuae*, nell'ambito delle quali è riconosciuto al

factum, prevista contro colui che riceva denaro *ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret*. Orbene, dimostrata la fragilità della tesi di Lemosse, ritengo che non debbano essere accolte neanche le opinioni espresse da Barreiro, il quale non adduce alcun elemento a sostegno delle proprie tesi, e da Camiñas, che semplicemente si riporta alla tesi di Lemosse.

Con riguardo all'espressione '*negotium*', essa presenta nelle fonti un ampio valore semantico, nel quale è compreso pure il compimento di quei particolari atti eseguiti all'interno di un processo sia civile sia criminale⁵⁴. La definizione contenuta in *Paul. Sent.* 1.5.1, pertanto, può essere riferita pure all'attività esercitata dai *calumniatores* all'interno del processo privato.

Dalla lettura delle tre testimonianze esaminate è stato possibile delineare con maggiore precisione le caratteristiche essenziali dell'attività processuale dei *calumniatores*: l'illiceità del loro comportamento non si concretizzava, quindi, in una generica condotta dolosa, ma nella specifica volontà di *vexare* un soggetto, nell'ambito di un processo privato, proponendo un'azione vessatoria, nel caso del *calumniator* attore, o resistendo, con un atteggiamento ostruzionistico, ad un'azione proposta, nel caso del *calumniator* convenuto.

3. I rimedi contro i litiganti temerari.

Con riferimento ai mezzi predisposti dall'ordinamento giuridico romano per evitare le liti temerarie, la testimonianza di maggiore interesse, ai fini della nostra indagine, è ancora una volta un testo di Gaio:

⁵⁴ Così J.G. CAMIÑAS, *Presupuestos*, cit., 40; ID., *Ensayo*, cit., 47.

quelle indicate in D. 50.16.233 pr. e in Gai 4.178 risulta opportuno, a conferma delle analogie esistenti fra i tre passi, verificare se la generica definizione di *calumniosus* espressa in *Paul. Sent.* 1.5.1 possa essere riferita anche alla ‘*calumnia* processuale’. A tal fine, un’attenzione particolare va prestata ai termini: ‘*calumniosus*’ e ‘*negotium*’.

Del primo sappiamo che esso, derivato dal verbo ‘*calvor*’, nelle fonti è considerato in alcuni casi come aggettivo ed esprime il significato di *fraudulentus*, *calumnia plenus*, in altri, come sostantivo, indica un’accezione identica a quella manifestata dal termine ‘*calumniator*’⁵². In *Paul. Sent.* 1.5.1, con molta probabilità, la parola ‘*calumniosus*’ può essere equiparata a quella di ‘*calumniator*’⁵³.

⁵² Sul rapporto *calvor* - *calumniosus* si veda A. ERNOUT, A. MEILLET, voce ‘*Calvor*’, cit., 158. L’utilizzo del termine ‘*calumniosus*’ come aggettivo si trova, ad es., in Ulp. 45 *ad ed.* D. 38.2.14; si veda, per ulteriori fonti, H.E. DIRKSEN, voce ‘*Calumniosus*’ (*Adiect.*), in ‘*Manuale latinitatis*’, cit., 109; O. BURGER, *s. h. v.*, in *TLL* III, 1906-1912, 193; AE. FORCELLINI (*et alii*), *s. h. v.*, in ‘*Lexicon totius latinitatis*’²⁴, 1965, 501. Per l’impiego di *calumniosus* come sostantivo si veda *Paul. 1 sent.* D. 48.16.3: *Et in privatis et in extraordinariis criminibus omnes calumniiosi extra ordinem pro qualitate admitti plebuntur*.

⁵³ In tal senso H.E. DIRKSEN, voce ‘*Calumniosus*’ (*Subst.*), in ‘*Manuale latinitatis*’, cit., 109; O. BURGER, voce ‘*Calumniosus*’, cit., 193; AE. FORCELLINI (*et alii*), *s. h. v.*, in ‘*Lexicon*’, cit., 501. Il termine *calumniosus* è considerato in *Paul. Sent.* 1.5.1 con valore di aggettivo da CH.T. LEWIS, CH. SHORT, *s. h. v.*, in *A latin dictionary*, 1962, 273: «full of tricks or artifices».

privato cittadino il diritto di promuovere l’*accusatio*, implica la necessità di limitarne i più gravi abusi. Se, dunque, è possibile parlare di un *crimen calumniae* solo dopo il 149 a.C., mi sembrerebbe plausibile l’ipotesi secondo la quale nel processo privato si siano potuti verificare comportamenti calunniosi prima di tale data¹⁹. Questa ipotesi, pertanto, non implica la necessità di immaginare i primi atti calunniosi, che hanno avuto origine nel processo privato, come già classificati in modo esaustivo in una fattispecie ben determinata di ‘*calumnia* processuale’, le cui caratteristiche, invece, conosciamo con precisione, soltanto, nell’età successiva al 149 a.C., ma, molto probabilmente, è più opportuno pensare ad una serie di comportamenti, aventi carattere vessatorio, nei quali si intravedono i primissimi elementi che, solo successivamente, connoteranno la ‘*calumnia* processuale’ privata. Si può ritenere, quindi, che l’origine

¹⁹ Pur non avendo, infatti, la possibilità di determinare con una certa precisione la data dell’origine del processo formulare, oramai, l’opinione dominante degli studiosi tende ad indicare il periodo compreso fra la fine del terzo sec. a.C. e gli inizi del secondo sec. a.C. come l’arco di tempo nel quale si accelera lo sviluppo di quello che sarebbe diventato il processo formulare. Si veda, ad es., M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 298 ss. e, di recente, E. STOLFI, *Il processo civile*, in *Diritto privato romano. Un profilo storico*², a cura di A. Schiavone, Torino, 2010, 101 ss.; E. CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010, 250 ss.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*², Torino, 2011, 601 ss.

di tali comportamenti vada ricercata nel processo privato.

A tal proposito, mi sembra particolarmente utile richiamare una disposizione decemvirale²⁰, la quale, lungi dal dimostrare l'esistenza della 'calumnia processuale' sin dall'epoca delle XII Tavole, risulta, tuttavia, di un certo interesse ai fini del nostro discorso:

Tab. 1.2: SI CALVITUR PEDEMVE STRUIT, MANUM ENDO IACITO.

²⁰ Cfr. Tab. 1.2 (*FIRA*. 1².26), il cui contenuto è stato possibile ricostruire grazie alle testimonianze di Festo: cfr. Fest., voce *Pedem struit* (L. 232); voce *Struere* (L. 408). Risulta opportuno ricordare che il discorso su Tab. 1.2, come d'altra parte ogni discorso in generale sulle XII Tavole, ha carattere indiziario poiché non ci è pervenuto il testo originale delle disposizioni decemvirali. Sul punto si vedano le osservazioni di M. LAURIA, 'Ius romanum', I.1, Napoli, 1963, 21 ss. Sul tema si veda, pure, A. GUARINO, *Una palinogenesi delle XII Tavole?*, in *Index*, XIX, 1991, 225 ss., il quale manifesta il più radicale scetticismo sulla possibilità «[...] di ricostruire nel presunto ordine (o disordine) sistematico un testo legislativo di cui tante poche e insicure e vaghe e contraddittorie e spesso altamente discutibili tracce rimangono» (p. 225). Sull'argomento, inoltre, cfr. O. DILIBERTO, *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, *passim*; ID., *Conoscenza e diffusione delle XII Tavole nell'età del basso impero. Primo contributo*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, I, Napoli, 1997, 205 ss.; ID., *Il «diritto penale» nelle XII Tavole: profili palinogenetici*, in *Index*, XXXVII, 2009, 9 ss., ivi ulteriore bibliografia.

Non è un caso, inoltre, che entrambe le espressioni siano collocate, nei relativi passi (*Paul. Sent.* 1.5.1 e *Gai* 4.178), prima dei termini indicanti l'attività posta in essere dal calunniatore ('*per fraudem negotium alicui comparat*' e '*non recte se agere*') quasi a voler ribadire che deve essere considerato *calumniator* solo chi si rende perfettamente conto *ab initio* dell'illiceità della propria condotta.

Per ciò che concerne il secondo aspetto che caratterizza la *calumnia*, lo ritroviamo evidenziato in *Paul. Sent.* 1.5.1 con l'espressione '*per fraudem negotium alicui comparat*' che va posta in relazione sia con quella ('*per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus*') contenuta in D. 50.16.233 pr. sia con l'altra ('*vexandi adversarii gratia actionem instituit*') indicata in *Gai* 4.178: in tutti e tre i testi appare chiaro che si fa riferimento ad alcuni comportamenti che hanno come substrato comune un evidente carattere vessatorio.

Dopo aver visto, dunque, i punti di contatto tra la definizione contenuta in *Paul. Sent.* 1.5.1 e

anche il significato di 'colui che sa', 'che è al corrente', ecc. (in questo senso, infatti, si noti '*iurisprudens*'); si veda A. WALDE, J.B. HOFMANN, voce '*Prudens*', in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, II, cit., 378, dove tra i vari significati è riportato quello di 'kundig'; A. ERNOUT, A. MEILLET, *s. h. v.*, in *Dictionnaire*, cit., 957 s. Sull'espressione '*sciens prudensque*' cfr., ad es., *Gai*. 4 *ad legem XII Tab.* D. 47.9.9; *Ulp.* 34 *ad ed.* D. 25.6.1.2; *Paul. Sent.* 4.7.3. Per un raffronto tra le espressioni '*sciens prudensque*' e '*sciens dolo malo*' si veda G. MAC CORMACK, '*Sciens dolo malo*', in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, III, Napoli, 1984, 1445 ss.

fraudolento posto in essere. L'espressione *sciens prudensque* indica non solo la semplice consapevolezza del proprio comportamento, ma anche la piena previsione degli effetti che esso è idoneo a produrre: tale espressione, a mio avviso, è in perfetta armonia con il *qui intellegit* di Gai 4.178⁵¹.

⁵¹ Il termine '*sciens*' ('*scire*') indica, come è noto, il significato di 'colui che sa': da '*sciens*', infatti, è derivata la parola '*scientia*'; si veda A. WALDE, J.B. HOFMANN, voce '*Scio*', in *Latetinisches etymologisches Wörterbuch*, II, cit., 494; A. ERNOUT, A. MEILLET, *s. h. v.*, in *Dictionnaire*, cit., 1063. Tale parola, da considerarsi certamente molto arcaica, risalirebbe già alla legge di Numa sul parricidio: *Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto* (Fest. [Paul.] voce *Parrici<di> quaestores* L. 247). Essa, inoltre, molto probabilmente compariva pure nell'antichissima legge del bosco sacro di Spoleto, cd. *lex luci Spoletina*, e nell'antica formula del giuramento: cfr. Fest. (Paul.) voce *Lapidem silicem* (L. 102). Sul termine '*sciens*' si veda F. CASAVOLA, voce *Dolo (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 149, il quale, dopo aver elencato le varie espressioni con le quali si indicava l'elemento intenzionale nel diritto penale romano, ricorda che esse «[...] tendono a sottolineare come il dolo penalistico sia la volontà consapevole, in cui cioè concorrono e la volontarietà del comportamento e la consapevolezza dell'evento che ne deriva»; G.I. LUZZATTO, voce *Dolo, a) civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 714, il quale evidenzia che spesso tale termine, nella formula '*sciens dolo malo*', viene adoperato per accentuare la intenzionalità della lesione nell'ambito di un comportamento illecito; F. CANCELLI, voce *Dolo, b) penale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 716 ss.; C. GIOFFREDI, *L'elemento intenzionale*, cit., 42. La parola '*prudens*' era, in origine, in stretto rapporto con il verbo '*provideo*'. Con il passare del tempo, tuttavia, *prudens* si è sempre più distaccato da *provideo* ed ha assunto

In Tab. 1.2 si è soliti vedere nell'espressione '*calvitur*' quell'atteggiamento del convenuto che, in modo vessatorio ed ostruzionistico, deliberatamente indugia rispetto alla *vocatio in ius* posta in essere dall'attore²¹. Nei confronti di tale comportamento, considerato estremamente grave, sarebbe stata prevista un'applicazione della *manus iniectio* a fini introduttivi della contesa giudiziaria, volta a realizzare, quindi, la *in ius vocatio*.

Per chiarire meglio Tab. 1.2, forse non è fuori luogo considerare il contenuto di Tab. 1.1²²:

²¹ In tal senso R. BONINI, *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, I, *Monarchia e repubblica*, Bologna, 1982, 119. Cfr., anche, G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, *Le origini*, Catania, 1980, rist. Torino, 1986, che qui si cita, 78 ss.; *Il processo privato romano*, II, *La regolamentazione decemvirale*, Catania, 1984, rist. Torino, 1986, che qui si cita, 21 ss. Sul significato di Tab. 1.2 si veda, inoltre, A. CARCATERRA, * *Sei kalvitur pedemve struit | manum endo iacitod (significato superficiale / significato profondo)*, in *SDHI*, XLI, 1975, 159 ss. Sulla disciplina prevista in Tab. 1.2 si veda V. GIUFFRÈ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*, Napoli, 1993, 164 s.; A.M. GIOMARO, *Per lo studio della 'calumniā'. Aspetti della 'deontologia' processuale in Roma antica*, Torino, 2003, 215 s.; A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e 'iniuria' nelle XII Tavole*, in *Parti e giudici nel processo dai diritti antichi all'attualità*, a cura di C. Cascione, E. Germino e C. Masi Doria, Napoli, 2006, 42 ss.; G. NICOSIA, *Situazioni di responsabilità nella regolamentazione decemvirale dell'ager*, in *Forme di responsabilità in età decemvirale*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e M.F. Cursi, Napoli, 2008, 104 s.

²² Cfr. *FIRA*. 1².26. Sul precetto '*si in ius vocal*' cfr., con l'indicazione della principale letteratura, G. FALCONE, *La*

Tab. 1.1: SI IN IUS VOCAT, [ITO.] NI IT, ANTE-
STAMINO: IGITUR EM CAPITO.

Quest'ultima disposizione, infatti, avrebbe sancito il diritto dell'attore di *vocare in ius* il convenuto e, in caso di rifiuto da parte di quest'ultimo, il diritto, dopo aver chiamato alcuni testimoni per far constatare tale rifiuto, di fermare il *vocatus*. Molto probabilmente in Tab. 1.1 e Tab. 1.2 ci si trova di fronte, come sottolinea Nicosia²³, ad una precisa regolamentazione dell'attività diretta a realizzare la *in ius vocatio*: in primo luogo vi è la chiamata *in ius* rivolta al convenuto, segue la richiesta di testimoni in caso di rifiuto del *vocatus* e il conseguente diritto dell'attore di fermarlo ed infine, nell'ipotesi di un comportamento ostruzionistico del convenuto, la possibilità riconosciuta a colui che *in ius vocat* di esercitare la *manus iniectio*. È chiaro che il rimedio estremo della *manus iniectio* non è previsto in caso di un semplice rifiuto del convenuto rispetto alla *vocatio in ius* esercitata dall'attore, ma soltanto qualora si abbia quel particolare comportamento vessatorio del *vocatus* che deliberatamente indugia o tenta di fuggire²⁴. In questo

citazione 'si in ius vocat' in *Cic., leg. 2.9*, in *AUPA*, L, 2005, 117 ss.

²³ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, *Le origini*, cit., 79.

²⁴ Sul punto si veda B. ALBANESE, voce *Illecito, a) (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 50 ss., in partic. 57, il quale considera questa *manus iniectio* come una 'pena' dell'illecito', rappresentato dalla renitenza del convenuto.

specchia la concezione della 'calumnia processuale' in quel periodo: dalla lettura di *Paul. Sent.* 1.5.1, infatti, risulta subito evidente che la definizione di *calumniosus* presenta una notevole affinità con quella – già esaminata – di *calumniator* contenuta in D. 50.16.233 pr. e in Gai 4.178⁵⁰.

Da un raffronto di *Paul. Sent.* 1.5.1 con tali testimonianze appare evidente che nella *sententia* in questione sono indicati gli elementi essenziali alla base della concezione della *calumnia* nel principato: l'elemento intenzionale e il carattere vessatorio del proprio comportamento illecito.

Per quanto riguarda il primo, si può affermare che la caratteristica principale che connota l'attività del *calumniosus* è, ancora, la volontarietà dell'atto

⁵⁰ Sono concordi nel ritenere che *Paul. Sent.* 1.5.1 contenga una definizione classica della *calumnia* U. BRASIELLO, voce *Calumnia*, cit., 815; M. BRUTTI, *La problematica*, II, cit., 758 ss., il quale, invero, cita insieme *Paul. Sent.* 1.5.1 e *Paul. Sent.* 1.5.2 (concernente la repressione *extra ordinem* della *calumnia*): per ciò che riguarda il primo passo, Brutti afferma che esso contiene una definizione generale che allude, da un lato, al danno provocato dal comportamento illecito, dall'altro, alla consapevolezza del suo autore. Sulla definizione classica contenuta in *Paul. Sent.* 1.5.1 si veda, inoltre, M. LAURIA, «*Calumnia*», cit., 259 nt. 89, 262; J.G. CAMIÑAS, *La 'lex Remmia'*, cit., 28; ID., *Presupuestos*, cit., 29 ss.; ID., *Ensayo*, cit., 44, 125; S. SCIORTINO, *Intorno a Interpretatio*, cit., 253 s. Su *Paul. Sent.* 1.5.1 si vedano, inoltre, gli studi meno recenti di W. REIN, *Das Privatrecht*, cit., 929 nt. 1; A.W. ZUMPT, *Der Criminalprocess*, cit., 375 nt. 2; H.F. HITZIG, voce '*Calumnia*', cit., 1414; G. HUMBERT, voce '*Calumnia*', cit., 835.

tiones, però – siamo ormai giunti all'altra rilevante espressione gaiana (*actionem instituit*) –, è evidente che, a differenza di quanto si legge in D. 50.16.233 pr. dove con il termine *'calumniatores'* ci si riferisce sia all'attore sia al convenuto, Gaio sta parlando esclusivamente della *calumnia* dell'attore, di colui che, per l'appunto, *actionem instituit*.

Continuando l'analisi delle testimonianze utili per delineare l'attività processuale dei *calumniatores* un'attenzione particolare, infine, deve essere riconosciuta ad un passo che, seppur appartenente alle *Pauli Sententiae*, opera di certo successiva all'epoca di Gaio, contiene alcune indicazioni rilevanti ai fini della nostra indagine:

Paul. Sent. 1.5.1: *Calumniosus est qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat*⁴⁹.

In tale *sententia* l'ignoto compilatore ha riportato una definizione assai generica del *calumniosus* caratterizzata dal compimento di un atto illecito a base intenzionale.

Si può, forse, affermare che la citata definizione – anche se non abbiamo ragioni decisive per attribuirle a Paolo – appartiene, comunque, ad un giurista dell'età del principato, poiché ri-

⁴⁹ Il testo è riprodotto in *Cons.* 6.20: *Item leges, qua poena calumniatores plectendi sunt, lib. I sentent. tit. de calumniator.: Calumniosus est, qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat.*

contesto, dunque, l'espressione *calvor* non può non alludere ad una condotta caratterizzata dal dolo, dall'inganno o dalla frode.

Orbene, da questa testimonianza non è certamente possibile affermare che all'epoca decemvirale esisteva la *'calumnia processuale'* privata, quale noi la conosciamo soltanto in età successiva, ma dalla lettura del citato precetto decemvirale si può notare, già all'epoca delle XII Tavole, l'origine di alcuni comportamenti vessatori che caratterizzeranno, successivamente, la condotta dei *calumniatores* nel processo privato.

Tale considerazione trova un'esplicita conferma, a mio parere, in un noto passo di Gaio, di cui mi occuperò specificamente nelle pagine che seguono, nel quale il giurista, dopo aver preso le mosse dal lemma *'si calvitur'*, definisce i calunniatori come coloro che sono chiamati così *quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus*²⁵, dando rilievo, quindi, non solo alla *fraus* ma anche alla *frustratio* con la quale i calunniatori erano soliti tormentare l'avversario in un processo.

2. *Le caratteristiche dell'attività di coloro che agiscono, 'vexandi adversarii gratia', nei giudizi privati.*

Dopo aver verificato che la disciplina dei comportamenti vessatori ha trovato origine nel

²⁵ Gai. 1 *ad legem XII Tab.* D. 50.16.233 pr.

processo privato, è opportuno soffermarsi su alcuni aspetti più significativi dell'attività dei calunniatori all'interno di tale processo. I testi che risultano maggiormente rilevanti sono: Gai. 1 *ad legem XII Tab.* D. 50.16.233 pr.; Gai 4.178; Paul. *Sent.* 1.5.1.

Esaminiamo il primo:

Gai. 1 *ad legem XII Tab.* D. 50.16.233 pr.: 'Si calvitur': et moretur et frustretur. Inde et calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus: inde et cavillatio dicta est ²⁶.

Gaio, partendo dal verbo *calvor* riportato in Tab. 1.2, il cui contenuto è stato possibile ricostruire grazie alle testimonianze di Festo²⁷, definisce i calunniatori come coloro che sono chiamati così *quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus*.

D. 50.16.233 pr. fa parte, come è stato confermato dalla palinogenesi di Lenel, del primo dei sei libri dedicati da Gaio al commento delle XII Tavole²⁸. Tali libri se da un lato sono contraddi-

²⁶ Gli unici rilievi mossi al testo, nell'edizione da me consultata: *Corpus iuris civilis*, I, *Digesta*¹³, ed. Th. Mommsen, P. Krüger, Berlin, 1963, rist. Hildesheim 2000, riguardano il primo *et*, che secondo Mommsen dovrebbe essere eliminato, e il *quia* da trasformarsi, secondo gli editori, in *qui*.

²⁷ Fest. voce *Pedem struit* (L. 232); voce *Struere* (L. 408).

²⁸ O. LENEL, *Pal. Gaius* 422.

rato da Gaio⁴⁶, rende bene l'idea del molestare, travagliare, affliggere, tormentare, perseguire, vessare⁴⁷; nell'espressione '*vexandi adversarii gratia*', inoltre, la parola '*gratia*' allude chiaramente al fine reale (*vexare*) del litigio promosso dall'attore⁴⁸. La locuzione, pertanto, è idonea ad indicare una delle caratteristiche essenziali del comportamento processuale dei calunniatori. Non è certo una semplice coincidenza, infatti, che Gaio pure in D. 50.16.233 pr. utilizzi lo stesso termine, per indicare l'attività dei *calumniatores*. Nel passo delle *Institu-*

tatis fontium iuris civilis Romanorum, 1837, 816, il quale rende *recte* in '*secundum rationem iuris. Iuste*'.

⁴⁶ Risulta interessante notare che Gaio adoperava il verbo '*vexare*' solamente in Gai 4.178 e D. 50.16.233 pr.: si veda P.P. ZANZUCCHI, *Vocabolario*, cit., 128; L. LABRUNA, E. DE SIMONE, S. DI SALVO, *Lessico*, cit., 287.

⁴⁷ La radice del verbo '*vexare*' è omonima di quella dell'antico verbo '*vehere*': in alcuni casi, infatti, *vexare* può significare 'trascinare violentemente' o 'portar via'; si veda A. WALDE, J.B. HOFMANN, voce '*Vexo*', in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, II, cit., 778; A. ERNOUT, A. MEILLET, *s. h. v.*, in *Dictionnaire*, cit., 1292. Sullo stretto rapporto *vexare - vehere* cfr. Gell. 2.6.5. Il termine *vexare*, comunque, esprime nelle fonti sempre una condotta negativa; cfr., ad es., Paul. 14 *ad ed.* D. 2.8.8.5; Ulp. 2 *opin.* D. 50.5.1.1; Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.13.6.2. Tale vocabolo, infatti, adoperato in riferimento alla condotta processuale dell'attore indica quel comportamento completamente opposto a quello tenuto dal c.d. *bonus vir*: si veda J.G. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., 89.

⁴⁸ Si veda U. BRASIELLO, voce *Calunnia*, cit., 814: «*calunnia* che è più tipicamente '*chicané*', cioè resistenza volutamente vessatoria all'azione; o azione giudiziaria proposta a scopo vessatorio».

Occupiamoci delle successive due espressioni: ‘*non recte se agere*’ e ‘*vexandi adversarii gratia*’. Esse appaiono al lettore, nell’ordine seguito da Gaio, separate soltanto da un *sed* e strettamente connesse da un punto di vista razionale. Con tali locuzioni il giurista indica l’esercizio di un’azione per fini diversi da quelli tutelati dall’ordinamento giuridico: l’attore agisce con il preciso scopo di tormentare la controparte⁴⁵. Il verbo ‘*vexare*’, adope-

bene una situazione obiettiva». In tal senso si veda pure dello stesso autore la voce ‘*Calumnia*’, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, 677 s. Su un’evoluzione del concetto di *calumnia* si è orientato anche S. SERANGELI, *C.7,16,31 e le azioni*, cit., 203 nt. 16, il quale, tuttavia, ritiene che tale evoluzione si sia avuta in epoca assai più tarda e cioè verso la metà del quarto secolo. Per il requisito della *scientia* nella *calumnia* in generale cfr., ad es., Ulp. 34 *ad. ed. D.* 25.6.1.2; Ulp. 2 *opin. D.* 50.5.1.1. L’importanza della *scientia* ai fini della responsabilità del soggetto nell’ambito della *calumnia* comporta che essa è esclusa quando si è agito per errore o falsa valutazione dei fatti; cfr. Gai. 3 *ad ed. prov. D.* 3.2.18: *Ea, quae falsa existimatione decepta est, non potest videri per calumniam in possessione fuisse.*

⁴⁵ Il termine ‘*recte*’ deriva da ‘*rectus*’ che esprime il significato di «dirigé en droite ligne, droit (sens physique et moral) [...]» ed è l’opposto di *praus*: si veda A. ERNOUT, A. MEILLET, voce ‘*Rectus*’, in *Dictionnaire*, cit., 1000. Si veda, inoltre, A. WALDE, J.B. HOFMANN, *s. h. v.*, in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³, II, 1954, 424, dove, tra i vari significati ricondotti all’espressione *rectus*, è menzionato quello di ‘regelrecht’ (conforme alle norme) che mi pare essere quello più appropriato all’espressione adoperata in Gai. 4.178. Si veda, infatti, H.E. DIRKSEN, voce ‘*Recte*’, in ‘*Manuale latini-*

stinti da uno scopo prevalentemente ‘filologico-antiquario’, dall’altro, in modo quasi contraddittorio, risultano essere caratterizzati, in alcuni casi, da un fine ‘pratico-giuridico’²⁹. Nella nostra fattispecie Gaio, traendo spunto dall’antico verbo *calvor*, dà una definizione dei *calumniatores* che appare valida non solo per l’età repubblicana, ma anche per il principato.

Bisogna anche dire in via preliminare che, al contrario di quanto affermato da alcuni studiosi che hanno esaminato il frammento, la definizione gaiana dei *calumniatores* appare riferibile specialmente al processo privato³⁰. Gaio ci dice che i *ca-*

²⁹ Si veda, a tal proposito, M. BRETONE, *Storia del diritto romano*², Roma-Bari, 1992, 63; S. MORGESE, *Appunti su Gaio ‘ad legem duodecim tabularum’*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese 4-5 Maggio 1978 in onore di S. Romano*, Milano, 1981, 109 ss., in partic. 124 ss. Sull’importanza riconosciuta da Gaio ad un ricordo ‘storico’ delle XII Tavole si veda F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*², Roma, 2011, 118 ss. Sul punto si veda anche R. QUADRATO, ‘*Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*’, Bari, 2010, 39 ss., in particolare 48 ss.

³⁰ D. 50.16.233 pr., invero, è stato, di solito, richiamato – più che sottoposto ad un’attenta esegesi – dagli autori a proposito della derivazione del termine ‘*calumnia*’ dal verbo ‘*calvor*’. Per un riferimento di tale passo al processo criminale si vedano W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian*, Leipzig, 1844, 807, il quale, parlando della *calumnia*, subito precisa nella nota ** che: «Dieses Wort, welches von *calvo* und *calvor* (s.v.a. *decipere, frustrare*) herkommt [...]»; A.W. ZUMPT, *Der Criminalprocess der römischen Republik*, Leipzig, 1871, 379 nt. 3, il quale cita D. 50.16.233 pr. in riferimento al problema della regolamen-

lumniatores sono chiamati così *quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus*. Soffermandoci sull'espressione '*litibus*', si può notare che, con ta-

tazione decemvirale contro le false accuse; A. ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome et la 'lex Iulia de adulteriis'*, in *Mélanges d'histoire du droit*, Paris, 1886, 123; H.F. HITZIG, voce '*Calumnia*', in *PWRE*, III, 1887, 1415, il quale richiama il passo gaiano a proposito dell'origine della *poena calumniae* prevista nello 'Strafprocess'; TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 491 nt. 2, che, parlando della «criminelle *calumnia*», ribadisce la derivazione di tale termine da '*calvor*'. L'autore tedesco, inoltre, tiene a precisare che si sta occupando, in tale sede, della calunnia criminale differente da quella particolare fattispecie, anch'essa chiamata *calumnia*, di corruzione in un processo ('Prozessbestechung'): «Von der gleichbenannten, aber durchaus verschiedenen Prozessbestechung (Dig. 3,6) ist bei der Betrugsklage gehandelt»; G. HUMBERT, voce '*Calumnia*', in *DS*, I.2, 1908, 853; E. LEVY, *Von den römischen Anklägervergehen*, in *ZSS*, LIII, 1933, 212, ora in *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz, 1963, 418, che qui si cita, il quale fa riferimento al passo di Gaio nell'ambito del discorso sulla *praevaticatio*, altra fattispecie riguardante il processo criminale; M. LEMOSSE, *Recherches*, cit., 40 nt. 41. D. 50.16.233 pr. è stato preso in considerazione con riferimento al processo privato da W. REIN, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinianus*, Leipzig, 1858, 929 nt. 1; M. LAURIA, '*Ius romanum*', cit., 26; A. CARCATERRA, '*Sei kalvitur pedemve struit*', cit., 182 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, cit. 28; S. MORGESE, *Appunti*, cit., 126 s.; J.G. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., 52, 78; C. BUZZACCHI, *L'abuso*, cit. 134 s.; A.M. GIOMARO, *Per lo studio*, cit., 111; G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003, 144 s.; S. SCIORTINO, *Intorno a 'Interpretatio Theodosiani 9.39 De calumniatoribus'*, in *AUPA*, LII, 2007-2008, 275.

che concerne l'età repubblicana e quella del principato – uno degli elementi costitutivi della fattispecie calunniosa presa in considerazione⁴⁴.

LEMOSSE, *Recherches*, cit., 32; U. BRASIELLO, voce *Calumnia*, cit., 815; S. SERANGELI, *C. 7,16,31 e le azioni contro il litigante temerario*, in *BIDR*, LXXI, 1968, 203; J.G. CAMIÑAS, *La 'lex Remmia'*, cit., 27; A.F. BARREIRO, *Ética de las relaciones procesales romanas: recursos sancionadores del ilícito procesal*, in *Sem. Compl.*, I, 1989, 73, 75; J.G. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., 89; A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite 'ex parte actoris'*, in *Studi urb.*, LXIX, 2001/02, 205; EAD., *Per lo studio*, cit., 187. L'appartenenza al concetto di *calumnia* dell'elemento intenzionale, consistente nella consapevolezza dell'iniquità dell'azione proposta, pone in stretto rapporto la *calumnia* con il dolo (altra forma di illecito processuale). Tra gli studiosi, tuttavia, vi è chi ha cercato di evidenziare, nell'ambito di tale rapporto, le eventuali differenze; si veda, in proposito, M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, 423 s. nt. 122, il quale afferma che la *calumnia* si differenzia dal dolo «sotto il profilo strutturale»: essa, secondo l'autore, non è costruita sul rapporto inganno-lesione di un interesse e non si attua attraverso la sentenza ingiusta, poiché può essere perseguita penalmente anche prima della conclusione della lite.

⁴⁴ A tal proposito, è opportuno ricordare che tra gli autori non vi è accordo nello stabilire fino a quale momento l'elemento intenzionale abbia caratterizzato la *calumnia*; una tesi decisamente originale è quella di M. LAURIA, '*Calumnia*', cit., 270, il quale afferma che immediatamente dopo i Severi il concetto di *calumnia* si è trasformato in senso obiettivo poiché nel processo privato «[...] elemento distintivo della *calumnia* non è più la malvagia volontà dell'attore, ma lo è invece l'ingiusto danno che si reca al convenuto: il termine non indica più uno stato di animo subbiettivo, sib-

controparte, fondando, così, le speranze di vincere la controversia non sulla *veritas*, ma sull'errore o l'ingiustizia del giudice⁴². Il giurista, inoltre, avrebbe ribadito l'importanza nella *calumnia* dell'elemento intenzionale, affermando che essa *in adfectu est, sicut furti crimen*.

Appare di un certo interesse soffermarsi su alcune espressioni adoperate da Gaio, dall'analisi delle quali è possibile delineare, con maggiore chiarezza, il concetto di 'calumnia processuale' dell'attore: *qui intellegit, non recte se agere, vexandi adversarii gratia; actionem instituit*.

Dalla prima espressione si evidenzia l'appartenenza al concetto di *calumnia* dell'elemento intenzionale consistente nella consapevolezza dell'iniquità dell'azione proposta. Il *calumniator*, quindi, deve rendersi perfettamente conto dell'infondatezza della propria pretesa: egli sa di *non recte se agere*⁴³. Quest'*animus* rappresenta – almeno per ciò

⁴² Cfr. *Rbet. ad Herenn.* 4.15.22: [...] *tantamne ex iniquitate iudiciorum vestris calumniis adsumpsistis facultatem?*

⁴³ In tal senso, con particolare riferimento a Gai 4.178, si veda H.F. HITZIG, voce 'Calumnia', cit., 1414, il quale ritiene che la definizione data da Gaio sia valida per la *calumnia* in generale: «Was Gai. IV 178 von der c. im Civilprocess sagt, gilt von der c. überhaupt [...]»; TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 492 nt. 1; E. LEVY, *Von den römischen Anklägervergehen*, cit., 424; M. LAURIA, «Calumnia», in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1934, 97 ss., ora in *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, 254 ss., che qui si cita; M. BOHÁČEK, *Un esempio*, cit., 352; A. BERGER, voce 'Calumnia', in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 1953, 378; M.

le locuzione, il giurista fa riferimento al processo privato: dalla lettura delle sue opere, infatti, risulta che egli non è solito adoperare il termine '*lis*' per alludere al processo criminale³¹.

D. 50.16.233 pr., quindi, va sottoposto necessariamente ad una attenta lettura per cercare di delineare alcune principali caratteristiche del comportamento dei *calumniatores* nell'ambito processual-privatistico. Il passo è rilevante per un duplice ordine di motivi: in primo luogo, l'equiparazione *calvor* = *moror* e *frustror*, in secondo luogo, il riferimento alla *fraus* e alla *frustratio* per indicare l'attività dei *calumniatores*.

Per quanto riguarda il primo punto, quello che più interessa, oltre alla relazione *calvor-calumnia*³², è che Gaio nel dare una spiegazione

³¹ Cfr., sotto le rispettive voci *lis*, *litigator*, *litigiosus*, ecc., per le *Institutiones* P.P. ZANZUCCHI, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, Milano, 1910, rist. con prefaz. di M. Kaser, Torino, 1961, 64; per le altre opere si veda L. LABRUNA, E. DE SIMONE, S. DI SALVO, *Lessico di Gaio*, I, Napoli, 1971, 69.

³² Sulla derivazione del termine '*calumnia*' dal verbo '*calvor*' cfr. Carisio il quale, nella sua *Ars grammatica* (K. 58.15), afferma che *calumnia prima syllaba correpta effertur. Venit a verbo calvor, hoc est frustror*; ed, inoltre, Isidoro, che, in due frammenti dei *Libri originum sive etymologiarum*, ribadisce che *calumnia est iurgium alienae litis, a calvendo, id est decipiendo dicta* (L. 5.26.8) e che *calumniator, falsis criminis accusator; a calvendo, id est frustrando et decipiendo, dictus* (L. 10.42). '*Calumnia*', tramite '*calumnus*', deriva dallo stesso etimo di '*calvor*' (*kel,*kol,*kal); sul punto si veda A. WALDE, J.B. HOFMANN, voce '*Calumnia*', in *Lateinisches etymologisches Wörter-*

del verbo *calvor* propone una diade: *moretur et frustretur*. Egli afferma che ‘*calvitur*’: *et moretur et frustretur*. Accogliendo la proposta di Mommsen di eliminare il primo ‘*et*’, risulta ancora più chiaro il pensiero di Gaio: credo, infatti, che non ci si possa limitare semplicemente a sostituire *calvitur* con ciascuno dei due verbi, *moretur* o *frustretur*, ma, molto probabilmente, *calvor* esprime una varietà di significati comprensivi di quelli sia di *moror* sia di *frustror*³³.

A proposito del verbo *moror*, si può evidenziare, fra le varie accezioni ad esso riconducibili, la prevalenza del significato ‘ritardare’ o ‘impedire’, nella forma transitiva, e quello di ‘temporeggiare’, ‘indugiare’ o ‘trattenersi’, nella forma intransitiva³⁴.

Frustror, oltre alle ipotesi in cui, derivando dal termine *frustra*, significa ‘frustrare’ o ‘rendere vano’ in casi molto più frequenti, facendo riferimento alla *fraus*, indica ‘ingannare’ o ‘frodare’³⁵.

*buch*³, I, 1938, 143; A. ERNOUT, A. MEILLET, voce ‘*Calvor*’, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴, 1967, 158.

³³ Mi sembra opportuno rilevare, del resto, che tale ‘*et*’ non appare nella *Littera Florentina*: si veda ‘*Iustiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus*’, II, a cura di A. Corbino e B. Santalucia, Firenze, 1988, 468.

³⁴ Cfr., per le fonti in merito, B. REICHMANN, voce ‘*Moror*’, in *TLL*, VII *pars altera*, 1956-1979, 1498 ss.

³⁵ ‘*Frustror*’ nel senso di rendere vano lo si trova, ad es., in Liv. 37.7.2; nel senso di inganno in Liv. 1.47.5; 2.31.9; 22.16.6; 22.41.9; cfr., per ulteriori testimonianze, RUBEN-

Il frammento appartiene a quella parte del libro quarto dedicata alle *coercitiones* e alle *poenae* previste per i *temere litigantes*. In particolare il giurista, dopo aver semplicemente elencato i quattro rimedi (*iudicium calumniae*, *iudicium contrarium*, *iusiurandum* e *restipulatio*) contro la *calumnia* dell'attore (4.174), si sofferma su ognuno di essi (4.175 ss.). Gaio, dunque, afferma che è prevista a carico dell'attore *calumniator* la condanna mediante un *iudicium calumniae* – tendente alla decima parte del valore della lite – solo nel caso in cui egli, consapevole di non agire correttamente, abbia proposto l'azione giudiziaria con lo scopo di *vexare* la

te a risollevere il dubbio sulla genuinità o meno della chiusa in questione. Infine, J.G. CAMIÑAS, *La 'lex Remmia'*, cit., 27 nt. 76; ID., *Presupuestos textuales para una aproximación al concepto de 'calumnia' en el derecho privado romano*, in *Sem. Compl.*, III, 1991, 30 nt. 12; ID., *Ensayo*, cit., 49 nt. 47, 90, ha riproposto il problema. Lo studioso, invero, manifesta un atteggiamento contraddittorio: se da un lato egli propende per la genuinità del passo, poiché afferma che il paragone fatto da Gaio, tra la *calumnia* e il furto può essere considerato come «una forma redundante como es propio de las obras didácticas», dall'altro, però, solleva nuovamente il dubbio sulla possibilità di una glossa nel passo gaiano quando richiama l'attenzione sulla necessità di inquadrare il problema nell'ambito della nota polemica sull'esistenza di elementi post-gaiani introdotti nel libro quarto delle *Institutiones* (*Presupuestos*, cit., 30 nt. 12; *Ensayo*, cit., 49 nt. 47). Comunque si vogliano valutare questi orientamenti e pur se si ritengano non genuine le parole *calumnia in adfectu est, sicut furti crimen*, cioè, a mio parere, non comporta alcuna modifica al significato dell'intero passo, almeno ai fini del discorso che qui ci interessa.

recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis; calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen [...]⁴¹.

⁴¹ In questo passo Gaio parla, in particolare, del *iudicium contrarium* e del *iudicium calumniae*: sul punto si veda, ad es., W. REIN, *Das Privatrecht*, cit., 929 nt. 1; M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, II, *Der römische Civilprozeß*, Bonn, 1865, 535 nt. 47, 537 nt. 54; F.L. KELLER, A. WACH, *Der römische Civilprocess und die Actionen*, Leipzig, 1883, 295 nt. 695; A.W. ZUMPT, *Der Criminalprocess*, cit., 375 nt. 3; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 1353 s.; L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925, 98; O. LENEL, *EP*,³ § 36-38, pp. 107 s.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 214 nt. 20. Il testo è apparso agli studiosi sostanzialmente genuino ad eccezione dell'espressione *calumnia in adfectu est, sicut furti crimen*, per la quale ci si è posto il dubbio di essere in presenza di una glossa. Così, infatti, si è espresso E. ALBERTARIO, *Recensione a C. TUMEDEI, Distinzioni postclassiche riguardo all'età: 'infanti proximus' e 'pubertati proximus'*, Bologna, 1922, in *AG*, LXXXIX, 1923, 253 ss., ID., *'Delictum' e 'crimen' nel diritto romano classico e giustiniano*, Milano, 1924, 59, il quale afferma la non genuinità della nostra frase, evidenziando che l'uso del termine *'adfectus'* o *'affectus'*, per esprimere semplicemente la volontà o l'intenzione, non è da considerarsi classico. Alcuni autori (M. BOHÁČEK, *Un esempio dell'insegnamento di Berito ai compilatori. Cod. Just. 2,4,18*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Palermo, 1936, 351 s.; L. CHARVET, *Les serments contre la calomnie dans la procédure au temps de Justinien*, in *REByz.*, VIII, 1950, 131 nt. 2; U. BRASIELLO, voce *Calunnia*, cit., 815), prendendo in considerazione Gai 4.178, si sono limitati, invece, semplicemen-

Il verbo *calvor*, manifestando un'accezione che cumula in sé quella dei verbi *moror* e *frustror*, esprime, dunque, quel particolare comportamento caratterizzato, soprattutto, dalla presenza di due elementi strettamente collegati: la *fraus* e il vessatorio indugio. Non a caso Gaio aggiunge, inoltre, che dalla stessa radice di *calvor* deriva anche il termine *cavillatio* rafforzando così la spiegazione che quell'antico verbo indica la condotta di colui che cerca cavilli³⁶.

Una considerazione analoga può essere fatta anche per l'attività dei *calumniatores* (termine che etimologicamente deriva da *calvor*), poiché Gaio ci dice che i *calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus*: egli, dunque, richiama l'attenzione del lettore, nuovamente, sulla *fraus* e sulla *frustratio*.

Il termine *'fraus'*, come è noto, indica un atteggiamento malizioso e contrario alle norme giuridiche, con il quale si mira a conseguire un risultato illecito, provocando spesso danno ad un altro soggetto³⁷. In tal senso appare evidente che la

BAUER, voce *'Frustror'*, in *TLL*, VI *pars prior*, 1912-1926, 1437 ss.

³⁶ Cfr. Fest. (Paul.) voce *Cavillatio* (L. 39): *cavillatio est iocosa calumniatio*.

³⁷ Tale significato esprimono anche i termini simili quali *'fraudare'*, *'fraudatio'*, *'fraudator'*, *'fraudulentus'*, ecc. Si veda H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, 1907, 220 ss.

fraus va considerata in contrapposizione alla *bona fides* e sempre più connessa, invece, al *dolus*³⁸.

Per quanto concerne l'espressione '*frustratio*' c'è da dire che essa, oltre al significato di 'inganno', 'delusione', 'errore' o 'illusione' può esprimere anche quello di 'vessatorio ritardo', 'dilazione', 'rinvio', 'proroga'³⁹. Proprio a queste ultime accezioni Gaio, a mio avviso, intende riferirsi con la parola *frustratio*: con tale espressione – unico caso in cui egli la utilizza – il giurista ha voluto esprimere un concetto diverso da quello manifestato dalla parola *fraus*⁴⁰.

³⁸ La contrapposizione tra la *fraus* e la *bona fides* si evidenzia, in modo evidente, in Afric. 8 *quaest.* D. 19.2.35 pr.: [...] *intelligendum est autem nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit* [...]. Sullo stretto rapporto tra la *fraus* e il dolo si veda H. KRÜGER, M. KASER, 'Fraus', in ZSS, LXIII, 1943, 117 ss., in particolare 154 ss.; C. GIOFFREDI, *L'elemento intenzionale nel diritto penale romano*, in *Studi in onore di G. Grosso*, III, Torino, 1970, 40 s., ora in *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 63 ss., in partic. 67 ss., che qui si cita. Sulla *fraus legi facta*, sulla *fraus creditorum* e sui relativi rimedi previsti dall'ordinamento giuridico romano nei vari periodi si veda L. BOVE, voce *Frode (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 630 s.

³⁹ Il termine '*frustratio*', nel senso di *procrastinatio maxime per fraudem facta*, si può trovare in Liv. 3.24.1; Afric. 8 *quaest.* D. 17.1.37; Marcian. 7 *inst.* D. 35.2.89; si veda, per ulteriori fonti, RUBENBAUER, voce '*Frustratio*', cit., 1436. Sui vari significati di '*frustratio*' si veda, inoltre, H. HEUMANN, E. SECKEL, voce '*Frustratio*' in *Handlexicon*, cit., 223 s.

⁴⁰ Si veda, infatti, L. LABRUNA, E. DE SIMONE, S. DI SALVO, voce '*Frustratio*', in *Lessico*, cit., 204.

Appare evidente che Gaio, per delineare il comportamento processuale dei *calumniatores*, richiama l'attenzione non solo sulla frode, ma anche sul vessatorio ritardo con il quale i calunniatori erano soliti tormentare l'avversario in un processo privato, provocando, così, un doloso ritardo nel regolare svolgimento del processo. Dalla lettura di D. 50.16.233 pr., quindi, si può ipotizzare che l'attività di tali *calumniatores* doveva essere punita per evitare non solo le molestie arrecate ad un cittadino, ma anche quelle provocate all'economia dell'intero processo privato per aver senza alcuna utilità dato inizio ad una procedura, nel caso dell'attore che propone l'azione vessatoria, o per aver inutilmente ostacolato la conclusione della stessa, nell'ipotesi del convenuto che resiste in modo vessatorio ad un'azione proposta.

Proseguendo nella lettura delle testimonianze rilevanti, ai fini del discorso che qui si sta svolgendo, sembra utile estendere l'indagine all'altro passo di Gaio, contenuto, però, nelle *Institutiones* (4.178):

Gai 4.178: [...] *Nam calumniae iudicio decimae partis nemo damnatur nisi qui intellegit non*

Risulta interessante notare che l'espressione '*frustrandi gratia*' è adoperata da Gaio per indicare la volontà del convenuto di evitare un processo: cfr. Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.6.25; tale significato si trova anche in un passo di Paul. 12 *ad ed.* D. 4.6.24. Si vedano ulteriori fonti in RUBENBAUER, voce '*Frustror*', cit., 1437.

damni ex lege Aquilia contro il responsabile di un danno convenuto con l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio* derivante da legato *per damnationem* contro l'erede convenuto per la prestazione di tale legato impostogli dal testatore⁶⁰. Tali azioni, pertanto, comportano automaticamente, verificandosi la soccombenza del convenuto, la pena del *duplum* dell'oggetto a cui la domanda dell'attore si riferisce⁶¹.

⁶⁰ Sul punto si veda H.J. ROBY, *Roman private law in the times of Cicero and of the Antonines*, Cambridge, 1902, 234 s.; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, 80 ss.; V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1936, 196 s.; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*³, Milano, 1954, 535 s., ID., *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, LXIV, 1998, 1 ss., il quale considera le azioni, con cui *rem et poenam persequimur*, come azioni miste.

⁶¹ L'elenco coincide con quello contenuto in Gai 4.9: *Rem vero et poenam persequimur veluti ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus: quod accidit per actionem indicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt*. Quanto ci dice Gaio non aiuta a risolvere il quesito su che cosa accomuni le varie azioni che in diritto classico *crescunt in duplum* e su quale sia il motivo del particolare effetto che in esse produce l'*infittatio* del convenuto. Sulle varie problematiche in merito si veda F. BONIFACIO, voce '*Infittatio*', cit., 656; L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, II.14, Berlin-New York, 1982, 682 ss.; G. ROSSETTI, *Problemi e prospettive in tema di «struttura» e «funzione» delle azioni penali private*, in *BIDR*, XCVI-XCVII, 1993-1994 pubbl. 1997, 343 ss.; P. VOCI, *Azioni penali in concorso tra loro*, in *SDHI*, LXV, 1999, 1 ss. Su Gai 4.9 si veda, con l'indicazione della precedente bibliografia, C. BUZZACCHI, *L'abuso*, cit., 43 ss.; G. POLARA, *Gai 4.9: alla radice del principio 'adversus infittian-*

Dopo questi particolari casi di *infitiatio*, Gaio prosegue, ricordando che in altre ipotesi può trovare applicazione la *sponsio tertiae* o *dimidiae partis*, secondo che si sia trattato di *certa credita pecunia* o di *pecunia constituta*⁶².

Essa è caratterizzata dalla promessa, fatta dal convenuto all'attore, di pagare, nel caso di perdita del giudizio, una determinata somma consistente in una quota dell'oggetto della controversia: le azioni qui ricordate da Gaio sono l'*actio de pecunia certa credita*, nella quale la *sponsio* è sulla terza parte dell'ammontare della somma oggetto della lite, e l'*actio de pecunia constituta*, dove la *sponsio* è sulla metà.

Ancora, in merito al comportamento processuale scorretto del convenuto, Gaio ricorda che:

tem in duplum agimus', in *Studi per G. Nicosia*, VI, Milano, 2007, 195 ss.; G. ROSSETTI, *Azioni penali private e azioni reipersecutorie: fonti giurisprudenziali classiche e costruzioni teoriche moderne*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 598 ss.

⁶² Su tale *sponsio* si veda H.E. DIRKSEN, *s. b. v.*, in *'Manuale latinitatis'*, cit., 905, il quale, in relazione a Gai 4.171, rende il termine *sponsio* con quello di *'promissio litigantium'*; A. BERGER, voce *'Sponsio tertiae (dimidiae) partis'*, in *Encyclopedic Dictionary*, cit., 713. Sulla *sponsio* in generale e sulle sue diverse applicazioni si veda E. WEISS, voce *'Sponsio'*, in *PWRE*, III, 1929, 1851 ss.; G.I. LUZZATTO, *s. b. v.*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 38 ss. (ivi fonti e bibliografia); E. BUND, *s. b. v.*, in *PWK*, V, 1975, 320 s.

ABSTRACT

L'indagine mira ad approfondire alcuni significativi aspetti del processo privato romano, con specifico riferimento alla disciplina dell'attività vessatoria delle parti.

Dopo aver verificato il primo ambito di applicazione di tale disciplina, sono stati presi in considerazione i diversi rimedi previsti contro i litiganti temerari, esaminando in particolare alcuni testi delle *Institutiones* di Gaio.

Object of the research is the examination of some characteristics of civil roman law on trial, concerning the regulation of the *vexatio* eventually caused by plaintiffs or defendants to the respective adversaries.

After the analysis of the starting regulation of this conduct, the principal remedies against the temerarious litigants are examined, working on several texts from Gaius' *Institutiones*.

DONATO ANTONIO CENTOLA

Ricercatore di Diritto romano

Università degli Studi di Napoli 'Federico II'

E-mail: donatoantonio.centola@unina.it

Gai 4.172: Quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei cum quo agitur *iniungatur*, ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere NON CALUMNIAE CAUSA INFITIAS IRE. Unde quamvis heredes, vel qui heredum loco habentur, *simpli* nec amplius obligati sint, item *feminae* pupillique *eximantur* periculo sponsionis, iubet tamen eos iurare.

Nel caso in cui non sia applicata la *sponsio* o quando non abbia luogo la disciplina circa le ipotesi particolari di *infitiatio* né si sia trattato di un'azione *ab initio pluris quam simpli*, il pretore permette all'attore di esigere dal convenuto, che resiste alla sua pretesa, il *iusiurandum calumniae*, con il quale il convenuto giura, quindi, di non contrastare tale pretesa *calumniae causa*. Gaio, infine, ricorda che il *iusiurandum* è previsto anche a carico degli eredi, di coloro che sono considerati in luogo degli eredi, delle donne e dei pupilli, nonostante siano tutti costoro esentati dal pericolo della *sponsio*. Sulle caratteristiche del *iusiurandum calumniae* sarà opportuno soffermarsi in seguito a proposito dei rimedi – tra i quali Gaio menziona di nuovo il *iusiurandum* – contro la *calumnia* dell'attore.

Dalla lettura di questi passi, quindi, si può concludere che nell'elenco gaiano dei mezzi, volti a regolare il comportamento del convenuto, si possono distinguere tre gruppi: un primo (è il caso delle azioni *quae infitiando crescunt in duplum*) va-

lido soltanto per determinate ipotesi di *infitiatio*, un secondo (è il caso della *sponsio tertiae* o *dimidia partis*) idoneo sia per le ipotesi di semplice *infitiatio* non comprese, quindi, nei casi precedenti sia per quelle di vera e propria *calumnia* ed, infine, un ultimo rimedio (il *iusiurandum calumniae*) applicabile unicamente nelle ipotesi di *calumnia*.

Queste considerazioni trovano conferma nella necessità di tener distinte la semplice *infitiatio* dalla *calumnia*. Il termine *infitiatio*, infatti, indica, in contrapposizione con la *confessio*⁶³, solamente quel particolare comportamento processuale con il quale il convenuto nega validità alle pretese dell'attore⁶⁴. Per ciò che concerne la *calumnia* del convenuto, invece, si è soliti far riferimento all'atteggiamento vessatorio, con il quale il convenuto, pur consapevole della validità delle pretese dell'attore, si oppone, con dolo, alle richieste dell'attore stesso. Appare evidente, pertanto, che non tutte le ipotesi di *infitiatio* sono fatte *calumniae causa*.

⁶³ Cfr. Fest. voce *Infiteri* (L. 100).

⁶⁴ Si veda A. WALDE, J.B. HOFMANN, voce 'Fateor', in *Latéinisches etymologisches Wörterbuch*, I, cit., 462 s., dove 'infitiar' è reso con l'espressione 'das Leugnen'; A. BERGER, voce 'Infitiar?' (*infitiatio*), in *Encyclopedic Dictionary*, cit., 501: «To deny the plaintiff's claim»; A. ERNOUT, A. MEILLET, voce 'Fateor', in *Dictionnaire*, cit., 219: «On a un composé archaïque avec préfixe négatif dans *infitiar, -arum*, usité seulement dans l'expression *infitiar ire* 'nier' et d'où provient le dénominateur *infitiar*». Sull'*infitiatio* si veda, inoltre, F. BONIFACIO, voce 'Infitiatio', cit., 655 s.; E. BIANCHI, *La «temerarietà»*, cit., 258 ss.; C. BUZZACCHI, *L'abuso*, cit., 45 ss.

come è stato correttamente osservato: «tutti gli strumenti repressivi della temerarietà [...] si collocano ora bene al di là della dialettica attore-convenuto, per stabilirsi invece sul terreno della *publica utilitas*, di cui il processo è strumento»¹¹⁵.

re' und klassische Recht, in *ZSS*, XLV, 1925, 44 ss.; M. LAURIA, «*Calumnia*», cit., 273 ss.; L. CHARVET, *Les serments*, cit., 130 ss.; M. LEMOSSE, *Recherches*, cit., 30 ss.; M. LAURIA, voce 'Calumnia', cit., 678; U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, 251 ss., il quale, fra gli interventi legislativi di Giustiniano concernenti il processo, in particolare si sofferma su C. 2.58.2 riguardante il *iusiurandum calumniae* «la cui prestazione condiziona l'ingresso nel *meritum negotii*»; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 519; S. SERANGELI, *C. 7,16,31 e le azioni*, cit., 207 nt. 29; R. BONINI, *Il titolo*, cit., 31 nt. 10, 35; M. BRUTTI, *La problematica*, II, cit., 775 ss. Si deve ricordare, inoltre, che nell'età giustiniana si dispone la condanna del calunniatore alle spese processuali (cfr., ad es., I. 4.16.1), come forse è già previsto in alcuni casi anche nel principato (cfr., ad es., Ulp. 2 *opinion. D.* 50.5.1.1). Sul punto si veda M. LAURIA, «*Calumnia*», cit., 275 s. Su alcuni interventi giustiniani volti ad evitare le varie forme di abuso del processo civile si veda, di recente, R. FERCIA, 'Intentiones exercere': *problemi e prospettive in Nov. 112*, in *SDHI*, LXXIV, 2008, 158 ss., in part. 185 ss.; A. TRISCIUOGGIO, «...perché gli attori imparino a non giocare con la vita altrui...». *A proposito di Nov. Iust. 53.1-4*, in *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d. C.*, *Atti del Convegno Parma, 18 e 19 giugno 2009*, a cura di S. Puliatti e U. Agnati, Parma, 2010, 163 ss.

¹¹⁵ Così C. BUZZACCHI, *L'abuso*, cit., 161.

dei *calumniatores*, dall'altro, si prevedono diverse sanzioni per porvi rimedio.

Nella tarda antichità, invece, del sistema fino ad allora in vigore rimangono poche tracce e nessuna regolamentazione uniforme disciplina i vari casi di *calumnia*¹¹². Accanto alle nuove pene, che si affermano nell'ambito della *cognitio extra ordinem*¹¹³, continuano ad esistere il *iudicium calumniae* (solo però in Occidente) ed il *iusiurandum* che, come condizione di procedibilità dell'azione, sopravvive sino all'età giustiniana¹¹⁴. In tale epoca, tuttavia,

¹¹² È interessante evidenziare, però, che nell'età tardoantica si verifica una trasformazione del concetto di calunnia: mentre nell'epoca repubblicana e nel principato con tale termine si indica il comportamento di colui che agisce o resiste in giudizio con la volontà di vessare l'avversario, pur essendo consapevole dell'infondatezza della propria pretesa, nell'età successiva si considera *calumnia* la richiesta ingiustificata dell'attore che, a prescindere da una valutazione soggettiva del comportamento dello stesso, procura un ingiusto danno alla parte convenuta. Sull'argomento si veda M. LAURIA, «*Calumnia*», cit., 270 ss. Sulla nozione di *calumniator* nel processo privato nella tarda antichità si veda, di recente, S. SCIORTINO, *Intorno a Interpretatio*, cit., 253 ss.

¹¹³ Cfr., ad es., *Paul. Sent.* 1.5.2. Sul punto si veda, con l'indicazione di altre testimonianze, M. LAURIA, «*Calumnia*», cit., 273 ss., il quale nota che nella repressione *extra ordinem* della *calumnia* dei privati in molti casi sono applicate vere e proprie pene più che sanzioni di carattere civile.

¹¹⁴ Cfr. Imp. Iustin. A. Iuliano pp. C. 2.58.2 pr. (a. 531); I. 4.16.1. Sul giuramento nell'età di Giustiniano si veda C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., 195 ss.; H.F. HITZIG, voce '*Calumnia*', cit., 1419 s.; H. KRÜGER, *Das 'summatim cognosce-*

Non a caso, inoltre, il *iusiurandum* richiamato da Gaio ha ad oggetto la formula di *non calumniae causa infitias ire* e non semplicemente quella di *non infitias ire*.

A questo va aggiunto che, con molta probabilità, Gaio, quando adopera il termine *infittatio*, vuole riferirsi ad una fattispecie che può essere anche differente da quella espressa con il termine *calumnia*. La testimonianza gaiana, infatti, è tratta da un'opera istituzionale che dovrebbe essere caratterizzata da uno stile tecnico-giuridico basato su parole, con un preciso significato 'tecnico', adoperate per esprimere determinati concetti e non altri.

Pertanto, al fine di verificare se la *infittatio* alluda a fattispecie che possono essere confuse con quelle indicate con l'espressione *calumnia*, è necessario controllare tutti i passi contenuti nelle *Institutiones*, oltre a Gai 4.171, nei quali Gaio menziona la *infittatio*⁶⁵:

Gai 3.216: Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est. Sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret: nisi quod ea lege adversus infittiantem in duplum agitur.

Gai 4.9: Rem vero et poenam persequimur veluti ex his causis, ex quibus adversus infittian-

⁶⁵ Cfr. P.P. ZANZUCCHI, voce '*Infitians*', in *Vocabolario*, cit., 52.

tem in duplum agimus: quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt.

Nel primo, Gaio commenta le disposizioni della *lex Aquilia* e, in particolare, si riferisce all'azione *in duplum* riconosciuta *adversus infitiantem*. È evidente, quindi, che egli prende in considerazione quel particolare caso di *infitiatio* compreso fra quelli, elencati in Gai 4.171, che danno luogo alle azioni *quae infitiando crescunt in duplum*.

Per ciò che concerne Gai 4.9, il giurista richiama l'attenzione, ancora, su tali particolari ipotesi di *infitiatio*.

Volendo, peraltro, estendere l'indagine sul termine *infitiatio* pure alle testimonianze al di fuori delle *Institutiones* si deve ricordare solo⁶⁶:

Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.2 pr.-1: *Lege Aquilia capite primo cavetur: 'ut qui servum servamve alienamve quadrupedem vel pecudem iniuriam occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto': et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset.*

⁶⁶ Si veda L. LABRUNA, E. DE SIMONE, S. DI SALVO, voce 'Infitiari?', in *Lessico*, cit., 29.

zione non solo sulla frode, ma anche sul vessatorio ritardo con il quale i detti calunniatori sono soliti tormentare l'avversario in un processo privato, provocando, così, un doloso rallentamento nella regolare esecuzione di tale processo¹¹⁰.

Mi pare, pertanto, evidente che il difficile problema che l'ordinamento giuridico si è trovato ad affrontare è rappresentato dalla necessità di contemperare due esigenze entrambe importanti e, per certi aspetti, contrapposte: da un lato ridurre le conseguenze dannose derivanti da inutili processi e dallo spirito litigioso dei cittadini, dall'altro, però, garantire a tutti il diritto di agire senza intralci in un processo, per far valere una propria pretesa. A questo proposito, si è manifestata l'esigenza di reprimere tutti quei comportamenti processuali, vessatori ed ostruzionistici, che finiscono con l'essere compresi nel termine *calumnia*. Tale esigenza, invero, apparsa sin dall'epoca della Legge delle XII Tavole, nel cui ambito si prende in considerazione quell'atteggiamento del convenuto che in modo vessatorio deliberatamente indugia rispetto alla *vocatio in ius* posta in essere dall'attore¹¹¹, è molto avvertita soprattutto nel corso dei successivi secoli della repubblica e del principato: da un lato si delineano con maggiore precisione alcune caratteristiche dell'attività

¹¹⁰ Gai. 1 *ad legem XII Tab.* D. 50.16.233 pr.; sulle problematiche concernenti tale passo cfr. *supra* par. 2.

¹¹¹ Cfr. Tab. 1.2.

Dalla lettura di tutti i passi gaiani sulle *poenae temere litigantium*, risulta evidente, quindi, un sistema repressivo molto variegato e caratterizzato dall'esistenza di più istituti creati per reprimere il comportamento vessatorio dei *calumniatores*.

Tali rimedi si differenziano in base all'ambito giuridico o religioso nel quale essi producono effetti: da un lato esistono il *iudicium calumniae*, il *iudicium contrarium*, la *sponsio* e la *restipulatio*, ai quali è connessa una pena pecuniaria, dall'altro vi è il *iusiurandum calumniae*, la cui inosservanza non comporta alcuna sanzione economica, ma ha conseguenze, soprattutto, su un piano religioso, morale e sociale.

Si è, inoltre, visto che i rimedi non possono essere applicati tutti contemporaneamente, ma, essendo essi in concorrenza elettiva, è riconosciuta alle parti, quando si verificano determinati presupposti, la possibilità di scelta.

L'aspetto da sottolineare, inoltre, è che la varietà delle sanzioni contro la *calumnia* indica quanto sia importante, per l'ordinamento giuridico, evitare le liti temerarie. Tali liti, infatti, sono impedita sia per porre un freno allo spirito litigioso dei cittadini sia per evitare le dannose conseguenze provocate da molteplici inutili processi (si pensi, ad esempio, al dispendio di tempo e di lavoro per gli organi giurisdicenti).

Al riguardo, è risultata interessante la lettura di D. 50.16.233 pr., dove Gaio, nel definire il comportamento dei *calumniatores*, richiama l'atten-

Nel passo è chiaro, ancora una volta, il riferimento a uno di quei casi particolari di *infitiatio* sopra menzionati.

Alla luce delle fonti citate, risulta agevole poter constatare che Gaio adopera il termine *infitiatio* per indicare quel determinato comportamento del convenuto che va tenuto distinto, pertanto, dalla *calumnia* vera e propria.

È possibile affermare, in conclusione, che nella disciplina della condotta scorretta del convenuto solamente il *iusiurandum calumniae* può essere considerato un rimedio 'specifico' contro la *calumnia* del convenuto: le azioni *quae infitiando crescunt in duplum*, infatti, trovano applicazione solo in particolari casi di *infitiatio*, mentre la *sponsio* può aver luogo sia contro la semplice *infitiatio* sia contro la *calumnia* vera e propria.

Proseguendo nell'analisi della testimonianza gaiana (4.171-181), prima dei frammenti dedicati alla *calumnia actoris*, vi è un passo concernente le azioni *ab initio pluris quam simpli*:

Gai 4.173: Statim *autem* ab initio pluris quam simpli actio est veluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et oblata tripli. Nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur, pluris quam simpli est actio.

Nel testo si ricorda che esistono alcune azioni, come ad esempio quelle per il furto, che fin dall'inizio sono in un multiplo, a prescindere che il

convenuto neghi o ammetta l'esistenza del diritto dell'attore.

Da una prima lettura, sembrerebbe, invero, che Gai 4.173 sia stato inserito dal giurista nel discorso sulle sanzioni contro il litigante temerario quasi per errore⁶⁷, ma, a mio avviso, l'introduzione di Gai 4.173 in tale contesto si collega a quanto affermato da Gaio, precedentemente (4.172), a proposito del *iusiurandum calumniae*: egli, infatti, ricorda che tale *iusiurandum* trova applicazione solo nell'ipotesi in cui non vi sia stata una *sponsio* o non si sia trattato di azioni *in duplum adversus infitiantem* o, per l'appunto, di quelle *ab initio pluri quam simpli*⁶⁸. Gaio, pertanto, dopo aver parlato della *sponsio* e delle azioni *in duplum*, ritiene opportuno fare qualche esempio di azioni *ab initio pluri quam simpli*.

Occupiamoci adesso della disciplina della *calumnia actoris*, che, secondo la testimonianza gaiana, è sanzionata con il *iudicium calumniae*, il *iudicium contrarium*, il *iusiurandum* e, infine, la *restipulatio*:

⁶⁷ Si veda, ad es., V. SCIALOJA, *Procedura*, cit., 198, il quale parla, a tal proposito, di un «errore sistematico» di Gaio.

⁶⁸ Tale considerazione non è certamente più valida per il corrispondente passo delle Istituzioni giustiniane (4.16.1), dove, venuto a mancare il precedente riferimento – a proposito dell'applicazione del *iusiurandum calumniae* – alle azioni *ab initio quam simpli*, il richiamo alle azioni di furto appare, ormai, fuori luogo. Si veda R. BONINI, *Il titolo*, cit., 34 nt. 23.

suali: *postulare pro aliis*, dare un *cognitor* o avere un *procurator*, intervenire in un giudizio in veste di *procurator* o *cognitor*.

Gai 4.182: Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. Sed furti aut vi ((*bonorum*)) raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. *Nec tamen* ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit; *sed* qui prohibetur et pro alio postulare *et cognitorem* dare procuratoremve habere, item *procuratorio* aut *cognitorio* nomine iudicio intervenire, ignominiosus esse *dicitur*¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Cfr. I. 4.16.2. Sull'editto del pretore si veda O. LENEL, *EP.*³ § 16, pp. 77 ss. Interessante, a tal proposito, risulta un testo (non privo di interpolazioni) di Giuliano (1 *ad ed. D.* 3.2.1) che riporta l'elenco degli *infames* fissato nell'editto pretorio: *Praetoris verba dicunt: 'Infamia notatur' qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse indicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit [...].* Cfr., pure, D. 3.2 *De his qui notantur infamia*; C. 2.11 *De causis, ex quibus infamia irrogatur*; C. 10.59 *De infamibus*.

b) ridurre notevolmente la credibilità di colui che non abbia rispettato il giuramento a tal punto che, probabilmente, sarebbe stato più difficile per costui, in futuro, porre in essere atti, aventi rilevanza giuridica, nei confronti degli altri cittadini romani.

Al termine della trattazione delle *poenae temere litigantium*, Gaio, infine, si sofferma sull'infamia che riguarda il condannato in determinati giudizi¹⁰⁸. Il giurista fa riferimento, dopo aver enumerato le ipotesi in cui si verifica l'infamia, all'editto del pretore, dove vi è un elenco delle persone alle quali sono precluse determinate attività proces-

¹⁰⁸ Sull'*infamia* si veda, per un primo riferimento bibliografico e per le principali fonti, U. BRASIELLO, *s. b. v.*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 641 ss.; A. MAZZACANE, voce *Infamia, a)* (*dir. rom. e interm.*), in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971 382 ss. Si veda, inoltre, M. LAURIA, *'Infames' ed altri esclusi dagli ordini sacri secondo un elenco probabilmente precostantiniano*, in *Iura*, XXI, 1970, 182 ss., con particolare riferimento ad una *epistola decretalis*, della seconda metà del terzo sec. d.C., che il vescovo Stefano I avrebbe rivolto al vescovo Ilario; A. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes*, in *'Sodalitas'*, cit., VI, Napoli, 1984, 2575 ss. Sulle problematiche relative all'elenco degli *ignominiosi* o *infames*, contenuto in Gai 4.182, si veda J. MANUEL BLANCH NOUGUÉS, *«El edicto de los magistrados»*, cit., 256 ss.; E. BIANCHI, *«La temerarietà»*, cit., 306 ss. Per ciò che concerne il rapporto *calumnia - infamia* risulta opportuno ricordare, tuttavia, che sono colpiti dall'*infamia* i condannati per *calumnia* in un processo pubblico e non pure i *calumniatores* in uno privato. Sull'elenco degli *infames* contenuto nell'editto del pretore si veda la nt. successiva.

Gai 4.174: Actoris quoque calumnia coërcetur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione.

A proposito del *iudicium calumniae*⁶⁹, Gaio dice che:

Gai 4.175-176: Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet, et est deci-

⁶⁹ Questo rimedio è previsto da un editto del pretore contenuto nel titolo IX *De calumniatoribus*: sul punto si veda O. LENEL, *EP.*³ § 36-38, pp. 106 ss., secondo il quale, con molta probabilità, esisteva un titolo *de calumniatoribus* formato da tre editti: uno relativo all'*actio* prevista contro colui che avesse ricevuto denaro per attuare o meno un *negotium calumniae causa*, un altro riguardante il *iudicium calumniae decimae partis* ed, infine, l'ultimo sul *iusiurandum calumniae*. Questa ipotesi ricostruttiva del titolo *de calumniatoribus* è stata accolta da J.G. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., *passim*, che nell'ambito dello studio di tale titolo si sofferma ampiamente sull'*actio in factum*, sul *iudicium calumniae* e sul *iusiurandum calumniae*. Critiche a siffatta ipotesi sono manifestate da R. DOMINGO, *¿Existió un título edictal IX 'De Calumniatoribus'?*, in *SDHI*, LX, 1994, 637 ss., il quale, con una serie di argomentazioni che si fondano soprattutto sui risultati delle ricostruzioni dell'editto, precedenti a quella fatta da Lenel (cfr. A. F. RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869, rist. Pamplona, 1997, § 37 pp. 54 ss.), crede che non sia esistito nell'Editto del pretore un titolo *De calumniatoribus* formato da tre editti, ma che vi sia stato un unico editto all'interno di un titolo più generale. Sul punto si veda, di recente, A.M. GIOMARO, *La diversa collocazione del 'de calumniatoribus': scuola o pratica giudiziale?*, in *AARC*, XVI, 2007, 537 ss.

mae partis, *praeterquam quod* adversus adsertorem tertiae partis est. Liberum est autem ei, cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere, NON CALUMNIAE CAUSA AGERE.

Tale *iudicium* comporta la condanna dell'attore al pagamento di un decimo del valore della causa mentre, nell'ipotesi dell'*adsertor libertatis*, la condanna sale ad un terzo⁷⁰. Il convenuto può scegliere di opporre il *iudicium* o di esigere il *iusiurandum calumniae*. È opportuno ricordare, inoltre, che, per poter esercitare tale *iudicium*, è necessario che l'attore non sia stato sottoposto alla *restipulatio* (Gai 4.181) e che il convenuto non abbia scelto il *iudicium contrarium*, poiché, secondo un'altra testimonianza gaiana (Gai 4.179), nelle ipotesi in cui si verifica la concorrenza del *iudicium contrarium* con il *iudicium calumniae* è consentito agire soltanto con l'uno o con l'altro dei due mezzi.

Una volta chiarito che, in ordine alla *calumnia* dell'attore, è possibile agire con il *iudicium calumniae*, risulta, però, più difficile la individuazione della procedura con la quale il convenuto può attuarlo⁷¹. Non a caso, infatti, sull'argomento diver-

⁷⁰ Sulla pena fissata per l'*adsertor libertatis* si veda G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, 168 s.

⁷¹ Risulta interessante, inoltre, ricordare che, nel linguaggio giuridico romano, il termine '*iudicium*' assunse, nel corso dei secoli, una serie di significati non sempre facili da individuare. Si veda, a tal proposito, G. PUGLIESE, voce '*Indi-*

la sanzione prevista per questa ipotesi non sia di natura economica, come, invece, accade per gli altri rimedi contro la *calumnia*, ma, con molta probabilità, essa deve produrre conseguenze rilevanti, soprattutto, sul piano religioso, morale e sociale¹⁰⁷. Non va sottaciuto, infatti, che Gaio, nelle *Institutiones*, non ci dice nulla in merito ad un'eventuale sanzione pecuniaria connessa al *iusiurandum calumniae*, mentre descrive, in modo dettagliato, le varie sanzioni pecuniarie legate al *iudicium calumniae*, al *iudicium contrarium*, alla *sponsio* e alla *restipulatio*.

Si può, quindi, ipotizzare che il comportamento di colui che non abbia rispettato il *iusiurandum*, oltre a porre quest'ultimo in contrasto con la divinità, sia considerato, certamente, riprovevole sul piano morale e sociale ed in quanto tale produca due evidenti conseguenze: a) essere oggetto di una valutazione negativa da parte dei censori;

¹⁰⁷ Di opinione diversa mi sembra essere M. LEMOSSE, *Recherches*, cit., 30 ss., il quale sostiene che pure il *iusiurandum calumniae* prevede una pena pecuniaria. Non mi pare, invece, che nelle fonti vi sia qualche testimonianza in tal senso. Per un'opinione opposta a quella di Lemosse si veda già S. SERANGELI, *C. 7,16,31 e le azioni*, cit., 210, il quale sottolinea che la differenza di sanzioni previste per il *iusiurandum calumniae* rispetto a quelle stabilite per il *iudicium calumniae* giustifica la coesistenza di tali rimedi «di generale applicazione»; J.G. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., 109. Sul *iusiurandum calumniae* si veda inoltre E. BIANCHI, *La «temerarietà»*, cit., 294 ss.; C. BUZZACCHI, *L'abuso*, cit., 103 ss.; A.M. GIOMARO, *Per lo studio*, cit., 101 ss.

la ‘*iusiurandum*’, infatti, si ricollega all’accezione originaria di *ius* nel senso di «formule religieuse qui a force de loi»¹⁰⁵ da cui è derivato *iusiurare* con il significato di ‘pronunciare un formula sacra’. Questa connotazione religiosa, caratteristica del giuramento in generale¹⁰⁶, è presente, pure, nel *iusiurandum calumniae*. Non a caso Gaio richiama l’attenzione del lettore su due espressioni: ‘*modo iurisiurandi religione*’ (4.171) e ‘*iurisiurandi religio iniungitur*’ (4.181).

Strettamente connessa all’aspetto religioso del *iusiurandum calumniae* è, quindi, la problematica delle sanzioni adottabili contro la parte che, dopo aver giurato, sia dichiarata soccombente nel processo e che, inoltre, si accerti aver manifestato una condotta processuale calunniosa. Pur nel silenzio delle fonti in nostro possesso, ritengo che

religioso nel *iusiurandum calumniae* cfr. Paul. 3 *quaest.* D. 22.3.25.3. Sulla formula di tale *iusiurandum* cfr. Val. Prob. 5.11: *N.K.C. non kalumniae causa*.

¹⁰⁵ Così A. ERNOUT, A. MEILLET, voce ‘*Ius*’, in *Dictionnaire*, cit., 329, dove sono ricordati due significati del termine *ius*: quello originario, caratterizzato dall’aspetto religioso, e quello successivo, ormai laico, di ‘*droit*’, ‘*justice*’.

¹⁰⁶ Si veda H.E. DIRKSEN, voce ‘*Iusiurandum*’, in ‘*Manuale latinitatis*’, cit., 520: ‘*adfirmatio religiosa*’. Sulle varie applicazioni del giuramento, ad es. nei rapporti internazionali, nel diritto pubblico, nel diritto privato, e sulle problematiche ad esse connesse si veda, con l’indicazione della bibliografia e delle fonti, L. AMIRANTE, voce *Giuramento*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968, 937 ss., in particolare sul *iusiurandum calumniae* si veda p. 942; R. PROVINCIALI, voce *Giuramento*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 103 ss.

se e contrastanti sono le teorie proposte dagli studiosi che hanno affrontato il problema: alcuni hanno sostenuto che l’*actio calumniae* (l’azione, cioè, con la quale si agiva per chiedere il *iudicium calumniae*)⁷² si può far valere inserendo una sorta di ‘clausola’ nella *formula* del giudizio principale⁷³;

cium’, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 335 ss. (ivi bibliografia e fonti).

⁷² Tale *actio calumniae* non va confusa con l’altra *actio calumniae*, prevista da un altro editto del pretore – contenuto nel titolo IX *De calumniatoribus* (cfr. O. LENEL, *EP.*³ § 36-38, pp. 106 s.) –, contro colui che riceva danaro *ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret* (cfr. Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.6.1 pr.): in questa ipotesi si ha un’azione attuata per ottenere il *quadruplum* di ciò che è stato ricevuto, se esercitata entro l’anno, e diretta al *simplum*, se esperita dopo l’anno. Sull’argomento si veda E. LEVY, *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1915, 102 ss.; G.H. MAIER, *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin-Leipzig, 1932, 55 ss.; G. PROVERA, *Riflessi privatistici dei ‘pacta de crimine’*, in *Studi in onore di B. Biondi*, III, Milano, 1956, 543 ss.; F. SERRAO, *Il frammento leidense di Paolo. Problemi di diritto criminale romano*, Milano, 1956, 92 ss.; C. VENTURINI, *Concussione e corruzione: origine romanistica di una problematica attuale*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano, 1987, 139 ss.; J.G. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., *passim*; J. MARÍA BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, Madrid, 1997, 169 ss.; J. MANUEL BLANCH NOUGUÉS, «*El edicto de los magistrados en el lenguaje de la jurisprudencia romana*», Madrid, 1998, 251 ss.; C. BUZZACCHI, *L’abuso*, cit., 129 ss.; A.M. GIOMARO, *Per lo studio*, cit., 43 ss.; EAD., *La diversa collocazione*, cit., 496 ss.

⁷³ Così H.F. HITZIG, voce ‘*Calumnia*’, cit., 1420, il quale, dopo aver affermato che: «Die processualische Gestaltung des *iudicium calumniae* ist nicht klar», parla, a tal proposito,

altri, invece, hanno ribadito che l'*actio calumniae* forma oggetto di un'autonoma *formula* da inserirsi nel processo principale⁷⁴; altri ancora hanno affermato che tale *actio*, da considerarsi indipendente dal processo principale, si deve far valere in un autonomo processo⁷⁵.

richiamando l'attenzione sull'espressione '*iudicium opponere*', di una sorta di contro-azione congiunta, la cui approvazione presupponeva il rifiuto dell'azione principale: «[...] wahrscheinlich hat man an eine subjungierte Widerklage (vgl. o. den Ausdruck *iudicium opponere*) zu denken, Gutheissung vorgängige Abweisung der Hauptklage vorausgesetzt [...]»; F.L. KELLER, A. WACH, *Der römische Civilprozess*, cit., 295: «Die ordentliche Form scheint die einer in der *F^a* über die Hauptklage subjungierten Widerklage gewesen zu sein»; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁷, Paris, 1924, 1104 nt. 1.

⁷⁴ In tal senso M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilproceß*, II, cit., 535 ss.; M. WLASSAK, '*Praescriptio*' und *bedingter Prozeß*, in *ZSS*, XXXIII, 1912, 119; J. PARTSCH, *Studien zur 'Negotiorum Gestio'*, I, Heidelberg, 1913, 56 nt. 5: «Das *iudicium calumniae* halte ich [...] für eine selbständige Klageformel». Si veda, inoltre, O. LENEL, *EP*.³ § 36-38, p. 108, che, in verità, ritiene valide sia l'ipotesi che considera il *iudicium calumniae* come connesso alla formula del processo principale sia quella più probabile ('wahrscheinlicher') che configura tale *iudicium* come un'autonoma formula ('selbständige Formel').

⁷⁵ Cfr. E. COSTA, *Profilo*, cit., 82, il quale ricorda che il convenuto può esperire il *iudicium calumniae* solo dopo che il processo principale si sia concluso favorevolmente per lui e con la sconfitta dell'attore; V. SCIALOJA, *Procedura*, cit., 199; M. LEMOSSE, *Recherches*, cit., 35 s., J.G. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., 94.

quale deve giurare di non negare, *calumniae causa*, il diritto dell'attore (*non calumniae causa infitias ire*)¹⁰².

A proposito di tale rimedio, esistente, peraltro, anche nel processo criminale¹⁰³, l'aspetto che va sottolineato è il suo carattere religioso: il giuramento è un atto concluso in termini solenni con il quale si invocano gli dèi a testimonianza della verità delle proprie affermazioni¹⁰⁴. La paro-

¹⁰² Nelle *Institutiones* di Gaio vi è traccia del *iusiurandum calumniae*, oltre che nei passi già citati (4.171-172-174-176-179-181), solamente in Gai 4.186, a proposito del *vadimonium*: *Et si quidem iudicati depensive agetur, tanti fit vadimonium, quanti ea res erit; si vero ex ceteris causis, quanti actor iuraverit* NON CALUMNIAE CAUSA POSTULARE SIBI VADIMONIUM PROMITTI [...]. Si deve ricordare, inoltre, che il *iusiurandum calumniae* trova larga applicazione pure in determinate fattispecie extraprocessuali: ad es. nella *operis novi nuntiatio* (Ulp. 52 *ad ed.* D. 39.1.5.14), nella domanda della *cautio damni infecti* (Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.2.7 pr.), nella richiesta di scavare in un fondo altrui per cercare un tesoro (Pomp. 18 *ad Sab.* D. 10.4.15). Erano esentati dal prestare il *iusiurandum calumniae* i patroni e i *parentes*; cfr. Paul. 14 *ad ed.* D. 2.8.8.5; Ulp. 10 *ad ed.* D. 12.2.16; 26 *ad ed.* D. 12.2.34.4; 10 *ad ed.* D. 37.15.7.3.

¹⁰³ La testimonianza più antica del *iusiurandum calumniae* riguarda proprio il processo criminale; cfr. la *lex repetundarum Tabulae Bembinae* l. 19 (FIRA. 12.89 s.): *Qui ex h. l. pecuniam ab a[r]ruorsario petet, ... is eum, unde petet, postquam CDLuirei ex h. l. in e]um annum lectei erunt, ad iudicem, in eum annum quei ex h. l. [factus] erit, in ious educito nomenque eius deferto; sei deiuraverit calumniae causa non po[stulare], is praetor nomen recipito facitoque [...].*

¹⁰⁴ Cfr. la definizione di giuramento data da Cicerone, *off.* 3.29.104: *Est enim ius iurandum adfirmatio religiosa, quod autem adfirmitate quasi deo teste promiseris, id tenendum est.* Sul vincolo

La *restipulatio*, infatti, risulta essere una ‘contro-promessa’ che l’attore attua come risposta alla promessa del convenuto (*sponsio*) di pagare una determinata somma nel caso in cui si sia perduta la lite⁹⁹.

Un discorso a parte merita l’ultimo rimedio ricordato da Gaio contro la ‘*calumnia* processuale’: il *iusiurandum calumniae*¹⁰⁰.

Sempre grazie alla testimonianza gaiana sappiamo che il convenuto invece di agire con il *iudicium calumniae* può invitare l’attore a giurare di *non calumniae causa agere* (Gai 4.176)¹⁰¹ e che, inoltre, tale mezzo non è cumulabile con gli altri previsti contro la *calumnia actoris* (Gai 4.179).

Il *iusiurandum calumniae*, d’altra parte, è pure riconosciuto, come abbiamo visto in precedenza (Gai 4.172), a favore dell’attore contro l’eventuale comportamento calunnioso del convenuto, il

⁹⁹ Si veda H.E. DIRKSEN, voce ‘*Restipulatio*’, in *Manuale latinitatis*, cit., 843: ‘*Actor quidem sponsionis (formulam) edit adversario, ille huic invicem restipulationis*’. Si veda pure la voce ‘*sponsio*’ (*Manuale latinitatis*, cit., 905), dove l’autore indica la *restipulatio* come opposta alla *sponsio*.

¹⁰⁰ Esso è previsto da un editto del pretore contenuto nel titolo IX *De calumniatoribus*: si veda O. LENEL, *EP*.³ § 36-38, pp. 107 ss.

¹⁰¹ Nell’ipotesi in cui l’attore abbia rifiutato di prestare il *iusiurandum calumniae* si verifica un caso di *denegatio actionis* da parte del pretore; cfr. Ulp. 33 *ad ed. D.* 12.2.37.

La divergenza delle opinioni degli studiosi è provocata dalla difficoltà ad individuare precisamente la forma processuale, con la quale si agisce per ottenere il *iudicium calumniae*, poiché mancano, nel *Corpus iuris civilis* di Giustiniano, testimonianze utili per la conoscenza dell’*actio calumniae*. Tale carenza troverebbe una giustificazione nel fatto che Giustiniano apportò una serie di modifiche alla disciplina prevista contro la ‘*calumnia* processuale’, abolendo, in particolare, l’*actio calumniae*⁷⁶; pertanto nella compilazione giustiniana non sarebbero state inserite testimonianze che trattavano l’argomento.

Orbene, prescindendo dall’individuazione delle precise forme, nelle quali deve essere esperita l’*actio calumniae*, l’unico elemento che può desumersi dalla lettura delle fonti in nostro possesso è

Sul *iudicium calumniae* cfr., inoltre, E. BIANCHI, *La «temerarietà»*, cit. 294 ss.; C. BUZZACCHI, *L’abuso*, cit., 137 ss.; A.M. GIOMARO, *Per lo studio*, cit., 107 ss.; R. SCEVOLA, *Accertamento sulla fondatezza degli interdetti: considerazioni a margine di Gai 4.161-170*, in ‘*Actio in rem*’, I, cit., 674 ss.

⁷⁶ Cfr. I. 4.16.1: [...] *Haec autem omnia pro veteris calumniae actione introducta sunt, quae in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actorem multabat, quod nusquam factum esse invenimus: sed pro his introductum est et praefatum iusiurandum et ut improbus litigator etiam damnus et impensas litis inferre adversario suo cogatur*. Sul punto si veda H.F. HITZIG, voce ‘*Calumnia*’, cit., 1421: «Das iustinianische Recht kennt das *iudicium calumniae* nicht mehr [...]»; M. LAURIA, «*Calumnia*», cit., 273 ss.; L. CHARVET, *Les serments*, cit., 131; M. LEMOSSE, *Recherches*, cit., 48; S. SERANGELI, *C. 7,16,31 e le azioni*, cit., 207 nt. 29, 218; R. BONINI, *Il titolo*, cit., 27 ss.

l'esistenza di un principio di carattere generale secondo il quale l'esercizio di siffatta *actio* deve avvenire nell'ambito dello stesso processo principale, per cui chiamato a decidere sulla *condemnatio de calumnia* è il medesimo giudice del processo principale⁷⁷.

A tal proposito, tornando a Gai 4.176, mi sembra interessante sottolineare che il giurista, riferendosi al *iudicium calumniae*, adopera l'espressione '*iudicium opponere*' che ricorre nel manuale gaiano, sempre con riguardo al *iudicium calumniae*, in Gai 4.163: [...] *praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis* [...] e in Gai 4.181: [...] *ei neque calumniae iudicium opponitur* [...]. Dall'espressione impiegata da Gaio si può dedurre che tale *iudicium* probabilmente deve essere richiesto durante la fase *in iure* del processo principale e si oppone alla *formula* che è alla base di questo.

Esiste, dunque, un principio secondo il quale l'esercizio dell'*actio calumniae* deve avvenire nello stesso processo principale. Se è vero che la condanna per *calumnia* presuppone la dichiarata soccombenza dell'attore nella causa principale, è pur vero che l'azione proposta dall'attore deve apparire calunniosa già nel momento in cui viene introdotto il processo principale e, pertanto, il mancato ricorso da parte del convenuto ai mezzi contro

⁷⁷ Di opinione diversa sono, chiaramente, gli autori che hanno sostenuto l'autonomia del *iudicium calumniae* rispetto al processo principale.

dell'attore *si causam non tenuerit* indipendentemente dalla consapevolezza di non *recte se agere*.

La *restipulatio*, inoltre, è in concorrenza elettiva con gli altri rimedi contro la *calumnia actoris*:

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

Alla luce dei punti di contatto fra il *iudicium contrarium* e la *restipulatio*, ritengo valide pure per quest'ultima le mie osservazioni, fatte precedentemente, a proposito del *iudicium contrarium*.

È opportuno aggiungere sulla *restipulatio* che i determinati casi nei quali essa va applicata devono essere, con molta probabilità, gli stessi in cui è effettuata, dal convenuto a favore dell'attore, la *sponsio*⁹⁸.

⁹⁸ Così W. REIN, *Das Privatrecht*, cit., 930; F.L. KELLER, A. WACH, *Der römische Civilprozess*, cit., 292 s.; C. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Roma, 1886, 191, il quale afferma che «In tutti i casi poi, nei quali l'attore chiedeva una *sponsio poenalis*, il convenuto aveva il diritto di esigere una *restipulatio* pel caso riuscisse vincitore»; E. COSTA, *Profilo*, cit., 81 s. Tale orientamento è stato ripreso da U. BRASIELLO, voce *Calumnia*, cit., 814; L.W. LEAGE, *Roman private law founded on the Institutes of Gaius and Justinian*³, London, 1961, 472; J.G. CAMIÑAS, *Ensayo*, cit., 82. Sulla *restipulatio* cfr., inoltre, C. BUZZACCHI, *L'abuso*, cit., 95 ss.

colari casi, nei quali è ammesso il *iudicium contrarium*, debbano essere considerati come ipotesi di *calumnia* per le quali però – forse per una particolare struttura di tali fattispecie forse per l'evidenza del carattere vessatorio e della presenza del dolo (si pensi ad es. al caso di colei che, immessa dal pretore in possesso *ventris nomine*, avesse trasferito *dolo malo* il possesso ad altri) – non è necessaria, ai fini della condanna del *calumniator*, un'ulteriore verifica de suo *animus*. D'altra parte, ciò trova conferma nel fatto che in quelle ipotesi nelle quali si agisce con il *iudicium contrarium* può trovare attuazione pure il *iudicium calumniae* che non è certamente attuato contro fattispecie differenti dalla *calumnia*.

Gaio, infine, conclude l'analisi dei mezzi previsti contro la *calumnia* dell'attore ricordando la *restipulatio*⁹⁷:

Gai 4.180: Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet; et quemadmodum contrarium iudicio omni modo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis poena omni modo damnatur actor, si vincere non potuerit.

La *restipulatio*, quindi, presenta due analogie con il *iudicium contrarium*: essa trova applicazione solo in determinati casi ed implica la condanna

⁹⁷ Sulla *restipulationis poena* cfr. Gai 4.13.

la *calumnia*, nell'ambito di tale processo, può essere interpretato come un'implicita rinuncia a tali mezzi.

Un altro rimedio contro la *calumnia* è rappresentato dal *iudicium contrarium* (Gai 4.177-178):

Gai 177. Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur, veluti si iniuriarum agatur, et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse, et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. Sed adversus iniuriarum quidem *actionem* decimae partis datur, adversus vero duas istas quintae. 178. Severior autem coërcitio est per contrarium iudicium. Nam calumniae iudicio decimae partis nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis; calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet *aliqua* opinione inductus crediderit se recte agere.

Il *iudicium contrarium* può essere proposto solamente contro colui che esperisce l'*actio iniuriarum* o contro la donna che, immessa dal pretore in possesso *ventris nomine*, abbia trasferito con dolo il possesso ad altri o contro colui che agisce,

affermando di essere stato immesso nel possesso dal pretore. Appare subito evidente che la repressione con il *iudicium contrarium* è più severa di quella attuata con il *iudicium calumniae*, poiché essa comporta sempre la condanna dell'attore se non abbia vinto la causa, indipendentemente, quindi, dall'accertamento della malafede dell'attore stesso.

Gaio prosegue, sempre a proposito del *iudicium contrarium*, affermando che:

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

Nelle ipotesi in cui è possibile agire con il *iudicium contrarium* può aver luogo pure il *iudicium calumniae*, ma nella pratica è consentito agire solo con l'uno o con l'altro. Tali *iudicia*, inoltre, non trovano applicazione quando è stato richiesto il *iusiurandum calumniae*.

Per le sue particolarità il *iudicium contrarium* è stato più volte oggetto di discussioni in merito ad alcune problematiche strettamente connesse fra loro: il significato dell'aggettivo 'contrarium', il rapporto tra il *iudicium contrarium* in tema di *calumnia* e

precisione» di Gaio, perché il nostro giurista segue uno schema ben preciso: egli, prima di tutto, afferma chiaramente che il *iudicium contrarium* fa parte dei rimedi contro la *calumnia* dell'attore (4.174: *actoris quoque calumnia coërcetur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione*); in séguito, ricorda che il *iudicium contrarium* trova applicazione solo in determinati casi (4.177); successivamente, evidenzia, però, che la repressione con il *iudicium contrarium* è più severa rispetto a quella attuata con il *iudicium calumniae* in quanto non è necessaria una verifica dell'elemento intenzionale dell'attore *calumniator* (4.178); infine, sottolinea che nei casi nei quali è possibile agire con il *iudicium contrarium* può essere applicato anche il *iudicium calumniae* anche se, in pratica, è consentito agire soltanto o con l'uno o con l'altro (4.180).

Alla luce di quanto riferisce Gaio, mi sembra possibile concludere che il *iudicium contrarium* può essere considerato come un rimedio contro la *calumnia* che presenta, però, due particolarità: esso trova attuazione solo in determinati casi e comporta la condanna dell'attore, pure se convinto di aver agito correttamente. Dalla testimonianza gaiana non risulta che tale *iudicium* trovi applicazione nei casi in cui non si sia verificata la *calumnia* dell'attore, ma semplicemente che con esso la condanna dell'attore prescinda dalla verifica dell'elemento intenzionale alla base del comportamento dell'attore. Ritengo, pertanto, che i parti-

tema di *calumnia*, presenta una forte analogia con quella che possiamo riconoscere nei *iudicia contraria* ‘contrattuali’: pure a proposito di questi ultimi si è soliti parlare di rimedi previsti, quando si verificano alcuni presupposti, sempre in una precisa direzione a favore di un determinato soggetto, il mandatario, il gestore di affari, il tutore, contro un altro determinato soggetto, il mandante, il *dominus negotii*, il pupillo: appare evidente, pertanto, che questi due tipi di *iudicia* indicano, in contesti differenti (il primo con riferimento ai mezzi contro la *calumnia* dell'attore, i secondi con attinenza alle obbligazioni a carico delle parti), un medesimo fenomeno.

In merito, infine, alla tesi di Lauria, secondo cui il *iudicium contrarium* non può essere considerato un rimedio contro la *calumnia*, risulta piuttosto difficile prendere posizione, poiché se è vero che dobbiamo riconoscere l'appartenenza al concetto di *calumnia* dell'elemento intenzionale, consistente nella consapevolezza dell'iniquità del comportamento manifestato, è altrettanto vero che Gaio quando menziona il *iudicium contrarium* afferma che esso, a differenza del *iudicium calumniae*, comporta la condanna dell'attore, indipendentemente dalla consapevolezza dell'iniquità del suo comportamento, per il semplice fatto che costui non abbia vinto la causa.

Mi sembra, però, eccessivo parlare, a proposito della menzione fatta da Gaio di tale *iudicium* fra le sanzioni contro la *calumnia*, di «un'evidente im-

gli altri *iudicia contraria* c. d. ‘contrattuali’⁷⁸ ed, infine, il suo campo di applicazione, prospettandosi, finanche, l'eventualità che esso non sia un rimedio contro la *calumnia*⁷⁹.

Orbene, con riguardo al significato dell'espressione ‘*contrarium*’, sono da ricordare le opinioni di Partsch, Arangio-Ruiz, Schulz e Provera. Il primo, nel noto studio sulla *negotiorum gestio*⁸⁰, afferma, a proposito di un più ampio discorso sulla struttura del *iudicium contrarium*, che tale *iudicium* è detto *contrarium*, poiché si fonda su di un'unica formula a struttura ‘bilaterale’, nella quale la relativa domanda giudiziale si sarebbe fusa con l'azione principale⁸¹. In particolare, per ciò che

⁷⁸ Con tale termine si è soliti indicare i rimedi spettanti al mandatario contro il mandante, al gestore di affari contro il *dominus negotii*, al tutore contro il pupillo, al creditore pignoratorio contro il debitore pignorante, al fiduciario contro il fiduciante, al depositario contro il deponente, al comodatario contro il comodante a tutela di obbligazioni secondarie ed eventuali. Sulle varie problematiche concernenti tali *iudicia* – si pensi ad es., per quanto riguarda la natura dei contratti nei quali si attuano i *iudicia contraria*, alla concezione individuata dai Pandettisti della c.d. ‘bilateralità imperfetta’ e alle critiche mosse dagli studiosi a tale concezione – si veda G. PROVERA, voce ‘*Iudicium contrarium*’, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 340 ss.; ID., *Contributi alla teoria dei 'iudicia contraria'*, Torino, 1951, *passim*.

⁷⁹ È questa la tesi di M. LAURIA, «*Calumnia*», cit., 270.

⁸⁰ J. PARTSCH, *Studien*, cit., 56 ss.

⁸¹ J. PARTSCH, *Studien*, cit., 56 ss., in verità, afferma che il *iudicium contrarium* era caratterizzato da un'unica formula con doppia *intentio* reciproca. L'autore a tal proposito

concerne il *iudicium contrarium* in tema di *calumnia*, Partsch evidenzia, prendendo in esame la testimonianza gaiana su tale rimedio, che esso è da considerarsi *contrarium* a causa dell'inserimento nella formula della clausola riguardante la condanna dell'attore *si causam non tenuerit*⁸².

Arangio-Ruiz, criticando l'orientamento di Partsch, rileva che tale *iudicium* è detto *contrarium*, poiché, secondo il 'principio di contraddizione', all'assoluzione di una parte deve necessariamente corrispondere la condanna dell'altra parte: la condanna dell'attore, infatti, dipende, in un certo qual modo, dall'assoluzione del convenuto e tra le due ipotesi non vi è possibilità di una terza⁸³.

Schulz, con riguardo all'espressione *iudicium contrarium*, prospetta l'ipotesi che essa, insieme

prende in considerazione, in particolare, tre testimonianze: Cic. off. 3.17.70; Iul. 1 *ad ed.* D. 3.2.1 e, infine, Gai 4.177 ss. Sulla struttura del *iudicium contrarium* in tema di *calumnia* e del *iudicium calumniae* si veda M. WLASSAK, 'Praescriptio', cit., 119, il quale richiama l'attenzione sul fatto che tali *iudicia* sono costituiti da una *praescriptio*, nella quale si afferma che la condanna del calunniatore è subordinata alla sua sconfitta nella causa principale, e da un'*intentio*, contenente l'ammontare della condanna del calunniatore.

⁸² Si veda J. PARTSCH, *Studien*, cit., 57 nt. 1.

⁸³ V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano, Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma*, Napoli, 1949 (rist. anastat. 1965), 96: «Pare evidente, infatti, che esso si dica *contrarium* per la semplice ragione che all'assoluzione dell'uno deve necessariamente corrispondere la condanna dell'altro, con un'applicazione di quello che nella logica formale si usa chiamare 'principio di contraddizione'».

medio semplicemente creato a garanzia del convenuto vittorioso.

Alla luce di quanto finora detto, appare evidente che, sulle problematiche concernenti il *iudicium contrarium* in tema di *calumnia*, spesso sono state proposte dagli autori tesi piuttosto 'ardite' e, in molti casi, difficili da sostenere⁹⁵.

Con riguardo, ad esempio, al significato dell'espressione *iudicium contrarium* di cui Gaio fa menzione, mi sembra opportuno – pur considerando le notevoli difficoltà esistenti a conoscere la precisa struttura del *iudicium* – tener ben presente il principio secondo il quale tale espressione indica semplicemente un rimedio processuale così chiamato perché, in determinati casi, può essere 'opposto' all'azione principale nell'ambito di uno stesso processo⁹⁶. Tale terminologia fa riferimento ad un mezzo processuale non riconosciuto indifferentemente a favore dell'una o dell'altra parte, ma previsto, sempre in una medesima direzione, a favore di una delle parti (convenuto) contro l'altra (attore).

Non va sottaciuto, inoltre, che l'accezione dell'aggettivo '*contrarium*', nel *iudicium contrarium* in

⁹⁵ Mi riferisco, ad es., alla tesi espresse sul *iudicium contrarium* da Schulz e Partsch, a proposito delle quali vanno pienamente accolte, a mio avviso, le critiche formulate da Provera.

⁹⁶ Si veda H. HEUMANN, E. SECKEL, voce '*Contrarius*', in *Handlexicon*, cit., 105, i quali indicano come significato principale dell'aggettivo *contrarius*: 'entgegengesetzt', 'umgekehrt'.

Per ciò che concerne, infine, l'ambito di applicazione del *iudicium contrarium* menzionato da Gaio, è interessante evidenziare che qualche studioso, proprio per le caratteristiche di tale *iudicium*, solleva alcuni dubbi sulla possibilità di considerarlo fra i rimedi contro la *calumnia*⁹³. La tesi più estrema è quella sostenuta da Lauria, il quale parla, a proposito dell'inserimento da parte di Gaio del *iudicium contrarium* tra i rimedi contro la *calumnia*, di «un'evidente imprecisione» del giurista: il *iudicium contrarium* sarebbe stato, infatti, un rimedio eccezionale che avrebbe comportato «[...] la condanna dell'attore indipendentemente da sua calunnia, e per il solo fatto che abbia perduto la lite»⁹⁴. Lauria, pertanto, considera tale *iudicium*, per le sue peculiarità, come una sorta di ri-

una diversa origine dei due tipi di *iudicia contraria* (quello *calumniae* consiste in una 'contro-azione', mentre quello 'contrattuale' era sorto come azione 'riconvenzionale'), ricorda, infine, che tali *iudicia* sono espressione di uno stesso fenomeno.

⁹³ Si veda, in tal senso, R. BONINI, *Il titolo*, cit., 41 nt. 49, che evidenzia che tale rimedio si fonda non sulla *temeritas* dell'attore, ma sulla sua semplice soccombenza; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 214, il quale, dopo aver ricordato che il *iudicium contrarium* di cui parla Gaio può essere opposto solo contro determinate azioni, nota che tale *iudicium* non necessariamente presuppone la *calumnia* dell'attore.

⁹⁴ M. LAURIA, «*Calumnia*», cit., 270. Il discorso dello studioso, invero, riguarda sia il *iudicium contrarium* sia la *restitutio*.

con l'altra: *actio contraria*, sia di origine giustiniana⁸⁴. Lo studioso, invero, non dimostra, in modo compiuto, la propria tesi ma si limita, in maniera molto sintetica e senza alcuna argomentazione, soltanto ad evidenziare che i termini *actio contraria* e *iudicium contrarium* non si incontrano nei testi pervenuti al di fuori del *Corpus iuris*, che Gaio (4.177-181) adopera questa terminologia alludendo ad un mezzo processuale diverso dalle c. d. *actiones contrariae* e, infine, che molte fonti contenenti tali espressioni sono interpolate⁸⁵.

Provera, nel suo studio sui *iudicia contraria*⁸⁶, prende le distanze, per ciò che concerne la problematica del significato dell'aggettivo *contrarium*, dalle opinioni di Partsch, Arangio-Ruiz e

⁸⁴ F. SCHULZ, *Classical roman law*, Oxford, 1951, 41, il quale drasticamente afferma che «This terminology, however, is definitively Justinianic and not classical». L'autore ripropone una problematica – riguardante i *iudicia contraria* in generale – già discussa da precedenti studiosi: si veda O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin, 1887, 110 ss., il quale afferma che solamente l'espressione *iudicium contrarium* deve essere considerata classica mentre quella *actio contraria* è di epoca giustiniana. Contro tale tesi si sono espressi J. PARTSCH, *Studien*, cit., 58 nt. 2, il quale, richiamando Val. Max. 3.7.3, ricorda che l'espressione *actio contraria* è antica quanto la parola *actio*: «Aber daß in Wahrheit der Begriff actio contraria so alt ist wie der Begriff actio selbst [...]» e B. BIONDI, «*Iudicia bonae fidei?*», in *AUPA*, VII, 1920, 152 ss., il quale evidenzia che le espressioni '*actio contraria*' e '*iudicia contraria*' sono classiche.

⁸⁵ F. SCHULZ, *Classical roman law*, cit., 41.

⁸⁶ G. PROVERA, *Contributi*, cit., 16 ss.

Schulz⁸⁷. In particolare, per quanto riguarda la tesi di Arangio-Ruiz, secondo la quale – come abbiamo visto – bisogna rifarsi ad una sorta di ‘principio di contraddizione’, lo studioso torinese evidenzia che il significato dell’aggettivo ‘*contrarium*’ non può essere spiegato in termini di ‘logica pura’ dal momento che anche il *iudicium contrarium* ‘contrattuale’ è denominato *contrarium*, come l’istituto a cui fa cenno Gaio, ma in tale ipotesi non vi è alcun riferimento al ‘principio di contraddizione’⁸⁸. Provera, in conclusione, afferma che il *iudicium contrarium* di cui parla Gaio (termine che, secondo l’autore, non è possibile trovare nelle fonti in «altre applicazioni di natura processuale»⁸⁹) è un rimedio contro la *calumnia* che, inserito nel processo principale, prevede la condanna dell’attore *si omnimodo causam non tenuerit* ed è così denominato semplicemente perché deve essere uti-

⁸⁷ In relazione alla tesi di Partsch, G. PROVERA, *Contributi*, cit., 37, afferma che il *iudicium contrarium* è così denominato perché indica un rimedio esperibile in contrapposizione ad un’altra azione nello stesso processo e non perché avrebbe comportato una ‘unificazione formulare’, come sostenuto da Partsch. In merito alla tesi di Schulz, l’autore torinese, *Contributi*, cit., 4 nt. 9, sottolinea il fatto che l’errore di Schulz è stato nel non aver riconosciuto ai termini ‘*actio contraria*’ e ‘*iudicium contrarium*’ nessun particolare significato. Per la critica della tesi di Arangio-Ruiz cfr. nel testo.

⁸⁸ G. PROVERA, *Contributi*, cit., 17 nt. 16.

⁸⁹ Le parole fra virgolette sono di G. PROVERA, *Contributi*, cit., 8.

lizzato «in contrapposizione ad un’altra azione nell’ambito di uno stesso processo»⁹⁰.

Varie e contrastanti sono le opinioni espresse dagli studiosi pure in merito al rapporto tra il *iudicium contrarium* in tema di *calumnia* e gli altri *iudicia contraria* c.d. ‘contrattuali’: da un lato vi è l’orientamento di coloro che, andando ben oltre la semplice analogia dei termini, cercano di evidenziare le eventuali differenze esistenti tra il *iudicium contrarium calumniae* e gli altri *iudicia*⁹¹, dall’altro vi è chi, invece, pone i due tipi di *iudicia* sullo stesso piano⁹².

⁹⁰ G. PROVERA, *Contributi*, cit., 37.

⁹¹ Tra gli autori che evidenziano le differenze tra il *iudicium contrarium* in tema di *calumnia* e gli altri *iudicia contraria* si veda MANIGK, voce ‘*Iudicium contrarium*’, in *PWRE*, IX.2, 1916, 2482 ss., che, dopo aver ricordato che il *iudicium contrarium*, di cui parla Gaio, è uno dei quattro rimedi contro la *calumnia* (*iudicium calumniae*, *iudicium contrarium*, *iusiurandum* e *restipulatio*), i quali «stehen in elektiver Konkurrenz» e dopo aver evidenziato le caratteristiche di tale *iudicium contrarium*, si sofferma sugli altri *iudicia contraria*. Si veda, inoltre, H. KRELLER, ‘*Zum iudicium mandat?*’, in *AcP*, 1931, *Festgabe für Philipp Heck*, 132 s.; ID., *Recensione* a G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei ‘iudicia contraria’*, cit., in *Iura*, IV, 1953, 321 ss., in partic. 324; D. LIEBS, voce ‘*Iudicium*’, in *PWK*, II, 1967, 1504 ss., il quale, a proposito del *iudicium contrarium*, afferma, prima di soffermarsi sui due tipi di *iudicia*, che «heißen 2 ganz verschiedene Rechtsbehelfe» (c. 1505). Sull’argomento si veda, ancora, C. BUZZACCHI, *L’abuso*, cit., 147 ss.; A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale*, cit., 206 ss.; EAD., *Per lo studio*, cit., 114 s. nt. 149.

⁹² Così G. PROVERA, voce ‘*Iudicium contrarium*’, cit., 340 ss.; ID., *Contributi*, cit., 17 s., il quale, pur avendo sottolineato