

Francisco-Javier Casinos-Mora (Universitat de València)

**PROPTER ABSENTIAM VICTUS.
NOTE SULLA CONDANNA AUTOMATICA DEL CONTUMACE NEL PROCESSO FORMULARE**

Il termine *contumacia* e altre della stessa famiglia semantica (*contumax*, *contumaciter*) si ricollegano al verbo *contemno*,¹ composto dalla particella *cum* e da *temno* e avente il significato generico di disprezzare, avere in poco o nessun conto, disdegnare. La contumacia sarebbe dunque quell'atteggiamento di superbia o arroganza che sbocca nella disubbidienza, nell'ostinata indocilità. Appare anche nelle fonti riguardo agli animali con il significato di cocciutaggine, ostinazione e persino riguardo alle cose inanimate.² Ebbene, trasferito quell'atteggiamento sul piano giuridico e processuale si ottiene il significato speciale di disubbidienza a qualunque mandato o provvedimento emesso dal magistrato o dal giudice³ e fra di essi l'assenza volontaria ingiustificata in giudizio di una parte litigante,⁴ detta anche *eremodicium*.⁵

Mentre non c'è dubbio che quell'atteggiamento contumace del convenuto di assenza volontaria ingiustificata in giudizio non è ostacolo al prosieguo della lite attraverso una procedura contumaciale in merito al procedimento della *cognitio extra ordinem*, invece una controversia fra gli studiosi del diritto romano del secolo scorso fu quella della vigenza o meno della disposizione decemvirale *post meridiem praesenti litem addicito* nel processo formulare, riguardante la condanna automatica dell'assente dinanzi all'organo giudiziario. È stato difeso da alcuni autori che nel processo formulare si sia verificato un

¹ *Thesaurus Linguae Latinae*, IV, p. 797 e 798; A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1939, p. 211; E. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, I, Padova, 1864-1926, 2^a rist., 1965, p. 848; PAULY-WISSOWA, *Realencyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, IV-1, Stuttgart, 1894, p. 1165; e *Oxford Latin Dictionary*, II, Oxford, 1968, p. 347.

² Sono abbondanti i testi che rivelano questo senso primordiale del termine *contumacia*. Ne sono esempi: Cic. *Att.* 6, 1, 7: *etiam cum rogat aliquid, contumaciter, adroganter*; *ibid.* 16, 4, 1: *graviter et non contumaciter*; *ibid.* 15, 15, 2: *saram nefarium hominem cognovi, praeterea in me contumacem*; *Quinct.* 2, 1: *contumaciter vexare aliquem*; *div.* 2, 33, 71: *contumaciter reputare more patrium*; *Pis.* 31, 78: *torquatus furebat contumacia responsi tui*; *S. Rosc.* 15, 44: *est tuae contumaciae et arrogantiae vox*; *Tusc.* 1, 29, 71: *adhibuitque liberam contumaciam a magnitudine animi ductam, non a superbia*; *Il Verr.* 3, 2, 5: *sed etiam oris oculorumque illa contumacia ac superbia quam videris*; *ibid.* 2, 4, 41, 89: *an vero ex hoc illa tua singularis significatur insolentia, superbia, contumacia?*; *Rh. ad Her.* 4, 40, 52: *contumax in superiores*; *Colum. r.r.* 6, 2, 10: *contumaces boves*; *Isid. orig.* 10, 43: *contumacia adversus contemnentem humilitatem suam nobiles certavit*; e *Liv.* 2, 58: *contumaciter omnia agere: nec pudor, nec metus coercebat*.

³ Il termine *contumacia* avente questo significato appare nei seguenti passi: *Ulp.* 10 *ed. D.* 3, 5, 1; *Ulp.* 12 *ed. D.* 4, 6, 21, 2; *Ulp.* 23 *ed. D.* 9, 4, 21, 4; *Ulp.* 22 *ed. D.* 11, 1, 11, 4 *i. f.*; *Paul.* 13 *Sab. D.* 12, 3, 2; *Ulp.* 40 *ed. D.* 37, 6, 1, 1; *Call.* 2 *de cognit. D.* 42, 1, 31; *D.* 42, 4; *Scaev.* 25 *dig. D.* 49, 1, 28, 1; *Gai.* 3, 78; e *I.* 4, 17, 6.

⁴ *Hermog.* 12 *iur. epit. D.* 42, 1, 53, 1: *contumax est, qui tribus edictis propositis uel uno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur. Litteris evocatus praesentiam sui facere contemnet*.

⁵ Il termine d'origine greca *eremodicium* è adoperato nei seguenti passi: *C.* 3, 1, 13, 3 e 4, a. 530; *Ulp.* 11 *ad ed. D.* 4, 4, 7, 12; e *Ulp.* 7 *disp. D.* 46, 7, 13 *pr.*

addolcimento di quella regola decenvirale, poiché spettava sempre all'attore l'onere della prova dei fatti addotti contro il convenuto allo scopo di ottenere la convinzione del giudice sulla realtà del diritto preteso. Contro quest'opinione si sono sollevati i fautori della teoria opposta, cioè quella della condanna automatica dell'assente in tutti e due i sistemi costituenti l'*ordo iudiciorum privatorum* e non soltanto in quello delle *legis actionis*. Secondo la tesi dominante fino al principio del secolo XX quella disposizione soltanto vigeva nei confronti del processo delle *legis actiones* e perciò le origini della procedura contumaciale andrebbero fatte risalire al processo *per formulas*.⁶ Invece nella dottrina posteriore prevalse l'opinione secondo cui la condanna automatica dell'assente o contumace fosse passata dalle *legis actiones* al processo formulare, di modo che l'esistenza della procedura contumaciale sarebbe stata una caratteristica esclusiva del processo cognitorio.⁷ Nel presente lavoro dopo una sommaria trattazione dei principali aspetti della contumacia nella prospettiva storico-processuale si verrà a trattare del quesito più discusso sull'argomento: quello della contumacia *apud iudicem* nel processo formulare.

In ordine alla più antica forma di procedimento giurisdizionale un diritto estremamente ritualizzato quale quello romano arcaico non poteva altro che giovare di una procedura ispirata anche ad un rigido formalismo. Perciò, senza la presenza contemporanea e l'intervento rituale di entrambi i litiganti il processo diventava inattuabile e, in ogni caso, finiva se fosse stato già iniziato; quindi la contumacia non poteva avere nessuna rilevanza processuale prima della presenza delle due parti contendenti, poiché senza la presenza contemporanea di ambedue i litiganti non poteva esserci nessun processo. Su questa necessità di presenza di tutti e due i litiganti vi sono delle diafane testimonianze nella stessa Legge delle XII Tavole, secondo l'informazione fornita da Aulo Gellio (17, 2, 10): soprattutto i passi 1, 7 e 8.⁸ Nel primo versetto viene richiesta in modo imperativo la presenza delle parti: *com peroranto ambo praesentes*;⁹ nel secondo, si commina la soccombenza definitiva nella lite in pregiudizio della parte che non fosse comparsa dinanzi al giudice: *post meridiem praesenti litem addicito*.¹⁰ Sono pure chiare le parole di Gaio riferitesi alla necessità della presenza dei litiganti dinanzi al pretore per rendere attuabile il processo: *cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti quis posset quam apud praetorem praesente adversario* (Gai. 4, 29).

La norma che costringeva qualcuno a comparire dinanzi al magistrato dopo una citazione in giudizio era dunque legale, apparteneva al denominato da Cicerone "diritto legale" (*lege ius*),¹¹ ossia quel diritto reso noto al popolo per scritto perché lo rispetti.¹² L'esigibilità del dovere legale di comparire in giudizio richiedeva una coattiva chiamata in giudizio o *vocatio in ius*,¹³ senza bisogno però di una

⁶ Si veda per tutti F. L. von KELLER, *Der römische Zivilprozeß und die Actionen in summarischer Darstellung*, Leipzig, 1883, 6ª ed. a cura di A. WACH, rist., Aalen, 1966, p. 353 e sgg.

⁷ Si veda A. PERNICE, *Parerga V. Das Tribunal und Ulpian's Bücher "de omnibus tribunalibus"*, in *SZ*, 14, 1893, p. 160 e sgg.; P. PETOT, *Le défaut in iudicio dans la procédure ordinaire romaine*, Paris, 1912, p. 28 e sgg.; L. ARU, *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano*, Studia Juridica LXIV, Roma, 1934, rist. anastatica, 1971, p. 78 e sgg.; e M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München, 1966, p. 288.

⁸ S. RICCOBONO *et al.*, *FIRA*, I, Firenze, 1941, p. 28.

⁹ Cic. *Rhet. ad Her.* 2, 13, 20 e Gell. 17, 2, 10.

¹⁰ Gell. 17, 2, 10. Sul significato dell'espressione *litem addicito* si veda G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, in *Forschungen zum römischen Recht*, 10, Köln-Graz, 1957.

¹¹ Cic. *Rhet. ad Her.* 2, 13, 20: *lege ius est id, quod populi iussu sanctum est, quod genus: ut in ius eas, cum voceris.*

¹² Cic. *inv.* 2, 162.

¹³ La voce *ius* offre nella locuzione *in ius vocatio* un senso metonimico e locale: luogo ove il pretore applica o dichiara il diritto secondo la maestà del suo *imperium* e i costumi degli antichi. Così appare in Paul. 14 *ad Sab.* D. 1, 1, 11: *ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur*; e Ulp. *ad ed.* 22. D. 11, 1, 4, 1: *ius enim eum solum locum esse, ubi iuris dicendi vel iudicandi gratia consistat, vel si domi vel itinere hoc agat.*

precedente attività di comunicazione dell'affare atto a giustificare l'intervento giurisdizionale.¹⁴ Invece nel sistema processuale *per formulas*, affinché il magistrato venisse a conoscenza del fatto e potesse autorizzare la chiamata in giudizio dell'avversario (*adversarium adesse ad iudicium iubere*) e poi ordinare il giudizio, ci voleva quella comunicazione previa dall'interessato.¹⁵ Questa primordiale comunicazione dell'interessato doveva suscitare caso mai una minima attività euristica del magistrato, paragonabile a quella iniziale dell'avvocato consulente di fronte alla *narratio* del particolare,¹⁶ per giungere alla conoscenza precisa del *factum* e allo scopo di rifiutare i fatti giuridicamente irrilevanti e autorizzare il giudizio di quelli rilevanti, di modo che soltanto se la fattispecie descritta dall'interessato fosse valutata dal magistrato rilevante dal punto di vista giuridico sarebbe stato l'interessato in facoltà di fare la *vocatio in ius*.¹⁷

Se l'attore riusciva a ottenere la prima comparizione del convenuto dopo aver fatto l'*in ius vocatio*, allo scopo di garantirne le successive comparizioni poteva costringerlo a prestare il *vadimonium*, cioè una promessa di comparire il giorno fissato.¹⁸ L'inadempimento del *vadimonium* (*vadimonium deserere*) rendeva contumace il convenuto con la conseguenza di *perdere litem* o *causa cadere*.¹⁹

¹⁴ Le fonti letterarie, soprattutto i luoghi degli autori nel cui tempo domina ancora il sistema processuale delle *legis actiones* e le fonti epigrafiche raccolgono diverse manifestazioni dell'attività d'*in ius vocare* sotto diverse denominazioni: Plaut. *Curc.* 621, *Persa* 4, 9, 3 e Ter. *Phorm.* 936: *in ius ambulare* (andare in tribunale); Ter. *Phorm.* 981: *in ius ire* (andare dal magistrato); Ter. *Eun.* 768: *in ius ducere* (trascinare qualcuno in giudizio); Cic. *Att.* 2, 24, 4: *iudicium postulare* (chiedere giudizio al magistrato); Caes. *civ.* 1, 87, 2, *L. Urs.* 123 e *L. Rubr.* 20: *in ius adire* (andare dal magistrato); e Sen. *contr.* 10, 1 e *L. Rubr.* 20: *in ius educere* (trascinare qualcuno davanti al magistrato). Cfr. E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Studia Juridica XXI, Torino, 1890, rist. anastatica, Roma, 1968, p. 445 sgg.; e ÍD., *Il diritto privato nelle commedie di Terenzio*, Studia Juridica XXII, Bologna, 1893, rist. anastatica, Roma, 1970, p. 97. Si veda anche L. ARU, cit., p. 16 sgg.

¹⁵ Il passo Cels. 25 *dig.* D. 43, 24, 18, 1: *si magistratum rogasses, ut adversarium tuum adesse ad iudicium iuberet*, è sintomatico di questa cognizione previa del magistrato, a cui è chiesta dall'interessato la chiamata in giudizio del suo avversario.

¹⁶ In riguardo agli avvocati si veda Cic. *de orat.* 2, 24, 102, in cui l'autore prospetta sull'iniziale attività euristica degli avvocati a fronte dei loro clienti.

¹⁷ Sono diverse da queste iniziali comunicazioni dell'interessato le *interrogationes* del processo *per formulas* visto che presuppongono una precedente *in ius vocatio* (D. 11, 1).

¹⁸ Gai. 4, 184: (...) *ut promittat se certo die sisti*. Sulle diverse modalità di *vadimonia* anche ci informa Gaio in 4, 185. Il *vas* era *qui pro altero vadimonium promittebat*: Varrone *l.l.* 6, 74.

¹⁹ L'espressione *perdere litem* appare nel noto passo delle satire oraziane 1, 9, 35 e sgg., secondo cui:

*Ventum erat ad Vestae, quarta parte iam diei
praeterita, et casu tum respondere uadato
debebat; quod ni fecisset, perdere litem.*

A mio avviso questa espressione può ricollegarsi soltanto al processo principale anziché a quello intentato con l'*actio vadimonii sisti*, perché innanzitutto vigeva il principio della condanna automatica della parte assente e poi perché la prova dell'inadempimento del *vadimonium* in ogni caso doveva provocare la soccombenza nel giudizio desuntone, altrimenti dunque l'affermazione del poeta sarebbe superflua. La soccombenza del convenuto nel giudizio sul *vadimonium desertum* aveva due effetti: quello di perdere la somma promessa nel *vadimonium* e quello di soccombere nel giudizio principale, poiché la fattispecie rientrava nella norma della soccombenza automatica in conseguenza della non comparizione in giudizio; pertanto il convenuto reso contumace doveva subire la condanna automatica riguardo al processo principale e in seguito si doveva procedere esecutivamente contro di lui. Conferma questa soluzione un passo di Suetonio: *Cal.* 39, che più esplicitamente adopera i termini *causa caderent* per esprimere l'effetto della non comparizione dei convenuti il giorno fissato nel *vadimonium*: (...) *quod occurrere absentes ad uadimonium non possent, causa caderent*. Sul *vadimonium desertum* cfr. L. ARU, cit., p. 18 e sgg.

Per quanto concerne la questione dell'assenza ingiustificata di una delle parti litiganti nel processo cognitorio, una procedura contumaciale in senso tecnico, così come viene definita e descritta dalle norme processuali degli ordinamenti giuridici odierni, non è effettivamente mai conosciuta dal diritto romano fino proprio la tarda *cognitio extra ordinem*.²⁰ Ciò non significa tuttavia che, prima di questa sorta di procedura, il diritto romano non tenesse presenti e sancisse le situazioni processuali di non comparizione iniziale oppure di ulteriore diserzione delle udienze processuali successive del convenuto o anche dell'attore ed i loro effetti, poiché senz'altro siffatte circostanze accadevano di solito nella quotidiana pratica giurisdizionale. Infatti, le fonti giuridiche romane ci svelano che la contumacia fu prevista dal diritto civile sin dalle prime manifestazioni di procedura pervenute e i giuristi non poterono fare a meno di prenderla in conto.²¹

A mio parere si possono riassumere in due le ragioni fondamentali che, attinenti alla natura stessa del sistema processuale, non permettono di far risalire la procedura contumaciale ai procedimenti che integrano l'*ordo iudiciorum privatorum*, quello delle *legis actiones* e quello formulare, addivenuta l'assenza volontaria ingiustificata del convenuto. Innanzitutto la vigenza in essi del principio del contraddittorio²² che richiede la partecipazione attiva al rito medesimo delle due parti litiganti; precipuamente l'inovviabile necessità dell'accordo delle parti sul contenuto della controversia allo scopo di attuare la contestazione della lite (*litis contestatio*), che esige la presenza attiva di tutti e due i contendenti; l'altra ragione è la natura privata e arbitrale di siffatti processi, di cui era privo il processo della *cognitio extra ordinem*, fra i cui lineamenti v'era appunto il suo scopo pubblicistico, cioè, il primato dell'interesse pubblico su quelli privati, che permetteva ed esigeva addirittura la procedibilità contumaciale. Ciò che importa nel procedimento cognitorio è innanzitutto scoprire e far prevalere la *veritas* e caso mai rispettare l'ordine giuridico quale valore superiore concernente la società medesima e che prende su di sé il proprio *statu quo*. Ciò non capita affatto nei processi dell'*ordo iudiciorum privatorum*, ove il giudice non è che un cittadino particolare,²³ la cui funzione è la difesa e la soddisfazione dell'interesse privato desunto

²⁰ Le fonti principali della procedura contumaciale del diritto giustiniano si trovano nella cosiddetta *lex proferendum*: costituzione di Giustiniano di 530 contenuta in C. 3, 1, 13; e nei passi concernenti l'*edictum peremptorium* per quanto riguarda la contumacia del convenuto: D. 5, 1, 68 e sgg. Anche è da tenere presente il passo Hermog. 12 *iur. epit.* D. 42, 1, 53, ove viene definita la contumacia quale la mancata comparsa del convenuto dinanzi al magistrato dopo essere stato citato attraverso successivi editti o attraverso il cosiddetto *edictum peremptorium*. L'espressione adoperata nel *principium: litis damno coercetur* contro *qui ius dicenti non obtemperant* risulta quanto meno sconcertante, benché non possa essere affatto intesa nel senso di condanna automatica del contumace, bensì in conformità dell'*iter* della procedura contumaciale contenuta nei passi 68 e seguenti di D. 5, 1, e perciò riferitasi al risultato dello stesso editto perentorio. Si veda sulla contumacia nella *cognitio extra ordinem* la recente opera di A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem I*, Milano, 1998.

²¹ In effetti, dalla Legge delle Dodici Tavole in poi si stabilirono gli effetti e le sanzioni della mancata collaborazione della parte contumaciale. Ne sono prove le diverse voci ed espressioni riferitesi agli istituti ricollegati alla latitanza o all'assenza volontaria ingiustificata di qualcuno dei litiganti: *contumax, latitans, indefensus, eremodicium, absens, lis deserta, vadimonium, vas, vindex, contemnere* e pure altre somiglianti. Inoltre, il fatto che la contumacia fosse già sancita sin dall'inizio della stessa Legge delle Dodici Tavole (tav. 1, 1 e seguenti) rende evidente la frequenza di questo fatto patologico nell'avvenire giudiziale quotidiano.

²² Sul principio del contraddittorio si veda ampiamente G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970.

²³ Benché, com'è noto, non tutti i cittadini godessero del privilegio di diventare giudice: soltanto quelli non incorsi nelle proibizioni elencate da Paolo in 17 *ad ed.* D. 5, 1, 12, 2. Tutti quelli capaci potevano essere scelti dal semplice accordo dei litiganti (*electio*). Invece soltanto mediante *sortitio*, mancato l'accordo delle parti sulla scelta, quelli iscritti nell'albo dei giudici. Sull'esistenza di un elenco di giudici ci sono degli indizi assai sicuri nelle fonti letterarie: Cic. *Cluent.* 42, 120 (*iudicem legi*) e 121 (*selectos iudices referre*); e Plin. *nat. praef.* 6 (*quid te iudicem facis? cum hanc operam condicerem, non eras in hoc albo*). Sul sorteggio dei giudici elencati oppure la loro scelta dai litiganti si veda O. BEHREND, *Die römische Geschworenenverfassung*, Göttingen, 1970, p. 48 sgg.; e E. S. STAVELEY, *Iudex*

dalla fattispecie sottomessa al suo discernimento. V'è semplicemente un *arbiter* a cui è stato assegnato da eseguire un *iudicare* (*iussum iudicandi*) e in questo suo compito di *iudex* dovrà risolvere una controversia privata, ossia proprio nei confronti delle due parti contendenti.²⁴ Di conseguenza, la mancanza di un interesse pubblico preminente da proteggere e il senso nient'altro che privato e arbitrale dei giudizi spettanti all'*ordo* rendono inattuabile il processo in caso di non comparizione della parte convenuta o dell'attore. Ebbene, nonostante fosse impossibile l'inizio o il proseguimento della lite, mancata la comparizione iniziale del convenuto o quelle ulteriori di qualunque parte, questa mancanza di collaborazione cagionava dei noti effetti perniciosi sanciti dalla legge e soprattutto riguardanti il convenuto incorso in contumacia. Siffatti effetti spettavano ai suoi averi e nell'epoca più arcaica il convenuto poteva subire perfino delle costrizioni fisiche.

Dunque mentre nel processo delle *legis actiones* in esercizio della disposizione decenvirale *post meridiem praesenti litem addicito* la mancata comparsa dei convenuti provocava senz'altro la loro automatica condanna e nella *cognitio extra ordinem* la contumacia di qualcuno dei litiganti non era ostacolo al prosieguo del giudizio come avviene nei diritti processuali odierni, invece nel processo formulare l'argomento delle conseguenze dell'assenza contumace rimane ancora non troppo chiaro. In seguito si tratterà del quesito dell'incidenza dell'assenza ingiustificata o della latitanza di uno dei litiganti sulla stessa risoluzione della lite nell'ambito del processo formulare.

Dopo essere stato soppresso il requisito necessario della comparizione del convenuto dinanzi al magistrato per il promovimento dell'azione e per cui l'attore poteva perfino trascinarlo in giudizio a viva forza visto che non esisteva nessun mezzo giuridico di costringere il convenuto alla comparizione, la latitanza e l'assenza del convenuto dinanzi al magistrato divennero istituti processuali riguardanti la fase *in iure* e furono stabiliti dei mezzi coattivi per evitarle. Gaio ci informa dell'introduzione di formule di azioni penali *in factum*, sotto il titolo generico "citazione davanti al pretore", le quali potevano farsi valere contro tutti coloro che non comparissero a giudizio per se stessi e nemmeno offrirono un *vindex* che garantisse personalmente la loro comparizione.²⁵ D'altronde lo stato d'*indefensio*, provocato dalla non comparizione iniziale del convenuto nella fase *in iure*, recava delle diverse sanzioni inflitte dal magistrato a seconda della natura personale o reale dell'azione intentata.²⁶ Dunque non c'è dubbio che nella fase *in iure* del processo formulare la mancata comparsa iniziale arrecava degli effetti patrimoniali perniciosi all'assente contumace, soprattutto la vendita dei beni (*bonorum venditio*).²⁷ Il fondamento del regime classico dell'*indefensio* si trova nell'esigenza di assicurare la presenza attiva del convenuto dinanzi al magistrato, in conformità della concezione del processo quale rito solenne cui le parti dovevano immancabilmente intervenire; siffatta presenza è indispensabile ai fini dell'attuazione del principio del

selectus, Rheinisches Museum für Philologie, 1953, p. 201 sgg.

²⁴ La natura privata e arbitrale del giudice appare chiaramente nella Legge delle Dodici Tavole nei brani ad egli riferitisi (L. XII Tav. 2, 1b e 2; e 9, 3) riguardanti la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e il reato del giudice che si lascia corrompere con doni.

²⁵ Gai. 4, 46: (...) *ceterae quoque formulae, quae sub titulo de IN IUS VOCANDO propositae sunt, in factum conceptae sunt, uelut aduersus eum, qui in ius vocatus neque uenerit neque uindicem dederit* (...).

²⁶ Gli effetti dell'*indefensio* appaiono soprattutto nella *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* 21 e 22, *FIRA*, I, p. 173 a 175; nei titoli del libro 2 del Digesto dedicati alla comparizione in giudizio: D. 2, 1-11; D. 42, 4; e nei passi: Ulp. 4 *de int. FV.* 92; Ulp. 12 *ed. D.* 4, 6, 21, 2; Paul. 5 *sent. D.* 7, 1, 60, 1 *if.* e Paul. 13 *Sab. D.* 12, 3, 2 *i. f.* e 8. Si veda anche sulla *missio in bona* contro gli assenti Cic. *Quinct.* 19. Sulle sanzioni che il magistrato infliggeva o con cui minacciava i litiganti nel processo formulare dopo la citazione in giudizio si veda il contributo di A. GÓMEZ-IGLESIAS, *Las sanciones pretorias en la fase inicial del proceso*, in *REHJ*, 13, 1989-1990, p. 17 e sgg.

²⁷ Gai. 3, 78: *Bona autem ueneunt (...) uiuorum, uelut eorum, qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur* (...). Si vedano anche i passi: Gai. 4, 35 e 65 e sgg.

contraddittorio.²⁸

In caso di prestazione del *vadimonium* dal convenuto la conseguenza del *vadimonium desertum* era pure nel processo formulare la soccombenza in giudizio. Diversi passi dell'arringa di Cicerone *Pro Publio Quinctio*, soprattutto della sua *divisio* e *confirmatio*, ne costituiscono prova assai sicura. In questa orazione Cicerone cerca di dimostrare che il processo esecutivo ordinato dal pretore contro Caio Quinzio, attraverso la presa di possesso (*bonorum possessio*) e la messa all'asta (*bonorum venditio*) dei suoi averi, non era avvenuto in conformità dell'editto perché Quinzio non aveva mancato alla sua promessa di comparire davanti al pretore (*vadimonium*). Dunque il fatto di procedere esecutivamente contro colui che inadempiva la promessa di comparire in giudizio (*vadimonium deserere*)²⁹ non può altro che significare la soccombenza in giudizio del contumace.³⁰ In precedenza si è accennati agli effetti dell'assenza contumace nella fase *in iure* del processo formulare, ma questi effetti possono essere indipendenti dalla risoluzione finale della causa. Dunque il quesito da esaminare è quello dell'effetto della non comparizione *apud iudicem* sulla stessa decisione del giudizio, sulla sentenza da deliberare nel processo formulare: ci si doveva dare torto all'assente oppure proseguire la lite con il solo intervento di una delle parti contendenti, cioè iniziare un vero processo contumaciale? A mio avviso quella soluzione del *dare litem secundum praesentem* e della conseguente condanna automatica dell'assente contumace può trovare appoggio sufficiente in diversi luoghi delle fonti pervenute.³¹

Il primo testo da esaminare è un frammento dei *libri ad Edictum* di Ulpiano: D. 17, 2, 52, 18. In esso viene richiamata una questione sull'*iniuria iudicis* sorta fra i *veteres*, cioè fra i giuristi del periodo repubblicano da Servio fino ai suoi tempi, concernente la possibilità o meno per il socio di una *societas omnium bonorum* di far ripartire fra gli altri soci la somma a cui era stato condannato quale convenuto con un'*actio iniuriarum*. Ci sono riportate due soluzioni riguardanti alcuni giuristi del secolo I d.C. esponenti delle due note scuole contrapposte: in concreto quella del proculiano Atilicino e quella dei sabiniani. A sua volta Ulpiano richiama la soluzione del giurista repubblicano Servio Sulpicio Rufo, secondo cui, si sarebbe dovuto differenziare fra la soccombenza in giudizio provocata dall'assenza volontaria ingiustificata del convenuto e la soccombenza del convenuto dichiarata da una sentenza infondata (*iniuria iudicis*):³²

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 52, 18: *Per contrarium quoque apud veteres tractatur, an socius omnium bonorum si quid ob iniuriarum actionem damnatus praestiterit, ex communi*

²⁸ G. PROVERA, cit., p. 181.

²⁹ *Quinct.* 18: «*Non dubitavi*», *inquit*, «*cum vadimonium desertum esset, bona proscrivere*». Si veda pure il capitolo 23 di questa orazione.

³⁰ cfr. L. ARU, cit., p. 62 e sgg.

³¹ In alcune fattispecie quel criterio fu temperato dal pretore attraverso la *restitutio in integrum* ma la sua concessione dipendeva dall'accertamento di certe circostanze indicate nell'editto: la paura, l'affare pubblico, l'assenza di dolo ed altre somiglianti: Ulp. 12 *ed.* D. 4, 6, 1, 1. D'altronde in ordine alla condanna degli assenti a pene capitale non era affatto possibile e tutt'al più erano ammessi provvedimenti contumaciali, i quali erano sempre revocabili qualora l'assente contumace si presentava e riusciva a provare la sua innocenza. Questa regola appare per il periodo imperiale in Ulp. 7 *de off. proc.* D. 48, 19, 5 e in Marcian. 2 *de iud. pub.* D. 48, 17, 1. Sull'argomento dell'assenza dell'accusato nell'età imperiale si veda L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, Roma, 1992.

³² Sul testo sotto il profilo dell'*iniuria iudicis* si veda G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano, 1962, p. 748 e sgg.; riguardo all'argomento della distinzione fra società universale e società questuaria universale: F. BONA, *Società universale e società questuaria generale in diritto romano*, in *SDHI*, 33, 1967, p. 386 e sgg.; sull'argomento del dolo processuale: M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano, 1973, p. 315 e sgg.; e sui giuristi citati nel passo: F. HORAK, *Wer waren die "veteres"?*, in *Vestigia iuris romani. Festschrift für Gunter Wesener*, Graz, 1992, p. 211 e sgg.

consequatur ut praestet. et Atilicinus Sabinus Cassius responderunt, si iniuria iudicis damnatus sit, consecuturum, si ob maleficium suum, ipsum tantum damnum sentire debere. cui congruit, quod Servium respondisse Aufidius refert, si socii bonorum fuerint, deinde unus, cum ad iudicium non adesset, damnatus sit, non debere eum de communi id consequi, si vero praesens iniuriam iudicis passus sit, de communi sarcendum.

Innanzitutto questo frammento non sembra che fosse stato rimaneggiato dai compilatori. Diffatti la dottrina è concorde nell'ammettere la sua genuinità.³³ Poi la soluzione di Ulpiano rammenta un'altra soluzione escogitata da un giurista del secolo I a.C. rispetto a una fattispecie analoga. Ne consegue che in principio il testo è consono al diritto classico e che sotto il profilo processuale rientra nella struttura del processo formulare.

Su questa connessione del passo con la procedura formulare si può aggiungere un'altra ragione: in conformità del *responsum* del giurista non è affatto possibile porre sul nulla il danno recato dalla sentenza ingiusta; nemmeno si sarebbe potuto ripristinare la situazione giuridica precedente per mezzo di una *restitutio in integrum* apprestata in favore delle vittime dell'*iniuria iudicis*. La *restitutio in integrum* quale mezzo per revocare assolutamente gli effetti della sentenza ingiusta appare ancora quale un provvedimento restitutorio a carattere eccezionale;³⁴ un mezzo complementare dell'*ordo iudiciorum privatorum* e imperniato ancora sul potere discrezionale del magistrato, quindi prima di diventare un mezzo cognitorio.³⁵ L'impossibilità di un'impugnazione della sentenza riconosciuta istituzionalmente mostra che siamo davanti alla procedura formulare. Insomma questo passo va ricollegato senza dubbio al processo formulare e non al processo cognitorio.

Anche da una semplice analisi grammaticale del testo si desume l'applicazione in esso del principio della condanna automatica dell'assente contumace nel processo formulare. La frase del frammento da prendere in esame è:

cum ad iudicium non adesset, damnatus sit

In essa la congiunzione subordinativa *cum* non può avere una sfumatura puramente temporale giacché il verbo *adsum* non appare in nessun tempo del modo indicativo anzi in congiuntivo imperfetto. Il verbo principale ci appare anche in congiuntivo (*damnatus sit*) per conseguenza dell'applicazione delle regole del discorso indiretto e della *consecutio temporum*. Dunque *cum* ha un senso causale o tutt'al più un senso causale-narrativo. Rinforza la sfumatura causale della congiunzione *cum* la presenza di un verbo d'indole giudiziale nella proposizione principale: *damnari*. Insomma questa frase va tradotta "poiché non era comparso in giudizio fu condannato (in contumacia)". Dato che la ragione della soccombenza in giudizio non è altro che l'assenza del litigante ci troviamo dinanzi all'applicazione della regola del *praesenti litem addicito* in un testo riguardante il processo formulare.

Ma non soltanto l'assenza del convenuto dopo la *litis contestatio* legittimava l'applicazione della regola *dare litem praesenti* ma anche la desistenza dell'attore. L'applicazione di tale regola appare sottintesa nel passo D. 5, 1, 10:

³³ In effetti non si fa cenno di presunte interpolazioni nell'*Index Interpolationum quae in iustiniani digestis inesse dicuntur*, I, Weimar, 1929, p. 302. Sebbene è stato suggerito da F. BONA, cit., p. 388, che il testo abbia subito dei mutamenti formali per quanto concerne la terminologia attribuita a Servio, la cui opinione è condivisa da Ulpiano, sulle società riferiteci.

³⁴ M. BRUTTI, cit., p. 316.

³⁵ Sulla "processualizzazione" della rescissione nella *cognitio extra ordinem* si veda L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano, 1965.

Ulp. 10 *ad ed.* D. 5, 1, 10: *Destitisse videtur non qui distulit, sed qui liti renuntiavit in totum: desistere enim est de negotio abstinere, quod calumniandi animo instituerat. plane si quis cognita rei veritate suum negotium deseruerit nolens in lite improba perseverare, quam calumniae causa non instituerat, is destitisse non videtur.*³⁶

In questo passo la desistenza dell'attore viene definita come la rinuncia assoluta al prosieguo della lite (*litem renuntiare in totum*).³⁷ Occorre avvertire che non c'è nessun cenno a qualsiasi intervento coattivo diretto a persuadere l'attore della comparizione dal giudice. In tale ipotesi il convenuto era assolto, cioè come parte presente godeva di una pronuncia favorevole nel merito. Invece nel procedimento cognitorio l'assenza dell'attore non costringeva il giudice a pronunciare una sentenza contro di lui, bensì la non comparizione dell'attore soltanto importava la perenzione dell'istanza,³⁸ a norma dell'*iter* della procedura contumaciale contenuta nei passi D. 5, 1, 68 e seguenti.

Altro testo da cui si desume, a mio avviso, assai chiaramente l'applicabilità al processo formulare della regola decemvirale è D. 21, 2, 55 pr. In esso l'atteggiamento del compratore di uno schiavo di assenza ingiustificata dal processo intentato contro di lui dal presunto vero padrone dello schiavo e diretto alla sua rivendica rende libero il venditore dalla sua eventuale responsabilità per evizione (*stipulationem committere*), pur avendo il venditore compiuto dolosamente il contratto.³⁹ L'assenza ingiustificata del compratore è dunque ritenuta quale una causa di estinzione della responsabilità per evizione, a cui erano ordinariamente tenuti i venditori attraverso la *stipulatio* dell'editto degli edili curuli in caso di essere provato nel giudizio di rivendica che questi avessero venduto una cosa altrui. La ragione è che la perdita da parte del compratore del possesso dell'oggetto non era stata dovuta alla sentenza di condanna anzi all'atteggiamento contumace del proprio compratore. Invece la responsabilità del venditore sarebbe rimasta se l'assente fosse stato rappresentato *ab eo cui ius agendi*:⁴⁰

Ulp. 2 *ad ed. curul.* D. 21, 2, 55 pr.: *Si ideo contra emptorem iudicatum est, quod defuit, non committitur stipulatio: magis enim propter absentiam victus videtur quam quod malam causam habuit (...).*

L'espressione *propter absentiam victus*, con cui ho intitolato questo lavoro, ci rivela che l'assenza volontaria ingiustificata del convenuto arrecava automaticamente la soccombenza in giudizio. Effettivamente, assieme al motivo generico del *malam causam habere* il fatto della mancata comparsa ingiustificata è riconosciuto di passaggio in questo brano come un altro motivo di possibile soccombenza in giudizio. Ciò appare a lettere aperte dall'impiego della correlazione causale *ideo...quod* e della preposizione con senso causale *propter* susseguita dall'accusativo *absentiam*.

Per altro non condivido l'opinione,⁴¹ secondo cui, dalla seconda parte di D. 21, 2, 55, pr.⁴² consegue

³⁶ Sotto il profilo della *vindicatio caducorum* si veda il contributo di G. PROVERA, *La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano*, Torino, 1964, p. 59 e sgg.

³⁷ La stessa definizione troviamo in Ulp. 10 *ed.* D. 4, 4, 21.

³⁸ In conformità dei frammenti 1 e 2 di D. 5, 1, 73 non si fa pronuncia favorevole alla parte presente: *nec secundum praesentem pronuntiabitur* (1); e soltanto accade la perenzione dell'istanza e rimane aperta la possibilità d'intentare di nuovo la medesima lite: *et magis est ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit*(2).

³⁹ Questa regola appare reiterata in una costituzione dell'imperatore Alessandro Severo di 222: C. 8, 44, 8, rispetto alla responsabilità dei *fideiussores* in caso di evizione.

⁴⁰ D. 21, 2, 55 pr. *i.f.*

⁴¹ L. ARU, cit., p. 93.

⁴² *Quid ergo, si ille quidem contra quem iudicatum est ad iudicium non adfuit, alius autem adfuit et causam egit; quid dicemus? ut puta acceptum quidem cum pupillo tutore auctore fuit iudicium, sed absente pupillo tutor causam*

che la sentenza pronunciata a motivo della contumacia del convenuto non abbia efficacia riguardo ai terzi in materia di evizione come avviene in D. 17, 2, 52, 18 in ordine alla società, perché in modo diverso da quanto accade nel detto passo, che abbiamo esaminato in precedenza, ove il socio condannato in merito alla contumacia non poteva, diversamente da quello condannato per causa di una sentenza ingiusta, rifarsi a costo del fondo comune dei soci, il venditore è reso libero dalla responsabilità per evizione non perché la sentenza non abbia efficacia nei suoi confronti ma perché la responsabilità per evizione richiede che la perdita del possesso dell'oggetto acquistato sia sempre dovuta alla stessa sentenza di condanna, *propter ipsam evictionem*, e non a qualunque altro motivo quale, fra altri, l'atteggiamento contumace del compratore nel processo di rivendica.⁴³ Sono dunque fattispecie diverse, la cui soluzione giuridica ha pure un fondamento diverso. Perciò non sembra che da un caso isolato come quello di D. 17, 2, 52, 18 si possa trarre la conclusione del mutamento del principio secondo cui la sentenza pronunciata in contumacia aveva lo stesso valore riguardo ai terzi come qualsiasi altra sentenza. Forse questo principio sia stato eliminato in materia di società conforme a D. 17, 2, 52, 18 e forse anche in altre materie come i legati,⁴⁴ ma certamente non si può desumere da questi casi particolari una derogazione a quel principio.⁴⁵

Oltre all'opera giustiniana ci sono due passi che pure favoriscono la tesi della sopravvivenza nel processo formulare della regola della condanna automatica dell'assente contumace *apud iudicem*: un frammento di una legge provinciale del periodo tardo repubblicano: il capitolo 95 della *lex Ursonensis* dell'anno 44 a.C.; e soprattutto un passo letterario: quello del secondo discorso di accusa di Cicerone contro Verre 2, 17, 41. Per quanto concerne il capitolo 95 della *lex Ursonensis*, ci si stabiliva *in fine* l'impossibilità nel processo cosiddetto *quaestio*⁴⁶ d'intentare una volta ancora l'*actio*⁴⁷ da colui che fosse rimasto assente ingiustificatamente, dopodiché il magistrato ebbe determinato il collegio e fissato il giorno del dibattimento:

L. URS. 95 i.f.: (...) *Si priuatus petet et is, cum / de ea re iudicium fieri oportebit, non aderit: / neque arbitrato Iiur(i) prae(ecti)ue ubi e(a) r(es) a(ge)tur excu(s)abitur ei harum quam causam esse, quominus / atesse possit, morbum sonticum, uadimonium, iudicium, sacrificium, funus familiare, ferias / denicales eumue propter mag(istratus) potestatemue / p(opuli) R(omani) atesse non posse: post ei earum rerum, quarum / h(ac) l(e)ge quaestio erit, actio ne esto. Deq(ue) e(a) r(e) siremps / lex resque*

egit et iudicatum est contra tutorem: quare non dicemus committi stipulationem? etenim actam esse causam palam est. et satis est ab eo cui ius agendi fuit causam esse actam.

⁴³ La norma viene enunciata da Pomponio nel passo *Pompon. 11 ad Sab.* D. 21, 2, 29, 1, in forza del quale, se la perdita del possesso accade per effetto di un atto colpevole o volontario del compratore e questo non riesce a recuperarlo dal giudizio di rivendica sarà rimasto libero il venditore di ogni responsabilità: (...) *vel ipso iure promissor duplae tutus erit vel certe doli mali exceptione se tueri poterit, sed ita, si culpa vel sponte duplae stipulatoris possessio amissa fuerit.* Dunque una domanda contro il venditore per causa di evizione sarà respinta ogni volta che la perdita della disponibilità della cosa avviene in conseguenza di un fatto diverso dalla stessa sentenza che arreca l'evizione del compratore. Si vedano anche: *Ulp. 29 ad Sab.* D. 21, 2, 25; *Paul. 5 ad Sab.* D. 21, 2, 26; e *Pompon. ad Sab.* D. 21, 2, 34.

⁴⁴ *Ulp. 24 ad Sab.* D. 30, 50, 1.

⁴⁵ cfr. P. PETOT, cit., p. 50 e sgg.

⁴⁶ Molto discusso è stato il nome di *quaestio* adoperato nella *lex Ursonensis*. Sulle differenze fra il processo delle vere *quaestiones* e quello recuperatorio si veda per tutti B. SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren*, Freiburg, 1963, p. 145 e sgg., in cui l'autore ritiene tra altro che il processo recuperatorio non è che un processo civile aggravato. Sul processo delle *quaestiones* si veda B. SANTALUCIA, *Processo penale*, in *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, p. 180 e sgg.

⁴⁷ Si trattava di un'azione *quavis de populo* riguardante il giudizio recuperatorio contro quel candidato cui fosse stata imputata la trasgressione ai divieti elencati nella legge.

*esto, quasi si neque iudices relecti neq(ue) recip(eratores) | in eam rem dati essent.*⁴⁸

Dal brano si desume che così per il convenuto come per l'attore l'ingiustificata non comparizione in giudizio faceva loro perdere la lite. Sembra quindi che sia stato passato il principio decemvirale della condanna automatica dell'assente dal giudizio ai processi che avevano luogo nelle colonie secondo la procedura recuperatoria. Tenendo presente la data di questa legge e il rapporto fra quella procedura e il processo formulare ora in pieno vigore risulta quanto meno abbastanza verosimile la vigenza in esso di uno stesso principio retto delle situazioni di contumacia.

Nel passo appartenente al discorso di accusa contro Verre si tratta degli effetti della mancata comparsa del convenuto Eraclio. Questo vedendo che il pretore tendeva ogni sorta d'insidie ai suoi averi, stabilisce di non presentarsi dai cinque giudici, i quali erano stati scelti ad arbitrio dallo stesso Verre, e riesce a fuggire da Siracusa. Il giorno dopo i giudici consigliano Verre sulla base dell'editto del pretore di aspettare il convenuto fino le quattro in poi del pomeriggio allo scopo di approfittarsi della vicenda e condannare Eraclio in contumacia, cioè affinché si potesse applicare la regola processuale in conformità della quale, mancata la comparizione del convenuto dal giudice, era da pronunciare per forza una sentenza dannosa alla parte assente e utile all'attore presente (*secundum praesentem iudicare*):

*Cic. II Verr. 2, 17, 41: Heraclius interea, cum omnis insidias fortunis suis a praetore fieri videret, capit consilium de amicorum et propinquorum sententia non adesse ad iudicium; itaque illa nocte Syracusis profugit. Iste postridie mane, cum multo maturius quam unquam antea surrexisset, iudices citari debet. Ubi comperit Heraclium non adesse, cogere incipit eos ut absentem Heraclium condemnent. Illi eum commonefaciunt ut, si sibi videatur, utatur instituto suo nec cogat ante horam decimam de absente secundum praesentem iudicare: impetrant.*⁴⁹

In conclusione malgrado l'evidente scarsità di fonti si può ritenere fondata la sopravvivenza nel processo formulare del principio decemvirale della condanna automatica dell'assente contumace: *post meridiem litem praesenti addicito*. Probabilmente l'unità sostanziale e strutturale di entrambi i sistemi costituenti l'*ordo iudiciorum privatorum* rendeva superflua una dichiarazione sull'applicabilità di questo principio nel processo formulare, di modo che appare sottinteso nelle fonti. Inoltre non v'è nelle fonti nessuna traccia di derogazione a quel vecchio principio risalente alle Dodici Tavole, anzi di passi che presuppongono la sua applicabilità.

⁴⁸ *CIL*, II, 5439; e *FIRA*, I, p. 188.

⁴⁹ Altro passo di Livio ancora che in modo meno esplicito ci rammenta pure l'applicabilità della regola decemvirale: Liv. 39, 18, 1: *Ceterum tanta fuga ex urbe facta erat ut, quia multis actiones et res peribant (...)*.