

La nozione di «translatio» tra retorica e processo civile romano

1. Premessa - 2. La dottrina - 3. Un termine versatile - 4. La *constitutio translativa* (cenni) - 5. La *contentio de constituendo iudicio* - 6. *Translatio iudici* - 7. La «meccanica dello spostamento».

1. Premessa

Assistiamo, nel caso della nozione di *translatio*, a uno di quei fenomeni noti, in base ai quali l'impiego del medesimo termine in contesti lessicali diversi suscita il dubbio in merito alla sovrapposibilità dei rispettivi campi semantici e pone l'interrogativo circa una eventuale originaria esportazione/importazione della figura da un campo all'altro – e, in caso affermativo, da quale dei due il movimento abbia preso le mosse.

Nel campo retorico, il termine '*translatio*' – nel senso di '*status translationis*' o '*commutationis*' o anche '*constitutio translativa*'¹ – denomina principalmente (ma, come vedremo, non esclusivamente) uno *status*² *causae*, peraltro il meno chiaramente definito, corrispondente alla *μετάληψις* greca³. Quintiliano colloca la *trlatio* (come egli la chiama)⁴ in coda ai tre *status* principali – '*an sit*', '*quid sit*', '*qualis sit*' – attribuendole il ruolo di strumento residuale e sussidiario, per il

¹) Cfr. Cic., *inv.* 1.8.10: '*... translativa dicitur constitutio, quia actio translationis et commutationis indigere videtur*'. '*Status*' traduce il greco *στάσις* (Cic., *top.* 25.93, e Quint., *inst.* 3.6.3) ed è sinonimo di '*constitutio*': cfr. L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli «status» nella retorica greca e romana*, Hildesheim - Zürich - New York, 1986, p. 1 s. e nt. 3.

²) La definizione di '*status*', a partire dalla retorica greca, è affrontata e discussa a fondo da Quintiliano (*inst.* 3.6.1-12). Cfr. H. LAUSBERG, *Handbuch der literarischen Rhetorik. Eine Grundlegung der Literaturwissenschaft*, Ismaning bei München, 1960, trad. ing. – *Handbook of Literary Rhetoric. A Foundation for Literary Study* – Leiden-Boston-Köln, 1998, da cui si cita, p. 42 ss., e CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina*, cit., p. 1 ss.

³) Cfr. Quint., *inst.* 3.6.46, dove peraltro accenna a una certa difficoltà di traduzione: '*... et μετάληψιν quam nos varie tralativam, transumptivam, transpositivam vocamus ...*' Per un inquadramento cfr. R. VOLKMANN, *Die Rhetorik der Griechen und Römer in systematischer Übersicht*, Leipzig, 1874, p. 56 ss., LAUSBERG, *Handbook*, cit., specie p. 82 ss., e CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina*, cit., p. 139 ss.

⁴) Cfr. Quint., *inst.* 3.6.60 e *passim*.

caso in cui, nella discussione delle tre questioni principali, non si pervenisse a una soluzione favorevole alla posizione sostenuta dall'oratore. Sarà allora necessario – spiega Quintiliano⁵ – utilizzare qualunque espediente per allontanare le accuse – «trasferendole» o «spostandole» altrove: si può parlare, in proposito, di «eccezione declinatoria»⁶.

L'omonimia con uno strumento del processo privato – la *translatio iudicii* – e la comune operatività nell'alveo del processo, hanno suscitato inevitabili interrogativi circa contatti o relazioni tra le due figure, che la dottrina giuridica (quando se ne sia occupata) ha perlopiù risolto negativamente. Ad una riflessione su tali interrogativi è dedicata la presente nota, che muoverà dapprima da una disamina della dottrina (§ 2), proseguirà con un breve *excursus* sullo spettro semantico del termine '*translatio*' (§ 3), per concludere con un confronto tra *constitutio translativa* e *translatio iudicii*, mirato sulle rispettive dinamiche di funzionamento (§§ 4-7).

2. La dottrina

Il tema della radicale differenza tra *translatio* retorica e giuridica attraversa intatto la dottrina del Novecento e giunge a noi quasi come un dato di fatto indiscusso. Anche se, come spesso accade, lungo la catena di studiosi che accolgono tale convinzione, più d'uno si limita a rinviare in modo pedissequo ai precedenti⁷, così che i punti di riferimento per indagare origine e ragioni di tale opinione si riducono a una manciata.

Sembra univoca l'idea che a monte della citata posizione si trovino alcuni brevi cenni nei manuali di Rudorff e Bethmann-Hollweg, ove in effetti la

⁵ Quint., *inst.* 3.3.83: '*Quibus si deficiamus, ultima quidem, sed iam sola superest salus aliquo iuris adiutorio elabendi ex crimine quod neque negari neque defendi potest, ut non videatur iure actio intendi: hinc illae quaestiones sive actionis sive translationis*'.

⁶ Cfr. F. CANCELLI, *Cicerone. La retorica a Gaio Erennio*, Milano, 1998, p. 329 nt. 27 e p. 332 nt. 39, ove spiega e argomenta la scelta di traduzione, più ampia e adeguata rispetto, ad esempio, a «eccezione di incompetenza» (del giudice), che avrebbe escluso ipotesi invece comprese nella *translatio*, e D. MANTOVANI, *Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, in «Il diritto fra scoperta e creazione: giudici e giuristi nella storia della giustizia civile (Atti del Convegno SISD, Napoli 18-20 ottobre 2001)» – cur. M.G. Di Renzo Villata –, Napoli, 2003, p. 115.

⁷ P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii. Eine Studie zum römischen Zivilprozeß*, Graz, 1905, p. 17 s., H. PISSARD, *Les questions préjudicielles en droit romain*, Paris, 1907, p. 53 nt. 1, W. KOLITSCH, *Praescriptio und exceptio außerhalb des Formularverfahrens*, in «ZSS.», LXXVI, 1959, p. 278 nt. 65, e L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La translatio e la praescriptio nei retori latini*, in «Hermes», CIII, 1975, p. 214 e nt. 10.

catena di rimandi si interrompe e figurano soltanto rinvii ad alcune fonti⁸.

Rudorff vi accenna nel contesto della discussione sulla *translatio iudicii*, per segnalare che, mentre questa concerne un trasferimento del *iudicium*, quella conosciuta dalla retorica opera nella fase *in iure* come «eccezione dilatoria» («*translatio* in diesem Sinne») ⁹. Un cenno fugace, senza presa di posizione su affinità o contiguità tra le due figure, benché la polarità basata sulla struttura bifasica del processo sembri più suggerire una separazione di campi che non una radicale distinzione di sostanza ¹⁰.

Poco più articolato il discorso svolto da Bethmann-Hollweg, che colloca la *translatio* tra le *exceptiones*, in una sottocategoria, negando però natura giuridica allo strumento ¹¹, senza cenno alla *translatio iudicii*. Non possiamo pertanto ricavarne alcun aiuto ai fini del presente lavoro.

Decisa, ancorché lapidaria, l'opinione di Schwalbach che recisamente nega qualunque relazione della *translatio* retorica con la *translatio iudicii*: «inbesondere mit der *translatio iudicii* nichts zu thun hat». Significativo, al contempo, che l'unico argomento a sostegno di tale opinione sia individuato dall'autore nel silenzio dei principali studiosi del suo tempo ¹². Mentre l'unico possibile impiego, in campo giuridico, del concetto retorico di '*translatio*' si avrebbe, per certi aspetti, soltanto in tema di *translatio legati* ¹³.

Alcune pagine sono invece dedicate all'argomento da Sperl, nell'ambito

⁸) A tale interruzione non sarà forse estraneo il dato del radicale mutamento di metodo, foriero di un profondo rinnovamento degli studi (con l'abbandono del c.d. metodo antiquario, sul quale, per un quadro, cfr. A. MOMIGLIANO, *Ancient History and the Antiquarian*, in *Contributo alla storia degli studi classici*, Roma, 1955, p. 69 [= in «Journal of the Warburg and Courtauld Institutes», XIII, 1950, p. 285 ss.]), che ha caratterizzato (anche) la storiografia a partire dall'Ottocento, in particolare la *Römische Geschichte* (Berlino, I-II, 1811-1812; III, 1832) di Barthold Georg Niebuhr: cfr., tuttavia, per un quadro più articolato, S. MAZZARINO, *Storia romana e storiografia moderna*, Napoli, 1954, p. 13 ss.

⁹) A.A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1859, p. 247 nt. 10.

¹⁰) T. SCHWALBACH, *Zur Geschichte der Lehre von den Prozesseinreden*, in «ZSS.», XV, 1881, p. 209 nt. 4, coglie anzi in questo accenno il segno di un qualche collegamento tra la due figure, giuridica e retorica.

¹¹) M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Zivilprozess*, II, Bonn, 1865, p. 406 e nt. 94 (ma si vedano anche le nt. 95-97), nel solco della classificazione delle eccezioni formulata da F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 5, Berlin, 1840, p. 171 ss., trad. it. – *Sistema del diritto romano attuale* –, Torino, 1893 (cur. V. SCIALOJA), V, p. 196 ss. In estrema sintesi e con qualche approssimazione, '*translatio*' designerebbe, sul versante del lessico retorico, l'equivalente della *exceptio* dei giuristi.

¹²) SCHWALBACH, *Zur Geschichte*, cit., p. 209 e nt. 3, annota che in merito all'impiego di *translatio* nel significato della retorica latina «Brissonius, Dirksen, Heumann keine Auskunft geben».

¹³) SCHWALBACH, *Zur Geschichte*, cit., p. 209 s., con riferimento a D. 34.4.6.pr. (Paul. 5 ad l. Iuli. et Pap.: cfr. *infra*, § 3), senza tuttavia motivare né approfondire il parallelismo.

della trattazione della *translatio iudicii*¹⁴, che fa risalire ai retori il primo impiego del termine. Le modalità della *translatio* retorica sarebbero due, una riferita al contenuto giuridico della causa, l'altra alle dinamiche processuali. Nello specifico, la prima è la *translatio criminis*, con la quale si intende riversare su altri la responsabilità del crimine¹⁵. La seconda comprende diverse obiezioni e si avvicina a quella che viene modernamente definita azione viziata da errore, quanto al tempo, al luogo, al tribunale, alla persona della controparte¹⁶. Tra queste, alcune operano direttamente *in iure*, altre *in iudicio*, e ove i motivi di traslazione fossero stati decisivi, la causa avrebbe avuto esito negativo.

Da questa prima *translatio* così internamente articolata si distinguerebbe, secondo la lettura che Sperl propone di Quintiliano, uno schema traslativo diverso, definito dal verbo 'transferre' inteso nell'accezione del lessico comune: *transferre personas, tempora, actiones*. La caratteristica sarebbe da individuarsi nel fatto – ma Quintiliano non sarebbe stato del tutto chiaro¹⁷ – che l'oratore non discute il «come», cioè attraverso quali dinamiche processuali formali, quanto i motivi per i quali abbia avuto luogo una traslazione processuale. Secondo Sperl le due figure avrebbero poco in comune («wenig gemein zu haben»), anzi il solo punto di contatto tra la *translatio* retorica e l'espressione giuridica 'transferre iudicium' si avrebbe nell'ipotesi della morte di una parte processuale: in tale evenienza anche i retori avrebbero impiegato l'espressione 'translatio'¹⁸. Quanto al 'transferre iudicium' – evidentemente emerso in seno al discorso retorico – l'espressione conoscerebbe in campo giuridico un impiego in senso lato: i giuristi non se ne servirebbero, infatti, solo nel caso in cui un *iudicium* debba essere trasferito a una nuova parte, ma anche in altri¹⁹.

Individua infine una differenza semantica tra sostantivo e verbo: 'translatio' indicherebbe in particolar modo l'insieme dello svolgimento processuale, mentre 'transferre' un'attività della parte, nel procedimento.

L'apertura di una nuova fase negli studi romanistici, da un lato con le ricerche di Wlassak sul processo²⁰, dall'altro con quelle di Stroux sui rapporti

¹⁴) H. SPERL, *Succession in den Process: eine civilprocessuale Studie*, Graz, 1895, p. 20 ss.

¹⁵) *Rhet. Her.* 1.15.25 e 2.15.22, e *Quint., inst.* 7.4.13.

¹⁶) Cfr. *Cic., inv.* 2.19.57.

¹⁷) SPERL, *Succession*, cit., p. 23: «Den Unterschied stellt er in wenig klarer Weise ...».

¹⁸) SPERL, *Succession*, cit., p. 23.

¹⁹) Coincidenti con le ipotesi tradizionali di *translatio iudicii*: cfr. SPERL, *Succession*, cit., p. 24.

²⁰) Del quale, in questa sede, mi limito a citare M. WLASSAK, *Der Ursprung der römischen Einrede*, in «Festgabe der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum von Leopold Pfaff», Wien, 1910, p. 3-50, ora in «Labeo», XIII, 1967, da cui si cita, p. 239, dove la *constitutio translativa* viene definita «der rhetorische, rechtswissenschaftlich unbrauchbare Begriff»: cfr. M. WLASSAK,

tra diritto e retorica²¹, muta in parte la prospettiva e l'attenzione si concentra – pur con sfumature diverse – sui testi retorici relativi alla *translatio*, alla ricerca di indizi per una migliore ricostruzione delle figure della *exceptio* e della *praescriptio pro reo*²². Senza addentrarsi in una tematica troppo vasta e comunque non centrale per queste pagine, in sintesi possiamo dire che il perno del discorso ruota intorno ai due poli della possibile influenza della retorica greca nella definizione di alcuni strumenti del processo privato romano – tra questi principalmente la *praescriptio* – e della natura della *praescriptio pro reo*. In questi studi lo *status translatus* appare come momento dialettico della fase *in iure* finalizzato alla «costituzione» del *iudicium* (μετάληψις); oppure viene considerato la versione romana della παραγραφή greca²³, proiettando il discorso oltre il perimetro del processo civile privato²⁴. Ma, perlopiù, mai il discorso si estende

Praescriptio und bedingter Prozess, in «ZSS.», XXXIII, 1912, p. 81 ss.

²¹ Il tema dei rapporti tra retorica e diritto occupa uno spazio vastissimo; mi limito ad alcuni punti di riferimento: si vedano J. STROUX, *Summum ius summa iniuria. Eine Capitel aus der Geschichte der interpretatio iuris*, in «Festschrift P. Speiser-Sarasin», Leipzig, 1926, p. 5 ss., poi in «Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik», Potsdam, 1949, p. 9 ss., trad. it. – *Summum ius summa iniuria. Un capitolo concernente la storia della interpretatio iuris* (cur. G. FUNAIOLI) –, in «AUPA.», XII, 1929, p. 639 ss. (che menziona espressamente la *translatio*, quale esempio di schema retorico greco «ritoccato» per essere recepito «nella pratica del tribunale e nella trattazione giuridica»: p. 659 e nt. 27), A. STEINWENTER, *Rhetorik und römischer Zivilprozess*, in «ZSS.», LXV, 1947, p. 69 ss. (favorevole a un'influenza reciproca tra retorica e giurisprudenza; contrario invece E. MEYER, *Die Quaestionen der Rhetorik und die Anfänge juristischer Methodenlehre*, in «ZSS.», LXVIII, 1951, p. 37), F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*², Oxford, 1953, trad. it. – *Storia della giurisprudenza romana* –, Firenze, 1968, da cui si cita, p. 104 ss. e 196 ss., e T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, Berlin 1953, trad. it. – *Topica e giurisprudenza* –, Milano, 1962, p. 63 ss. Un quadro di sintesi è ora reperibile in E. STOLFI, «Argumentum auctoritatis», citazioni e forme di approvazione nella scrittura dei giuristi romani, in «Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica» – cur. A. Lovato –, Bari, 2011, p. 86 s nt. 4, p. 88 nt. 6 e p. 89 nt. 7.

²² Nei testi dei retori, peraltro, i termini 'translatio' e 'praescriptio' sono sovente affiancati (spesso identificandoli, talora distinguendoli): cfr., senza pretesa di esaustività (cito dalla raccolta «Rhetores Latini Minores», ed. K. HALM, 1863), Fortunant. p. 98 l. 28 e p. 106 l. 25, Victorin. p. 277 ll. 22-24 e p. 284 l. 37, Sulp. Vic. p. 338 l. 31, p. 340 ll. 14 ss. e p. 341 l. 32 ss., Iul. Vic. p. 382 l. 4 e p. 392 ll. 12-14, Mart. Cap. p. 458 l. 31 s. e Clod. p. 590 l. 8.

²³ Il che presuppone una assimilazione tra παραγραφή e μετάληψις, che in effetti si coglierebbe nei retori greci: Mart. Cap. p. 458 l. 30 Halm afferma che lo stesso Ermagora (cfr. *infra*, § 4) usava il termine παραγραφή per qualificare questo *status*. Cfr. D. MATTHES, *Hermagoras von Temnos 1904-1955*, in «Lustrum», III, 1958, p. 165 s., J. PARTSCH, *Die «longi temporis praescriptio» im klassischen römischen Rechte*, Leipzig, 1906, p. 74. S, ed inoltre WLASSAK, *Der Ursprung*, cit., p. 240 nt. 26. Sulla παραγραφή cfr., per un primo inquadramento, A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, p. 252 ss., ove – p. 253 e nt. 3 – accenna al parallelo con l'*exceptio*.

²⁴ Un quadro della problematica è offerto da L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La translatio*, cit., p. 212 ss.; cfr. EAD., *Logica, retorica e giurisprudenza nella dottrina degli status*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del

e coinvolge la *translatio iudicii*²⁵. Fa eccezione Meyer²⁶, che affronta il tema delle *quaestiones* retoriche in relazione ai principii del metodo giuridico. Quanto alla *translatio*, evidenzia alcune peculiarità del processo romano che rendono ai suoi occhi non sorprendente la recezione dello *status translatus* nella retorica romana²⁷. Segnala invece come insolita la collocazione mutevole nella griglia romana delle *quaestiones*, così come la denominazione latina. Ed è trattando quest'ultimo aspetto – in particolare la distanza semantica e concettuale tra la greca *μετάληψις* e la latina *translatio* – che accenna alla *translatio iudicii*. Afferma infatti lo studioso che il termine latino rimanda meno di quello greco alle questioni preliminari («Vorfragen») e che inoltre non si può parlare di «trasferimento» («Übertragung»), come ad esempio nel caso del rifiuto dell'azione all'attore privo di legittimazione, perché ciò non comporta affatto trasferimento all'attore legittimato, che non può essere costretto ad intraprendere alcuna azione. A sorprendere maggiormente – soggiunge – la scelta di tradurre col termine latino '*translatio*', quando «già allora» («bereits damals») ²⁸ la *translatio iudicii* aveva un significato particolare e differente. Infatti la *translatio iudicii* interveniva nel corso del processo, quando in seguito al decesso di una parte o di un rappresentante fosse necessario un cambiamento che imponesse la modifica della *formula* concessa, mentre la *translatio* retorica presupponeva motivi già presenti prima dell'inizio del processo. Giudica in ogni caso significativo che non vi sia stato un adattamento dei *termini tecnici*, qui e là, nemmeno in seguito. L'elemento posto a base della differenza tra le due *translationes* sarebbe quindi da cogliersi nella collocazione rispetto all'avvio del procedimento. Che peraltro coincide con la peculiarità della *translatio iudicii*, in assenza della quale semplicemente essa non potrebbe esistere: è infatti caratteristica di essa quella dell'impiego «dopo» la *litis contestatio*²⁹.

Seminario di S. Marino, 7-9 gennaio 1993» – cur. D. Mantovani –, Torino, 1996, p. 209 ss.

²⁵ Si vedano O. VON BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessoraussetzungen*, Giessen, 1868, p. 243 ss., PARTSCH, *Die «longi temporis praescriptio»*, cit., p. 74 ss., STEINWENTER, *Rhetorik*, cit., p. 81 s. (il quale si occupa di retorica e processo civile e individua una corrispondenza tra *translatio* e *παραγραφή* greca e tra quest'ultima e la *praescriptio* dei processi formulare e cognitorio), e KOLITSCH, *Praescriptio*, cit., p. 276 ss.

²⁶ MEYER, *Die Quaestiones*, cit., p. 30 ss.

²⁷ MEYER, *Die Quaestiones*, cit., p. 34.

²⁸ MEYER, *Die Quaestiones*, cit., p. 35 e nt. 8: l'opinione poggia sulla presenza dell'avverbio '*olim*' nella traduzione di HEIMBACH, I, p. 413 a *sch.* Ἐμπνεύει ad Bas. 8.2.94 (SCHELTEMA, A.I, p. 452), che però si riferisce a C.I. 2.12.20 e, mi pare, difficilmente può offrire indicazioni utili in merito alla priorità cronologica tra concetti giuridici e retorici di età repubblicana. Lo scolio è al centro del brevissimo contributo di F. EISELE, *Translatio iudicii nach der litis contestatio*, in «ZSS.», XV, 1881, p. 138 ss.

²⁹ Su questo aspetto, del resto noto, ci si può limitare, in questa sede, a rinviare a EISELE, *Translatio*, cit., p. 138 ss., caposaldo delle ricerche in materia.

In sintesi, la lettura degli scritti di coloro che hanno affrontato apertamente il problema di eventuali connessioni fra *translatio* retorica e *translatio iudicii*, escludendole, evidenzia quali ragioni della netta separazione tra le due la diversità di collocazione nella scansione del procedimento. A questi lavori si affianca, in anni recentissimi, la riflessione di Erxleben, che, pur non trattando *ex professo* il tema, si esprime nel senso di una differenza radicale, non però in punto di collocazione, bensì di finalità: l'assoluzione, nel caso della *constitutio translativa*; la prosecuzione del processo, nel caso della *translatio iudicii*³⁰.

Alla luce degli elementi raccolti, mi pare legittimo chiedersi se la rigida posizione prevalente nella *communis opinio* possa considerarsi pienamente condivisibile e giustificata, o se piuttosto non via sia spazio per proporre una diversa prospettiva.

3. *Un termine versatile*

Abbiamo visto che, in dottrina, laddove un confronto è operato, si limita ad un raffronto tra la *translatio* quale *status causae* e la *translatio iudicii*. Verosimilmente ciò accade perché entrambe operano nell'ambito del processo e forse anche per il fatto che, entro tale ambito, la finalità declinatoria dello schema retorico sembra non del tutto lontana dalla funzione svolta dalla *translatio iudicii*. E giacché anche quest'ultima opera sulla *formula* o, in ogni caso, interagisce con essa³¹, ne consegue, se non altro per ragioni di omonimia, l'accostamento tra i due schemi, salvo escludere, come si è detto, qualunque legame oltre quello nominale.

Tuttavia, il termine *translatio* individua una pluralità di strumenti diversi, oltre i due predetti. Ne elenco alcuni, senza alcun intento esaustivo, ma solo per offrire una cursoria panoramica³².

³⁰) F. ERXLEBEN, *Translatio iudicii. Der Parteivchsel im römischen Formularprozess*, München, 2017, p. 2 nt. 10: «Von der juristischen *translatio iudicii* zu trennen ist das in den rhetorischen Schriften als *translatio* bezeichnete Verteidigungsmittel. Denn Ziel der rhetorischen *translatio* ist der Freispruch des Beklagten, während durch eine juristische *translatio* sichergestellt werden soll, dass der begonnene Prozess in anderer Besetzung weitergeführt werden kann. Deshalb kann das rhetorische Verteidigungsmittel in dieser Untersuchung außer Betracht bleiben».

³¹) Che la *translatio iudicii* produca interventi sulla formula processuale è questione discussa e tecnicamente complessa: per un quadro e altra bibliografia, mi permetto di rinviare a G. TURELLI, *Transfere iudicium. Linee ricostruttive di uno strumento pretorio*, Torino, 2020, specie p. 156 ss.

³²) Per un quadro completo dei possibili impieghi, accompagnato da una articolata e attenta classificazione, si faccia riferimento all'*Index of Terms* («1. Latin») di LAUSBERG, *Handbook*, cit., p. 786 s., sv. '*transfere*' e '*translatio*'.

a) In primo luogo, è detta *translatio* la figura retorica della metafora³³:

rhet. Her. 4.34.45: Translatio est, cum verbum in quandam rem transferetur ex alia re, quod propter similitudinem recte videbitur posse transferri.

Si tratta, come noto, della figura che consiste nella traslazione di una parola da un oggetto ad un altro, essenzialmente in ragione di una somiglianza³⁴, per ragioni che Cicerone riconduce ad una originaria povertà della lingua:

Cic., *de orat.* 3.38.156: Ergo hae translationes quasi mutationes sunt, cum quod non habeas aliunde sumas ...³⁵.

La corrispondenza tra il termine greco μεταφορά e il latino ‘*translatio*’ è esplicitamente confermata da Quintiliano:

Quint., *inst.* 8.6.4: Incipiamus igitur ab eo qui cum frequentissimus est tum longe pulcherrimus, translatione dico, quae μεταφορά Graece vocatur.

b) In secondo luogo, si ha un’applicazione del termine nell’espressione ‘*translatio criminis*’³⁶, che designa un argomento difensivo corrispondente al greco ἀντέγκλημα, o «controaccusa»³⁷:

rhet. Her. 1.15.25: Ex translatione criminis causa constat, cum fecisse nos non negamus, sed aliorum peccatis coactos fecisse dicimus: ut Orestes, cum se defendit in matrem conferens crimen.

³³ *Rhet. Her.* 4.34.45, 4.34.46 e 4.48.61. Cfr. LAUSBERG, *Handbook*, cit., p. 257.

³⁴ La bibliografia sulla metafora è sterminata. Per orientarsi, cfr., oltre al classico VOLKMANN, *Die Rhetorik*, cit., p. 355 s., LAUSBERG, *Handbook*, cit., p. 250 ss., J.B. HOFMANN, A. SZANTYR, *Lateinische Syntax und Stilistik*, in «Lateinische Grammatik»², München, 1972 (rist. 1997), II, p. 779 ss. (con ampio ragguaglio bibliografico a p. 781 s., e G. CALBOLI, *Cornifici. Rhetorica ad C. Herennium. Introduzione, testo critico, commento*², Bologna 1993, p. 391 ss. nt. 212.

³⁵ Il discorso è più articolato: si veda da Cic., *de orat.* 3.38.155. In questo caso il termine ‘*translatio*’ traduce la figura greca della «catacresi» (che può essere ricondotta nell’alveo della metafora: «The ‘necessary’ metaphor», scrive LAUSBERG, *Handbook*, cit., p. 254), per la quale Quintiliano (*inst.* 8.6.34-35) preferisce il termine ‘*abusio*’, distinguendola dalla ‘*translatio*’: ‘*Discernendumque est <ab> hoc totum translationis istud genus, quod abusio est ubi nomen defuit, translatione ubi aliud fuit*’.

³⁶ Cfr. Quint., *inst.* 7.4.8, e Cic., *inv.* 2.78, dove compare col nome di ‘*relatio criminis*’. A questa sola denominazione la collega LAUSBERG, *Handbook*, cit., p. 75 s., che non conside l’espressione ‘*translatio criminis*’. Cfr. VOLKMANN, *Die Rhetorik*, cit., p. 330.

³⁷ Cfr. CALBOLI, *Cornifici. Rhetorica*, cit., p. 238 nt. 29, ed inoltre VOLKMANN, *Die Rhetorik*, cit., p. 49 s., e MATTHES, *Hermagoras*, cit., p. 155 s.

Collocabile nello *status iuridicialis*, la *translatio criminis* opera quando, non potendosi o volendosi percorrere la via della *constitutio absoluta* – affermando che il fatto è stato compiuto *iure*³⁸ –, si opti per il «riversamento della colpa»³⁹ su altri, o per attribuire a costoro la causa del fatto delittuoso, o per sostenere che, giacché altri in situazioni differenti non sono stati puniti, non debba esserlo nemmeno l'imputato attuale: non fotografa, in sostanza, una istanza di «trasferimento», ma individua uno spazio dibattimentale ove esporre e bilanciare ragioni favorevoli e contrarie⁴⁰.

c) Un terzo caso è in ambito di *dispositio* e riguarda le situazioni nelle quali all'ordine prescritto dall'arte va preferita una diversa disposizione delle parti del discorso, tale da comportare mutamenti (*commutationes*) e spostamenti (*translationes*). A conclusione di un testo descrittivo, che non è necessario riportare integralmente⁴¹, si legge:

rbet. Her. 3.10.17: His commutationibus et translationibus saepe uti necesse est, cum ipsa res artificiosa<m> dispositionem artificiose commutare cogit.

d) Altro, infine, è il caso della *translatio temporum*, che identifica l'impiego del tempo presente in luogo del passato per perseguire obiettivi di *evidentia* e amplificazione (la sfera è quella delle figure di pensiero, in particolare l'ipotiposi):

Quint., *inst.* 9.2.41: Sed haec quidem tralatio temporum, quae proprie μετάστασις dicitur, in diatiposi verecundior apud priores fuit...⁴².

³⁸) *Rbet. Her.* 2.13.19.

³⁹) Con questa espressione traduce CANCELLI, *Cicerone. La retorica*, cit., p. 37 ad r.l.

⁴⁰) Più articolato *rbet. Her.* 2.15.22: 'Translatio criminis est, cum ab reo facti causa in alio- rum peccatum transfertur. Primum quaerendum est, iurene in alium crimen transferatur; deinde spectan- dum est, aequè magnum sit illud peccatum, quod in alium transferatur, atque illud, quod reus suscepisse dicitur; deinde, oportueritne in ea re peccare, in qua alius ante peccavit; deinde, oportueritne iudicium ante fieri; deinde, cum factum iudicium non sit de illo crimine, quod in alium transferatur, oporteatne de ea re iudicium fieri, quae res in iudicium non <de>venerit. Locus communis accusatoris contra eum, qui plus censeat vim quam iudicia valere oportere. Et ab adversariis percontabitur accusator, quid futurum sit, si idem ceteri faciant, ut de indemnatis supplicia sumant, quod eos idem fecisse dicant. Quid, si ipse accusator idem facere voluisset? Defensor eorum peccati atrocitatem proferet, in quos crimen transferet; rem, locum, tempus ante oculos ponet, ut <i>, qui audient, existiment, aut non potuisse aut [non] inutile fuisse rem in iudicium venire'.

⁴¹) *Rbet. Her.* 3.9-10.17.

⁴²) Cfr. già da Quint., *inst.* 9.2.40 s. «Diatiposi» è sinonimo di «ipotiposi»: cfr. *Quin- tiliano. Institutio oratoria* – cur. A. Pennacini –, Torino, 2001, II, p. 870 nt. 2 (il libro IX del- l'*Instituto oratoria* è curato da A. FALCO).

e) Nella sfera del diritto, da ultimo, va segnalata la *translatio legati*:

D. 34.4.6.pr. (Paul. 5 *ad l. Iul. et Pap.*): *Translatio legati fit quattuor modis: aut enim a persona in personam transfertur: aut ab eo qui dare iussus est transfertur, ut alius det: aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei: aut quod pure datum est, transfertur sub condicione.*

Si tratta di una modalità di estinzione di un legato mediante costituzione di uno nuovo, nel quale si muta la persona (dell'onorato o dell'onerato), l'oggetto o un elemento accidentale⁴³.

Concludendo la carrellata – che pur potrebbe proseguire attraverso il tempo, prendendo in esame le opere dei retori minori, benché forse ci si possa limitare a segnalare che essi riprendono e sistematizzano in maniera diversa il materiale più antico, ma senza innovazioni significative⁴⁴ –, mi sembra possa dirsi che, nel campo retorico, il termine '*translatio*' connota una pluralità di situazioni, figure, elementi, strumenti tutti accomunati – sia pure talora sottilmente – dalla medesima logica tralattizia, di spostamento: del significato, della posizione degli elementi nel discorso, della colpa, della qualificazione giuridica, della competenza, della titolarità ad agire e via dicendo. Secondo una meccanica che sembra condivisa, in ambito giuridico, dalla *translatio legati* e, come vedremo, dalla *translatio iudicii*.

Ci appare dunque più come una categoria concettuale – di elaborazione stoica, possiamo aggiungere⁴⁵ – applicabile a numerose situazioni tutte connotate da una medesima meccanica, che non un concetto tecnico specifico, esteso in un secondo momento a contesti analoghi. Presenta, per così dire, una semantica sfocata – o, se si preferisce, uno spettro semantico molto ampio – della quale fa fede proprio la stessa difficoltà di traduzione dal greco al latino o, meglio, la varietà di figure e nozioni della retorica greca che trovano posto entro la nozione latina di *translatio*.

⁴³ Cfr., per un inquadramento e altra bibliografia, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II. *Parte speciale*², Milano, 1963, p. 546 ss.

⁴⁴ Cfr., per il censimento di tutti i *loci*, con indicazione degli specifici impieghi del termine, l'*Index rerum et verborum* in «*Rhetores Latini Minores*» (cur. K. HALM), cit., p. 653 s.

⁴⁵ Il collegamento con lo stoicismo emerge con particolare evidenza nel campo dell'etimologia, ove si rileva la corrispondenza tra una modalità della paronomasia – quella *transferendis litteris* (cfr. *Rhet. Her.* 4.21.29) – e una delle quattro categorie stoiche (*adiectio*, *detractio*, *translatio*, *commutatio*) «attraverso le quali si compie la κλίσις che porta alla forma attuale le (...) parola prime» (CALBOLI, *Cornifici. Rhetorica*, cit., p. 341). Cfr. anche M. POHLENZ, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, Göttingen, 1959, trad. it. – *La Stoa. Storia di un movimento spirituale* –, Milano, 2005, p. 71 nt. 18, nonché, a p. 368, la notazione di carattere generale sulla dipendenza di Ermagora (inventore della *constitutio translativa*: cfr. *infra*, § 4) dalla dialettica stoica, almeno sul piano formale.

4. La *constitutio translativa* (cenni)

Sembra da attribuirsi ad Ermagora di Temno (II secolo a.C.) l'invenzione – o, più probabilmente, la canonizzazione⁴⁶ – della figura retorica greca della *μετάληψις*, da cui la romana *translatio* (o *constitutio translativa*), a designare la discussione che sorge nella fase *in iure* del processo, in merito ad elementi preliminari, estranei all'oggetto della causa, ma essenziali per la prosecuzione del procedimento secondo l'assetto che ha avuto fino a quel momento. Si tratta, come accennato, di una «eccezione declinatoria», che può avere ad oggetto profili diversi: la legittimazione di una parte ad agire o di un giudice a giudicare; una contestazione in merito al tempo, al luogo, alla legge e via dicendo⁴⁷. Con essa, la parte che la solleva intende operare uno spostamento (*translatio*) o un mutamento (*commutatio*) relativo al procedimento, senza entrare nel merito della controversia: proprio il riferimento ad una meccanica traslativa, evidentemente in senso lato, sarebbe all'origine del nome, secondo gli stessi autori antichi⁴⁸.

⁴⁶) Cic., *inv.* 1.11.16: 'Huius constitutionis Hermagoras inventor esse existimatur, non quo non usi sint ea veteres oratores saepe multi, sed quia non animadverterunt artis scriptores eam superiores nec rettulerunt in numerum constitutionum'. Annota G.E. MANZONI, *Cicerone. Opere di retorica. Introduzione, traduzione e commento*, Brescia, 2019, p. 76 nt. 47: «Inventor non è utilizzato nel senso di colui che opera la *excogitatio* (...), ma nel senso di organizzatore, classificatore», mentre a nt. 48 segnala Quint., *inst.* 3.6.60: 'Tralationem hic primus omnium tradidit, quamquam semina eius quaedam citra nomen ipsum apud Aristotelem reperiuntur'. Il riferimento ad Aristotele riguarda passi diversi, non tutti segnalati unanimemente dalla dottrina: Arist., *rhet.* I, 1373b, 38 ss., III, 1416a, 28 ss. e 1417b, 21 ss.); cfr. B. RIPOSATI, *Studi sui 'Topica' di Cicerone*, Milano, 1947, rist. 1967, p. 235 s. (ove altra bibliografia), e PENNACINI, *Quintiliano. Institutio oratoria*, cit., I, p. 941 nt. 7. Su Ermagora cfr. MATTHES, *Hermagoras*, cit., p. 58 ss.

⁴⁷) *Rhet. Her.* 1.12.22: 'Ex translatione controversia nascitur, cum aut tempus differendum aut accusatorem mutandum aut iudices mutandos reus dicit' (qui 'reus' indica, genericamente, la parte: cfr. CANCELLI, *Cicerone. La retorica*, cit., p. 332 nt. 40), Cic., *inv.* 1.8.10 ('At cum causa ex eo pendet quia non aut is agere videtur, quem oportet, aut non cum eo, quicum oportet, aut non apud quos, quo tempore, qua lege, quo crimine, qua poena oportet, translativa dicitur constitutio, quia actio translationis et commutationis indigere videtur'), Cic., *inv.* 1.11.16 ('In quarta constitutione, quam translative nominamus, eius constitutionis est controversia, cum aut quem aut quicum aut quomodo aut apud quos aut quo iure aut quo tempore agere oporteat, quaeritur aut omnino aliquid de commutatione aut infirmatione actionis agitur'), e Cic., *inv.* 2.19.57-59 ('Cum autem actio translationis aut commutationis indigere videtur, quod non aut is agit, quem oportet, aut cum eo, quicum oportet, aut apud quos, qua lege, qua poena, quo crimine, quo tempore oportet, constitutio translative appellatur').

⁴⁸) Cfr. i testi richiamati nelle note recedenti, non senza sottolineare che in Cic., *inv.* 1.11.16 lo spettro semantico si estende oltre la *commutatio* fino alla *infirmatio*, nel senso di «annullamento» o «confutazione»: cfr. «Oxford Latin Dictionary», Oxford - New York, 2005, sv. 'infirmatio', p. 900.

Il secondo elemento di rilievo da tenere presente riguarda la collocazione – o, meglio, il momento di impiego privilegiato, ancorché non esclusivo⁴⁹ – della *constitutio translativa*, che cade nel momento «anteriore al giudizio vero

⁴⁹) Sul punto, cfr. *rhet. Her.* 1.12.22: ‘Haec partitio legitimae constitutionis his de causis raro venit in iudicium, quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt et causa cadit qui egit, nisi habuit actionem, et in publicis quaestionibus cavetur legibus, ut ante, si reo commodum sit, iudicium de accusatore fiat, utrum illi liceat accusare necne’; in particolare, si veda l’articolata spiegazione di Cic., *inv.* 2.19.57-58: ‘Atque in nostra quidem consuetudine multis de causis fit, ut rarius incidant translationes. Nam et praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones et ita ius civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non quemadmodum oportet egerit. [58] Quare in iure plerumque versantur. Ibi enim et exceptiones postulatur et agenda potestas datur et omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur. In ipsis autem iudiciis rarius incidunt et tamen, si quando incidunt, eiusmodi sunt, ut per se minus habeant firmitudinis, confirmantur autem assumpta alia aliqua constitutione: ut in quodam iudicio, cum veneficii cuiusdam nomen esset delatum et, quia parricidii causa subscripta esset, extra ordinem esset acceptum, in accusatione autem alia quaedam crimina testibus et argumentis confirmarentur, parricidii autem mentio solum facta esset, defensor in hoc ipso multum oportet et diu consistat: cum de nece parentis nihil demonstratum esset, indignum facinus esse ea poena afficere reum, qua parricidae afficiuntur; id autem, si damnaretur, fieri necesse esse, quoniam et id causae subscriptum et ea re nomen extra ordinem sit acceptum’. Dopo aver detto, nella frase immediatamente precedente al testo riportato, che gli esempi potrebbero essere molti, ma la *ratio* è sempre la medesima, Cicerone precisa che nella prassi romana le *translationes* raramente incidono nelle cause, perché le eccezioni pretorie «escludono» molte azioni e nello *ius civile* è stabilito che perda la causa (*causa cadat*) chi non agisca secondo le modalità adeguate. Per tale motivo, le questioni sono in prevalenza regolate nella fase *in iure*, nella quale si definisce la formula (*omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur*), mentre più raramente si presenta l’occasione nelle fasi *in iudicio*: qui si sofferma su un esempio relativo a un processo *extra ordinem* per parricidio (sul punto, cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell’antica Roma*², Milano, 1998, p. 149 e nt. 139 e p. 169 e nt. 210), mentre gli elementi indurrebbero a ritenere più adeguata l’accusa di veneficio, che avrebbe dovuto essere perseguita con una pena diversa e, in definitiva, meno grave (il nodo sembra riguardare il fatto che il parricidio era punito con la *poena cullei*, senza concessione al condannato della *potestas effugiendi*: cfr. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., p. 148 s.). Tralasciando l’esempio di ambito penale, hanno invece suscitato un interesse, sotto più punti di vista, le espressioni *excluduntur actiones* e *causa cadat* (presente anche in *rhet. Her.* 1.12.22): il fulcro è dato dal problema dell’origine dell’*exceptio* nel rapporto con la *praescriptio pro reo*. Cfr. WLISSAK, *Der Ursprung*, cit., p. 239 ss. e 241 nt. 29; diversamente E. SCHÖNBAUER, *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht*, in «ZSS.», LII, 1932, p. 259 ss., e M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, p. 53 e nt. 12 e p. 192 e nt. 12 (esclude che il passo abbia valore tecnico in merito al funzionamento della *exceptio*); breve discussione in M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell’esperienza romana*, Milano, 1973, II, p. 373 nt. 74, che si sofferma sul parallelismo tra *causa cadere* e *formula cadere*; sintesi della problematica, partendo dal passo della *Rhetorica ad Herennium*, in CANCELLI, *Cicerone. La retorica*, cit., p. 333 nt. 44; in anni recenti, con particolare attenzione anche all’espressione *causa cadere*, M. MIGLIETTA, *Servus dolo occisus: contributo allo studio del concorso tra actio legis Aquiliae e iudicium ex lege Cornelia de sicariis*, Napoli, 2001, p. 141 ss. (ove altre fonti e bibliografia). Nel complesso, il passo viene giudicato «un vivace quadro dell’*agere per concepta verba*» da D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall’età dei pontefici alla scuola di Servio», cit. (nt. 24), p. 105.

e proprio, in particolare nella fase *in iure* delle cause private»⁵⁰. Si tratta, dunque, di uno strumento preliminare, destinato a essere impiegato, principalmente, nella discussione davanti al pretore per sciogliere nodi – tendenzialmente di natura legale⁵¹ – che incidono non tanto sul merito della causa, quanto piuttosto sulla impostazione del procedimento.

Questi pochi cenni non pretendono certo di offrire un quadro esaustivo della *constitutio translativa*, che peraltro presenta sfaccettature molteplici, sotto più punti di vista, su tutti il tema della collocazione nella teoria degli *status*⁵². Del resto, l'argomento è ampiamente trattato nella manualistica di retorica e nella letteratura di riferimento, così che qui non si finirebbe che per riproporne un sunto inadeguato. Si voleva tuttavia, da un lato, fornire una cornice nella quale inserire una riflessione mirata su un aspetto puntuale; dall'altro, evidenziare alcuni tratti salienti, funzionali al discorso che segue.

5. La contentio de constituendo iudicio

Come si evince dal titolo del presente contributo, l'attenzione è posta sulla possibilità di un raffronto tra due strumenti entrambi denominati '*translatio*', ma operanti in ambiti diversi; nonché sulla plausibilità stessa dell'esistenza di nessi tra di loro. Abbiamo anche visto che la determinazione con cui la dottrina esclude quelle due opzioni – possibilità e plausibilità – è da un lato non sempre granitica, dall'altro non sempre solidamente motivata. Al contempo, comparazioni di taglio generale, sulla struttura e sulle finalità non sembrano avere dato risultati del tutto persuasivi.

Per parte mia, ritengo possa essere di qualche interesse concentrarsi su un aspetto definito, legato alla concreta operatività della *translatio* retorica nel corso del processo.

La *translatio* entra nel processo (in particolare privato) in un momento preciso, la *contentio de constituendo iudicio*. La denominazione è tratta da Cicerone:

Cic., *part. or.* 99: *Atque etiam ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, cum aut sitne actio illi qui agit aut iamne sit aut num iam esse*

⁵⁰) MANTOVANI, *Praetoris*, cit., p. 115 nt. 188. Cfr. le fonti richiamate nella nota precedente.

⁵¹) Questa almeno la posizione di Quint., *inst.* 3.6.78-79, che esclude dalla nozione di '*translatio*' le eccezioni declinatorie fondate su elementi di fatto.

⁵²) La collocazione della *translatio* tra gli *status* è discussa, sino a giungere a metterne in dubbio l'autonoma appartenenza a tale categoria: la ricostruzione più articolata e lineare mi pare quella di CALBOLI, *Cornifici. Rhetorica*, cit., p. 218 ss. nt. 24; cfr. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina*, cit., p. 140 ss.

desierit aut illane lege hisne verbis sit actio quaeritur. Quae etiamsi ante quam res in iudicium venit aut concertata aut diiudicata aut confecta non sunt, tamen in ipsis iudiciis permagnum saepe habent pondus cum ita dicitur: plus petisti; sero petisti; non fuit tua petitio; non a me, non hac lege, non his verbis, non hoc iudicio.

Oggetto della *contentio* è la costituzione del processo, nella definizione delle sue caratteristiche strutturali generali e della *conceptio verborum*⁵³: la discussione verte infatti sulla disponibilità di un'azione per colui che agisce, se essa sia ancora valida o abbia smesso di esserlo; se si basi su una determinata legge e sia espressa con quelle determinate parole. Essa si svolge tra le parti al cospetto del pretore nella fase *in iure* del processo formulare⁵⁴ e la sua forma è regolata appunto secondo la *constitutio translativa*⁵⁵. Si affrontano questioni da risolvere *ante iudicium* – aggiunge l'autore –, ma quando accada che vengano discusse *'in ipsis iudiciis'* mantengono un peso, come nel caso di questioni relative all'aver chiesto più del dovuto, o tardivamente, o senza averne diritto; o non alla persona cui ci si sarebbe dovuti rivolgere; oppure non in base a quella legge, con quelle parole, in quel processo.

Nel paragrafo seguente, il discorso prosegue:

Cic., *part. or.* 100: Quarum causarum genus est positum in iure civili quod est in privatarum rerum lege aut more positum; cuius scientia neglecta ab oratoribus plerisque nobis ad dicendum necessaria videtur. Quare de constituendis actio-

⁵³) Lo esplicita MANTOVANI, *Praetoris*, cit., p. 114 nt. 187, rinvenendo un ulteriore indizio in tal senso nel *'constituere actionem'* del § 100, sul quale subito *infra*, nel testo. M. VARVARO, *Condictio e causa actionis*, in «AUPA.», LVII, 2014, p. 293, afferma che «una *contentio* di questo genere doveva servire anche a chiarire con quale strumento l'attore dovesse agire nell'ipotesi in cui si fosse trovato di fronte a più alternative» e dunque (nt. 109) «non solo le azioni, ma anche i *praeiudicia*, le stipulazioni pretorie e gli interdetti».

⁵⁴) Il passo costituisce la principale testimonianza sul dibattito interno alla fase *in iure*: cfr. P. STERNKOPF, *De M. Tulli Ciceronis Partitionibus oratoriis* (diss.), Münster, 1914, p. 95, M. WLASSAK, *Die klassische Prozessformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, I, Wien-Leipzig, 1924, p. 110 s. e 219, M. LEMOSSE, *Cognitio. Étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique*, Paris, 1944 (rist. Roma, 1971), p. 181 nt. 1, BRUTTI, *La problematica*, cit., I, p. 137 nt. 16, MANTOVANI, *Praetoris*, cit., p. 114 nt. 187, e VARVARO, *Condictio*, cit., p. 293 nt. 108; da segnalare che KASER, *Römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 24 nt. 5, lo riferisce, però, alle *legis actiones*.

⁵⁵) Non viene nominata, ma il riferimento è ad essa, benché non necessariamente considerata *constitutio* autonoma: in *part. or.* 100 (*infra*, nel testo) Cicerone – mutando la precedente opinione – la riconduce alla *qualitas*, mentre nel § 101 indica tre soli livelli, con esclusione della *translatio*, che invece occupava il quarto posto, a parità di grado, in *inv.* 1.8.10. Cfr. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina*, cit., p. 143, MANTOVANI, *Praetoris*, cit., p. 134 nt. 227 (con riferimento al paragrafo successivo, Cic., *part. or.* 100, sul quale *infra*, nel testo), e MANZONI, *Cicerone. Opere*, cit., p. 328 nt. 189.

nibus, de accipiendis subeundisque iudiciis, de excipienda iniquitate actionis, de comparanda aequitate, quod ea fere generis eius sunt ut quamquam in ipsum iudicium saepe delabantur tamen ante iudicium tractanda videantur, paulum ea separo a iudiciis tempore magis agendi quam dissimilitudine generis. Nam omnia quae de iure civili aut de aequo et bono disceptantur cadunt in eam formam in qua quale quid sit ambigitur, de qua dicturi sumus; quae in aequitate et iure maxime consistit.

La tesi di fondo è quella della necessità, per l'oratore, di conoscere a fondo il diritto (*'cuius scientia neglecta ab oratoribus plerisque nobis ad dicendum necessaria videtur'*)⁵⁶: per questo, Cicerone precisa che si tratta di un genere unico – quello giudiziario⁵⁷ –, basato sul diritto civile nelle sue varie declinazioni. Qui lo sguardo si restringe sul momento del *'constituere actionem'*, per evidenziarne l'appartenenza al medesimo *genus* e precisare quindi che la distinzione rispetto al processo è dovuta solo a ragioni di collocazione temporale, non di sostanza (*'paulum ea separo a iudiciis tempore magis agendi quam dissimilitudine generis'*). Nella chiusa – che riconduce la *translatio* nell'alveo dello *status qualitatis*⁵⁸ – va segnalato il riferimento incidentale ai luoghi ove cercare argomenti a sostegno della propria posizione: lo *ius civile* e l'*aequum et bonum*⁵⁹.

Quest'ultima *pars iuris*⁶⁰, in particolare, può offrire elementi di riflessione interessanti circa la concreta dinamica di funzionamento della *translatio*. Seguendone il filo, risaliamo indietro, fino alla giovinezza di Cicerone, epoca alla quale appartiene un'opera che egli probabilmente conobbe⁶¹, ossia la *Rhetorica ad Herennium*:

rbet. Her. 2.12.18: Quaeritur in translationibus primum, num aliquis eius rei actionem, petitionem aut persecutionem habeat, num alio tempore, num alia lege, num alio quaerente. Haec legibus et moribus, aequo et bono reperientur; de quibus dicetur in iuridic<i>ali absoluta.

⁵⁶) Una convinzione espressa da Cicerone anche altrove: cfr., ad esempio, Cic., *or. 120*: *'ius civile teneat, quo egent causae forenses cotidie'*.

⁵⁷) Cfr. Cic., *part. or. 98*: *'Cognovi iam laudationis et suasionis locos: nunc quae iudiciis accommodata sint exspecto, idque nobis genus restare unum puto'*. Gli altri due generi sono, come noto, l'epidittico e il deliberativo.

⁵⁸) Cfr. *supra*, nt. 55.

⁵⁹) Elementi sui quali Cicerone si sofferma in dettaglio in seguito: Cic., *part. or. 129 ss.*

⁶⁰) Cfr. *rbet. Her. 2.13.19*: *'De eo causa posita dicere poterimus, si, ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, indicato, aequo et bono, pacto'*.

⁶¹) L'affermazione, presa in sé, è imprecisa. Il riferimento è, chiaramente, al *de inventione* di Cicerone e al problema dei rapporti tra quest'opera e la *Rhetorica ad Herennium*, problema che sembra ora doversi risolvere nel senso dell'esistenza di una fonte comune, che avrebbe fatto da matrice ad entrambe: cfr. CALBOLI, *Cornifici. Rhetorica*, cit., p. 25 ss., e MANZONI, *Cicerone. Opere*, cit., p. 29 ss.

L'autore sta passando in rassegna le parti dello *status* legale⁶², una delle quali è, appunto, la *translatio*. In essa va ricercato – si tratta di esempi – se vi sia qualcuno che abbia titolo per agire rispetto a una certa situazione⁶³, se sia diversa la scadenza, se sia diverso il giudice. Il primo esempio è abbastanza specifico: il trinomio *actio, petitio, persecutio* – oltre a denotare conoscenza diretta della terminologia giusprocessualistica⁶⁴ – colloca il discorso nella sfera della rappresentanza procuratoria: l'eccezione declinatoria, evidentemente, va a colpire la legittimazione del *procurator* a stare in giudizio⁶⁵.

Quanto ai luoghi ove individuare argomenti a sostegno delle diverse eccezioni, l'ultima frase li indica in '*leges*', '*mores*', '*bonum et aequum*', rinviando per una discussione di dettaglio alla successiva trattazione sulla *constitutio iuridicialis absoluta*⁶⁶, dove ne leggiamo una definizione. Mi limito a riportare quella relativa alla *pars iuris* di nostro interesse.

rhet. Her. 2.13.20: Ex aequo et bono ius constat, quod ad veritatem <et utilitatem> commune videtur pertinere, quod genus, ut maioris annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det. Ex eo vel novum ius constitui convenit ex tempore et ex hominis dignitate.

Il passo è stato commentato da Voci, con parole di tale chiarezza che ritengo opportuno riportarle testualmente: «Il diritto che è sostanziato di equità tiene conto della verità e dell'utilità comune. Riguardo per la *veritas* è riguardo per una situazione *wie eigentlich gewesen*: non per quel mondo fittizio che appare, per esempio, dai *verba* presi nel loro significato esteriore o intesi secondo schemi interpretativi precostituiti»⁶⁷. L'esempio è tratto dalla sfera della rappresentanza: la concessione della *datio cognitoris* a colui che abbia più di sessant'anni o sia affetto da infermità è fondata sull'*aequum et bonum*. Dal quale, infine, può derivare anche⁶⁸ l'opportunità di un *novum ius* per ragioni legate alle circostanze (*tempus*) o agli onori (*dignitas*) conseguiti⁶⁹.

⁶² *Rhet. Her.* 2.8.12: '*Nunc ad legitimae constitutionis partes transeamus*'.

⁶³ CANCELLI, *Cicerone. La retorica*, cit., p. 349 nt. 25.

⁶⁴ Cfr. l'approfondita indagine di F. CASAVOLA, *Actio petitio persecutio*, Napoli, 1965. Un sintesi della problematica è altresì in CALBOLI, *Cornifici. Rhetorica*, cit., p. 235 nt. 21, e in CANCELLI, *Cicerone. La retorica*, cit., p. 349 nt. 25.

⁶⁵ CASAVOLA, *Actio*, cit., p. 88, ha evidenziato come il trinomio sia «un punto di confluenza di sistemi e concezioni diverse», con riferimento ad una disciplina che riguardava il *procurator*.

⁶⁶ *Rhet. Her.* 2.13.19 ss.

⁶⁷ P. VOICI, «*Ars boni et aequi*», in «*Index*», XXVII, 1999, p. 6.

⁶⁸ Così va inteso '*vel*', sempre secondo VOICI, *op. ult. cit.*, p. 7.

⁶⁹ Su questi due elementi, cfr. VOICI, *op. ult. cit.*, p. 7 e 20 nt. 60-61.

Seguire le vie dell'*aequum et bonum* condurrebbe molto lontano, lungo percorsi affascinanti e complessi che è oggi anche difficile sintetizzare, stante la vastità delle ricerche ad esso dedicate⁷⁰. Ma, soprattutto, ci allontanerebbe dall'obbiettivo del presente lavoro, rispetto al quale l'interesse per quel tema e le fonti che ne parlano è, per così dire, tangenziale. Possiamo invece limitarci a trarne alcune indicazioni utili su ciò che più direttamente ci occupa.

Sintetizzando i dati emersi dalle fonti discusse nel presente paragrafo e focalizzando l'attenzione sulla *constitutio translativa*, si profila un quadro di come potesse svolgersi materialmente la fase *in iure*: una discussione (significativo l'impiego del verbo '*disceptare*' da parte di Cicerone⁷¹) tanto sulla *conceptio verborum* della formula quanto su questioni preliminari, in un alternarsi di eccezioni e obiezioni, sostenute da argomenti tratti dal diritto. Il filo dell'*aequum et bonum* – scelto tra altri possibili, ma, come si vedrà a breve, non a caso – ci ha consentito di recuperare alcuni esempi, come quello della *datio cognitoris* concessa per ragioni di età o salute, ma anche di tempo o *dignitas*.

Di questa dinamica abbiamo un esempio concreto:

Cic., *inv.* 2.20.59-61: Exemplum autem translationis in causa positum nobis sit huiusmodi: cum ad vim faciendam quidam armati venissent, armati contra praesto fuerunt et cuidam equiti Romano quidam ex armatis resistenti gladio manum

⁷⁰ Il tema del *bonum et aequum* – e, inevitabilmente, della definizione celsina dello *ius* come *ars boni et aequi* (D. 1.1.1.pr.-1 [Ulp. 1 *inst.*]) – per quanto centrale negli studi sul diritto romano, non è qui di diretta e stretta rilevanza, così che una panoramica della dottrina risulterebbe esorbitante. Mi limito, pertanto, a una bibliografia essenziale: H. HAUSMANINGER, *Publius Inventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation*, in «ANRW.», II.15, 1976, p. 382 ss. (sul quale M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in «BIDR.», LXXX, 1977, p. 257 ss.), P. CERAMI, *La concezione celsina del 'ius'*, in «AUPA.», XXXVIII, 1985, p. 7 ss., F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in «SDHI.», LIII, 1987, p. 7 ss., A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵, Napoli, 1990, p. 16 ss. e 45 ss., A. MANTELLO, *Il sogno, la parola, il diritto. Appunti sulle concezioni giuridiche di Paolo*, in «BIDR.», XCIV-XCV, 1991-1992, p. 392 ss. (si veda anche ID., *Un'etica per il giurista? Profili d'interpretazione giurisprudenziale nel primo Principato*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini» – cur. D. Mantovani –, Torino, 1996, spec. 165 ss.), e A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*², Torino, 2017, p. 290 ss. (ove uno specifico riferimento al passo della *Rhetorica ad Herennium*).

⁷¹ Cfr. A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 2001, s.v. '*capio*', p. 96: '*discepto*' è un composto di '*capio*', iterativo di '*capio*', e significa «chercher à prendre en écartant», presque uniquement employé avec des sens dérivés dans la langue juridique (= *diindicare*), '*décider de*', '*débattre*'. Celebre un altro testo ciceroniano nel quale il verbo segnala la modalità di risoluzione delle controversie pacifica, in opposizione a quella violenta: Cic., *off.* 1.11.34 ('*Nam cum sint duo genera decertandi, unum per disceptationem, alterum per vim, cumque illud proprium sit hominis, hoc beluarum, confugiendum est ad posterius, si uti non licet superiore*'), sul quale cfr. A. CALORE, *Forme giuridiche del bellum iustum*, Milano, 2003, p. 128 ss.

praecidit. Agit is, cui manus praecisa est, iniuriarum. Postulat is, quicum agitur, a praetore exceptionem: EXTRA QUAM IN REUM CAPITIS PRAEIUDICIUM FIAT. [60] Hic is, qui agit, iudicium purum postulat; ille, quicum agitur, exceptionem addi ait oportere. Quaestio est: excipiendum sit an non. Ratio: «Non enim oportet in recuperatorio iudicio eius maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praeiudicium fieri». Infirmatio rationis: «Eiusmodi sunt iniuriae, ut de iis indignum sit non primo quoque tempore iudicari». Iudicatio: atrocitas iniuriarum satisne causae sit, quare, dum de ea iudicatur, de aliquo maiore maleficio, de quo iudicium comparatum sit, praeiudicetur? Atque exemplum quidem hoc est. In omni autem causa ab utroque quaeri oportebit, a quo et per quos et quo modo et quo tempore aut agi aut iudicari aut quid statui de ea re conveniat. [61] Id ex partibus iuris, de quibus post dicendum est, sumi oportebit et ratiocinari, quid in similibus rebus fieri soleat, et videre, utrum malitia [quid] aliud agatur, aliud simuletur, an stultitia, an necessitudine, quod alio modo agere non possit, an occasione agendi sic sit iudicium aut actio constituta, an recte sine ulla re eiusmodi res agatur. Locus autem communis contra eum, qui translationem inducet: fugere iudicium ac poenam, quia causae diffidat. A translatione autem: omnium fore perturbationem, si non ita res agantur et in iudicium veniant, quo pacto oporteat; hoc est, si aut cum eo agatur, quocum non oporteat, aut alia poena, alio crimine, alio tempore; atque hanc rationem ad perturbationem iudiciorum omnium pertinere.

Cicerone riferisce, quale esempio di *translatio*, una discussione in merito alla concessione o meno, da parte del pretore, di una *exceptio* da inserire nella formula dell'*actio iniuriarum*, avente ad oggetto un *praeiudicium*. In uno scontro armato, un cavaliere romano ha riportato l'amputazione di una mano. Egli intende agire con *actio iniuriarum*, nella quale il convenuto chiede di inserire l'*exceptio* 'extra quam in reum capituli praeiudicium fiat', onde evitare che, in un eventuale processo penale per il medesimo fatto⁷², l'esito del processo civile potesse condizionare l'accertamento del delitto. La questione giuridico-processuale di natura privatistica presenta aspetti delicati che qui non interessano direttamente, per i quali possiamo senz'altro rinviare alla dottrina che se ne è interessata in modo approfondito⁷³.

⁷² Si sarebbe trattato di una *quaestio de sicariis*: cfr. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., p. 130; altri dettagli in MANTOVANI, *Praetoris*, cit., p. 119 e nt. 193.

⁷³ Il passo ha un ruolo centrale nella riflessione, cui si è accennato (cfr. *supra*, § 2), sul rapporto tra *exceptio* e *praescriptio pro reo*. Punti di riferimento in tema sono i lavori di WLASSAK, *Der Ursprung*, cit., p. 238 ss., e ID., *Praescriptio*, cit., p. 142 ss., intorno ai quali è fiorita una ricca discussione, il cui perimetro può essere ricostruito attraverso R. FIORI, *Ea res agatur*, Milano, 2003, p. 20 ss.; cfr. L. PELLECCHI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003, p. 121 s. nt. 52, e M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino, 2008, p. 40 ss. Sul *praeiudicium* in particolare, mi limito a rinviare, anche per un ragguglio sullo stato della dottrina, ai lavori di MIGLIETTA, *Servus*, cit., p. 141 ss.

Interessa, invece, l'articolarsi della discussione. A sostegno dell'istanza di inserimento dell'*exceptio* la difesa del convenuto argomenta non doversi procedere con un giudizio civile prima di quello penale (*Non enim oportet in recuperatorio iudicio eius maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praeiudicium fieri*). La difesa attorea, per converso, obietta che la gravità dei danni sia tale non potersi attendere oltre (*Eiusmodi sunt iniuriae, ut de iis indignum sit non primo quoque tempore indicari*). Il punto della controversia – sottolinea Cicerone – è valutare se la gravità dei danni fosse sufficiente a dare corso a un processo civile, mentre, per quegli stessi fatti, fosse pendente (o fosse possibile intentare) un processo criminale; oppure non si dovesse sospendere⁷⁴ il primo fino alla conclusione del secondo⁷⁵.

In ogni causa, conclude Cicerone, sarà necessario chiedersi da entrambe le parti (*ab utroque*) da chi, con chi, in quale tempo e modo si agisca o si giudichi, o cosa sia previsto in merito alla controversia (*de ea re*). E gli argomenti per riflettere sui molti profili coinvolti andranno tratti dal diritto (*Id est partibus iuris ... res agatur*). Infine, l'indicazione di alcuni *loci communes* contro e a favore di chi proponga l'eccezione declinatoria.

Quanto all'esempio dedotto da Cicerone, si scontrano evidentemente due principii entrambi meritevoli di tutela⁷⁶, al punto che era possibile che «nel singolo processo, la disciplina del giudizio civile connesso a giudizio capitale dipendesse dall'apprezzamento del pretore, che poteva dare peso a quelle particolarità differenziali del caso, che dal punto di vista deduttivo,

e MANTOVANI, *Praetoris*, cit., p. 111 ss.; per i profili connessi all'elaborazione della nozione di dolo (cui è correlato il passaggio *aliud agatur, aliud simuletur*) si è occupato della fonte anche BRUTTI, *La problematica*, cit., I, p. 135 ss.

⁷⁴ Sul valore della «sospensione» cfr., con posizioni diverse, MIGLIETTA, *Servus*, cit., p. 168, e MANTOVANI, *Praetoris*, cit., p. 124.

⁷⁵ Questo, in estrema sintesi, il senso e il fine della *exceptio* del cui inserimento si dibatteva: cfr. MANTOVANI, *Praetoris*, cit., p. 123 s., il quale (p. 121 nt. 196), esplicita l'interpretazione del passaggio *de aliquo maiore maleficio ... praeiudicetur*, traducendo «si giudichi anticipatamente di un più grave maleficio». Lievemente diversa, ma non nel significato di fondo, la traduzione di FIORI, *Ea res*, cit., p. 23: «a condizione che il giudizio non coinvolga valutazioni circa l'irrogazione di una *poena capitis*».

⁷⁶ M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in «AUPA», XXIV, 1955, p. 264 s., definisce situazioni come la presente fondate sul «timore di un pregiudizio di mero fatto», giudicando inverosimile che «la sentenza del *iudex unus* vincolasse in qualche modo il giudice criminale». Anche F. DE MARINI AVONZO, *Coesistenza e connessione tra «iudicium publicum» e «iudicium privatum»*. *Ricerche sul tardo diritto classico*, in «BIDR.», XVIII-XIX, 1956, p. 135, osserva che la discussione non verte sulla concessione dell'*exceptio*, ma sulla possibilità di postularla, deducendone che «l'idea pregiudiziale era molto imprecisa e che non esisteva un criterio tecnicamente certo e delimitato, in base al quale attuare la precedenza del processo capitale». Cfr., da ultimo, MANTOVANI, *Praetoris*, cit., p. 118 nt. 192, p. 121 e nt. 197, p. 124 nt. 205 e p. 128 ss.

potrebbero invece risultare irrilevanti»⁷⁷. Ed è in questo spazio di libertà valutativa che le parti possono muoversi – secondo lo statuto della *translatio* – per «spostare» a proprio vantaggio la decisione del pretore. Significativo, ai nostri fini, il rilievo conclusivo di Mantovani circa il fatto che, in quello spazio, si poteva forse aspirare a fare pesare l'*atrocitas* delle *iniuriae* anche in ragione della *dignitas* del danneggiato, che era un cavaliere romano⁷⁸. La notazione è interessante perché ci riporta al piano delle valutazioni tratte *ex aequo et bono*, nell'ambito del quale, come abbiamo visto, è possibile attribuire un peso, ad esempio, alla *dignitas*. Lo stesso, d'altro canto, potrebbe dirsi per l'invito a giudicare quanto prima, sempre contenuto nella *infirmitio* dell'attore («... *ut de iis indignum sit non primo quoque tempore iudicari*»); anche il *tempus*, si è visto, può offrire argomenti rilevanti in punto di equità⁷⁹.

Non intendo tuttavia andare oltre, lungo questa via, perché scopo dell'indagine non è indagare i rapporti tra il *De inventione* e la *Rhetorica ad Herennium* o le modalità valutative del pretore più di quanto non fosse indagare l'*aequum et bonum*: cioè solo entro i limiti della riflessione su *constitutio translativa* e *translatio iudicii*. Alla quale ultima, ora, è bene dedicarsi.

6. *Translatio iudicii*

Non si tratta, in questa sede, di affrontare il tema della *translatio iudicii* quale strumento del processo formulare⁸⁰, quanto piuttosto di considerare alcune fonti della letteratura giuridica attinenti ad essa per comprendere se sia condivisibile la posizione di coloro che la considerano del tutto priva di connes-

⁷⁷) MANTOVANI, *Praetoris*, cit., p. 134.

⁷⁸) MANTOVANI, *Praetoris*, cit., p. 135, con riferimento all'aggettivo '*indignum*' inserito nell'*infirmitio rationis* dell'attore, non senza precisare, tuttavia (nt. 229), che si tratta di una possibilità, posto che l'aggettivo non ha necessariamente «connotazioni qualitative». Mi pare tuttavia significativo – nel senso ipotizzato da Mantovani – che MARRONE, *L'efficacia*, cit., p. 265, individui la rilevanza di quelli che egli chiama «pregiudizi di fatto» (cfr. *supra*, nt. 76), ad esempio, in situazioni «che avrebbero potuto influire sulla onorabilità della persona».

⁷⁹) In proposito, rappresenta una interessante coincidenza la compresenza di riferimenti sia al *tempus* che alla *dignitas* nel passo di Cicerone: gli stessi due elementi indicati in *rhet. Her.* 2.13.20, poc'anzi esaminato, come cause di *novum ius*.

⁸⁰) Sulla *translatio iudicii*, fondamentali EISELE, *Translatio*, cit., p. 138 ss., KOSCHAKER, *Translatio*, cit., p. 1 ss., J. DUQUESNE, *La translatio iudicii dans la procédure civile romaine*, Paris, 1910, p. 1 ss., F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano. I. Translatio iudicii*, Napoli, 1956, p. 1ss., G. BROGGINI, *A propos de mutatio iudicis et de translatio iudicii*, in «TR.», XXVII, 1959, p. 313 ss., e ERXLEBEN, *Translatio*, cit.; ulteriore bibliografia in TURELLI, *Transferre*, cit., al quale rinvierò, in seguito, per gli inquadramenti del caso.

sioni con la *translatio* retorica. I testi, non numerosi, ma – ai fini del presente lavoro – nemmeno pochi, sono stati soprattutto studiati come frammenti dell'esperienza giuridica romana, indagandoli per coglierli, tra le altre cose, informazioni che consentissero la ricostruzione di una figura giuridica, nella specie di uno strumento pretorio⁸¹.

Mi pare però che qui alcuni di essi – mi limiterò a pochi esempi – possano essere letti altresì come testimonianze di dinamiche molto pratiche, molto concrete – sia pur senza dimenticare che si tratta di testi elaborati da giuristi e destinati a opere giuridiche, non di cronache giudiziarie, per così dire. Mi propongo pertanto volontariamente di assumere una prospettiva extragiuridica, nel senso di non ricercare il dato normativo, tecnico-processuale, ma di provare a cogliere quale dinamica materiale si celi dietro la rielaborazione tecnica e disciplinare del giurista. Leggere le fonti, per così dire, cercandovi quel che esse testimoniano circa il concreto operare degli schemi giuridici nella vita quotidiana.

Nello specifico, gli esempi scelti consentono di operare un confronto con i testi relativi alla *translatio* retorica, in particolare rispetto alla dinamica della *contentio de constituendo iudicio* e agli elementi argomentativi che la possono animare.

Si consideri questo frammento del commentario di Ulpiano all'editto, nel quale la riflessione verte su alcuni profili di quella che viene usualmente chiamata *translatio iudicii cognitoria*⁸²:

D. 3.3.25 (Ulp. 9 *ad ed.*): Quae omnia non solum ex parte rei, sed etiam in persona actoris observabuntur. Sed si adversarius vel ipse [procurator] <cognitor>⁸³ dicat dominum mentiri, apud praetorem haec finiri oportet. Nec ferendus est [procurator] <cognitor> qui sibi adserit [procuracionem] <cognituram>: nam hoc ipso suspectus est qui operam suam ingerit invito. Nisi forte purgare magis convicium quam [procuracionem] <cognituram> exsequi maluit. Et hactenus erit audiendus, si dicat se [procuracionem] <cognitura> quidem carere velle, sed si id inlaesa existimatione sua fiat: ceterum ferendus erit pudorem suum purgans. Plane si dicat in rem suam se [procuratorem] <cognitorem> datum et hoc probaverit, non debet carere propria lite. Item si retentione aliqua [procurator] <cognitor> uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda⁸⁴.

Ordinariamente si legge il passo dal punto di vista del processo civile romano,

⁸¹) Cfr. TURELLI, *Transfere*, cit., specie p. 115 ss.

⁸²) Cenni di inquadramento in TURELLI, *Transfere*, cit., p. 23 ss.

⁸³) Per la natura interpolatoria del riferimento al '*procurator*', sostituito a '*cognitor*', cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, II, c. 450 nt. 4 e 7 e c. 451 nt. 1-4.

⁸⁴) Il passo è troncato perché i Compilatori lo hanno completato col frammento di D. 3.3.26 (Paul. 8 *ad ed.*): '*nisi dominus ei solvere paratus sit*'.

ponendo mente alla *translatio iudicii* quale strumento del pretore. E ci si interroga su natura e dimensioni della *causae cognitio* espletata dal pretore, o sulla legittimazione a richiedere la sostituzione⁸⁵. Dopo avere segnalato che le regole descritte dal giurista con riferimento al convenuto valgono anche dal lato attoreo, il giurista considera la posizione del *cognitor* e, in particolare, una serie di situazioni nelle quali questi può contrapporsi all'istanza sostitutiva avanzata dal *dominus litis*: quando quest'ultimo menta e/o quando sia in gioco l'onorabilità del *cognitor* è necessario portare le questioni innanzi al pretore, perché le definisca in sede di *causae cognitio*⁸⁶. Così come nel caso in cui il *cognitor* intenda fare presente che l'incarico in realtà è *in rem suam* (e dunque non può esserne privato) o che ha sostenuto delle spese non ancora rimborsate (nel qual caso '*non facile ab eo lis transferenda*'). Al pretore spetterà anche di valutare la serietà e l'affidabilità ('*suspectus*') del *cognitor*, affinché questi non accampi il timore del disonore per perseguire interessi personali o imporre la propria presenza.

Non è facile recuperare la vividezza del quotidiano nel passo di Ulpiano. Si tratta con evidenza di un commento edittale che punta a fare chiarezza sui possibili temi di discussione in sede di istanza di revoca o traslazione del *cognitor*. Tuttavia, pur con una comprensibile tendenza alla sintesi e all'esemplificazione, il tono appare meno sistematizzante di quanto potrebbe essere: le situazioni cui si accenna, nell'alternarsi delle opposte posizioni tra *dominus litis* e *cognitor*, sembrano quasi restituire la matrice di un dibattito che – presumibilmente e verosimilmente – si sarà svolto a colpi di eccezioni (potremmo dire: nella forma di «eccezioni declinatorie» di merito, non certamente tecnico-processuali) e obiezioni, argomentazioni e controargomentazioni, alla luce delle quali il pretore avrà poi assunto una decisione.

D'altro canto, la terminologia impiegata – in particolare i verbi '*audio*'⁸⁷, '*probo*'⁸⁸, '*finio*'⁸⁹ –, che certo appartiene al lessico tecnico-giuridico del pro-

⁸⁵ Cfr. TURELLI, *Transfere*, cit., p.42 ss.

⁸⁶ Sulla *causae cognitio*, per un inquadramento, cfr. M. WLASSAK, *Cognitio*, in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», IV, Stuttgart, 1900, c. 206 ss., H. LÉVY-BRUHL, *La causae cognitio sous la procédure formulaire*, in «TR.», V, 1924, p. 383 ss., LEMOSSE, *Cognitio*, cit., *passim*, G. PUGLIESE, *Cognitio*, in «NNDI.», III, Torino, 1959, p. 430 ss., R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960, *passim*, G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965 (rist. 2004), p. 51 ss., e Y. THOMAS, *Causa: sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, Paris, 1976, p. 391 ss.

⁸⁷ '*Audio*' designa certamente l'attività tecnica del giudicante, consistente nel dare udienza alle parti e valutare quanto raccolto (cfr. H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena, 1926, sv. '*audire*', p. 44), ma appartiene altresì al lessico dell'oratoria giudiziaria: cfr. «Oxford Latin Dictionary», cit., sv. '*audio*' (n. 7), p. 208 s.

⁸⁸ Come già per il verbo '*audio*', anche '*probo*' copre sia l'ambito giusprocessualistico (cfr. HEUMANN, SECKEL, *Handlexikon*, cit., sv. '*probare*' [n. 2], p. 461), sia quello retorico

cesso è, nondimeno, la stessa che descrive e definisce il dibattito come spazio retorico. Il giurista, nel commentare l'editto, si ferma a ciò che gli è utile, ma quando scrive che il *cognitor* 'erit audiendus' o che 'probaverit' l'esistenza di una *cognitura in rem suam*, o ancora che al pretore 'haec finiri oportet', non è difficile per noi cogliere dietro le espressioni tecnico-giuridiche il riverbero di una discussione vivace e animata nella quale i diversi soggetti coinvolti si saranno adoperati per addurre elementi a sostegno delle proprie ragioni e contro quelle altrui – mentre il pretore avrà cercato di cogliere quanto gli fosse d'aiuto per «definire» la questione. Una questione tecnicamente e sostanzialmente estranea al merito della vicenda processuale, che resta sullo sfondo. Nel complesso, siamo di fronte, almeno nel caso di specie, a una discussione che mi pare difficile ricondurre univocamente a una finalità di prosecuzione del processo⁹⁰, che comunque non rischiava l'interruzione: semmai, e più precisamente, di essere proseguito secondo modalità preferibili per il *dominus litis*.

Al centro, le *causae translationis*, le ragioni che, di volta in volta, venivano sollevate per sostenere o respingere una determinata istanza sostitutiva. Mi limito a evocare quelle già incontrate, così da riuscire a riannodare le fila del discorso: *dignitas*, salute, età, *tempus*.

Quanto alla prima ipotesi, è contemplata come *causa di translatio iudicii* solo *de relato*: Ulpiano, nell'elencare i motivi dai quali può scaturire la sostituzione o la revoca di un *cognitor*, rinvia a un passo precedente del proprio commento, in materia di *cognitor ad litem suscipiendam datus*⁹¹. L'elenco delle ipotesi ivi contenute – e riguardanti i casi in cui il pretore avrebbe imposto al *cognitor* di *suscipere litem* – va dunque ritenuto valido anche ai fini della concessione della *translatio iudicii*. Tra di esse figura l'*accessio dignitatis*:

D. 3.3.8.3 (Ulp. 8 *ad ed.*): (...) Ut puta inimicitiae capitales intervenerunt inter ipsum [procuratorem] <cognitorem> et dominum: scribit Iulianus debere in

co (cfr. «Oxford Latin Dictionary», cit., sv. 'probo' [n. 7], p. 1465).

⁸⁹) Sul verbo *finio* – qui impiegato nel senso di «decidere»: cfr. «VIR.», II, Berlin, 1933, sv. 'finio' (lett. C), c. 891; HEUMANN, SECKEL, *Handlexikon*, cit., sv. 'finio' (n. 2.c), p. 216 – va rilevata l'originaria appartenenza al lessico agrimensorio (la fissazione dei *fines*: cfr. ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*, cit., sv. 'finis', p. 236 s.) dal quale si è distaccato, assumendo in senso traslato anche il significato di «delimitare» nel senso di «definire» e «decidere» una controversia, passando attraverso la retorica: cfr. «Oxford Latin Dictionary», cit., s.v. 'finio' (n. 6), p. 703.

⁹⁰) Questo, come segnalato *supra*, nt. 30, il criterio che ERXLBEN, *Translatio*, cit., p. 2 e nt. 10, fissa come differenziale fra *translatio iudicii* e *translatio* retorica.

⁹¹) D. 3.3.17.2 (Ulp. 9 *ad ed.*): 'In causae autem cognitione non solum haec versantur, quae supra diximus in [procuratore] <cognitore> non compellendo suscipere iudicium ...?'

[procuratorem] <[cognitorem] denegari actionem. Item si dignitas accesserit [procuratori] <cognitori>: vel rei publicae causa afuturus sit.

Quanto alle altre *causae* elencate, sono espressamente contemplate con riferimento alla *translatio iudicii* o alla *mutatio iudicis*⁹²:

D. 3.3.17.2 (Ulp. 9 *ad ed.*): In causae autem cognitione non solum haec versantur (...), verum et aetas,

D. 3.3.20 (Paul. 8 *ad ed.*): [Si] vel iudicio publico privatove vel valetudine vel maiore re sua dstringatur [*sc.* cognitor]

D. 5.1.46 (Paul. 2 *quaest.*): Iudex datus in eodem officio permanet, licet furere coeperit, quia recte ab initio iudex addictus est: sed iudicandi necessitatem morbus soticus remittit. Ergo mutari debet.

D. 5.1.18 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): Si longius spatium intercessurum erit, quo minus iudex datus operam possit dare, mutari eum iubet praetor: hoc est si forte occupatio aliqua iudicem non patiat operam iudicio dare, incidente infirmitate vel necessaria profectioe vel rei suae familiaris periculo.

Senza soffermarsi sull'esegesi dei passi⁹³, è qui sufficiente rilevare che elencano una serie di situazioni che, deliberate in sede di *causae cognitio*, possono condurre ad accogliere la richiesta di *transferre iudicium*, ora per la sostituzione di una parte, ora del giudice: nel primo l'età, negli altri la malattia, cui si aggiunge, nell'ultimo, l'eccessivo decorso del tempo.

E per tutti questi casi, come per quelli direttamente riferiti alla *translatio iudicii* in altri testi, l'indicazione tendenziale è che le *causae* non siano da accogliere o rigettare rigidamente, ma vadano soppesate in sede di *causae cognitio*, dunque in seno al singolo processo, dal pretore:

D. 3.3.13 (Ulp. 8 *ad ed.*): Sed haec neque passim admittenda sunt neque dstricte deneganda, sed a praetore causa cognita temperanda.

A questo punto, penso sia il momento di riordinare le cose dette, recuperando il filo logico del discorso.

Dire che tra le *causae* della *translatio iudicii* figurano la *dignitas*, l'età, la malattia e il *tempus*, non comporta nulla, in termini di deducibilità immediata e diretta, rispetto al tema della *constitutio translativa*. Ma, soprattutto, le situa-

⁹²) Che della prima altro non è, almeno a mio avviso, che una diversa manifestazione: cfr. TURELLI, *Transferre*, cit., specie p. 151 ss.

⁹³) Per la quale rinvio a TURELLI, *Transferre*, cit., rispettivamente, p. 39, 34, 40, 140 e 147 ss.

zioni alle quali viene attribuita rilevanza ai fini della concessione della *translatio iudicii* non compaiono espressamente come *causae* rilevanti nella *constitutio translativa*. Esse, si ricordi, sono emerse da una fonte relativa all'*aequum et bonum*: sono ipotesi riconducibili a questa specifica *pars iuris*.

Ed è dunque a un secondo livello che acquistano interesse per noi, perché l'*aequum et bonum* è uno dei luoghi da cui (anche) la *constitutio translativa* può attingere argomenti. Ma che questi argomenti possano fondarsi su situazioni come quelle testé viste a proposito della *translatio iudicii* lo conferma – oserei dire: conclusivamente – l'esempio ciceroniano sul cavaliere mutilato che intenta l'*actio iniuriarum* cui il convenuto oppone la richiesta di una *exceptio*: che gli argomenti contrari e a sostegno ruotino intorno a *causae* specifiche come il tempo e la *dignitas*, se non è certo oltre ogni dubbio, appare comunque fondato su elementi testuali non marginali, emergenti dall'*infirmatio rationis* della difesa attorea.

Tutto questo, per essere chiari, non prova inequivocabilmente la corrispondenza tra *constitutio translativa* e *translatio iudicii*. Ne suggerisce, tuttavia, una matrice comune, sotto il profilo della «meccanica» di funzionamento. Strumenti rispondenti a finalità pratiche diverse – argomentative l'uno, tecnico-processuali l'altro –, ma retti, a un livello superiore – di struttura concettuale – da uno scopo identico: far penetrare esigenze equitative all'interno della dinamica rigida del processo o, se si preferisce, perseguire soluzioni di giustizia materiale⁹⁴, che tengano conto di esigenze pratiche, sociali, etiche, politiche, religiose e via dicendo – riproponendo la dinamica tipica della *causae cognitio* pretoria⁹⁵.

7. La «meccanica dello spostamento».

In sede di conclusioni, dobbiamo distinguere tra elementi acquisiti e proposte ricostruttive, che hanno natura congetturale. Gli elementi accertati sono tre.

Un primo elemento riguarda la dottrina: la convinzione, tralatiziamente tramandata, che non vi sia contatto alcuno tra la *translatio iudicii* e quella retorica è tutt'altro che solida e indiscutibile. Anzi, tra coloro che in qualche misura si sono direttamente interessati al tema, le posizioni appaiono sfumate e nient'affatto granitiche.

Un secondo elemento, strettamente connesso al primo, attiene al fatto

⁹⁴) Riprendo l'espressione da MANTOVANI, *Praetoris*, cit., p. 111.

⁹⁵) Sottolinea efficacemente LEMOSSE, *Cognitio*, cit., p. 186 nt. 2, a proposito dell'espressione '*causa cognita*', che essa «peut signifier 'd'après les circonstances particulières de l'affaire'».

che la predetta convinzione è, in ogni caso, congetturale, ma soprattutto dedotta per via logica da elementi di struttura – talora caratterizzanti, ma non necessariamente sostanziali – degli schemi «traslativi» (ora quello retorico, ora quello processuale): la collocazione nel procedimento, la finalità perseguita, la diversa tipologia delle ipotesi applicative.

Il terzo dato riguarda l'ampio spazio di impiego lessicale della nozione di *translatio*: abbiamo ricordato la versatilità del termine '*translatio*', adottato in ambiti diversi della retorica, al cui fondo, in ogni caso, non può non rilevarsi il filo comune di una dinamica «traslativa», «sostitutiva» o di «spostamento»: di significato (nella *translatio* semantica, che poi è la metafora), della responsabilità (nella *translatio criminis*), del processo (nella *constitutio translativa*, dove il nodo riguarda appunto lo «spostamento» del processo lontano dalla persona che solleva l'eccezione declinatoria). Si è visto che più che alla schiera dei *termini tecnici*, appartiene a quella degli strumenti concettuali, a designare una categoria stoica applicabile a contesti diversi⁹⁶. In questo modo, in effetti, sembra lo inquadrasse già Orestano, convinto che il concetto di *translatio* avesse un originario significato filosofico e le applicazioni nell'oratoria giudiziaria e da parte dei giuristi ne costituissero manifestazioni particolari⁹⁷.

E veniamo infine ai dati congetturali, ossia alla valutazione degli esiti cui ha condotto l'esame compiuto in questa sede. Alla nostra osservazione appaiono preminenti due impieghi. In primo luogo, *translatio* definisce uno *status causae* razionale – sia pure non senza dubbi tassonomici –, col quale si eccipisce un problema preliminare in sede processuale.

In secondo luogo, la *translatio* giusprocessualistica, per designare il rimedio pretorio concesso quando, conclusa la fase *in iure* e la *litis contestatio*, si presentino elementi di novità tali da pregiudicare la correttezza sostanziale del giudizio, nel caso in cui non si apportino alcune modifiche. Qui, la finalità non è distrattiva o declinatoria, ma la prosecuzione del procedimento, attraverso l'inserimento di un soggetto diverso da quello originariamente previsto, ora sul fronte delle parti, ora su quello del giudice. La domanda è se queste differenze siano tali da tracciare un solco talmente profondo tra le applicazioni retorica e processualistica della nozione di *translatio* al punto di concludere nel senso di una mera omonimia.

Ora, se si cerca nelle fonti discusse la «prova decisiva» di una corrispondenza tra *translatio* retorica e *translatio (iudicii)* che vada oltre l'omonimia,

⁹⁶) Cfr. *supra*, § 3.

⁹⁷) La forma dubitativa dipende dal fatto che Orestano si occupò del tema in una conferenza tenuta a Parigi nel 1963 (*La nozione romana di 'translatio'*), il cui testo è rimasto inedito: possediamo solo la brevissima sintesi di BRUTTI, *La problematica*, cit., I, p. 135 s. nt. 13.

non ritengo di potere affermare di averla trovata. Manca, soprattutto agli occhi dello studioso di diritto romano, quella corrispondenza piena, quanto più possibile lineare che consente di leggere, se non una trasposizione netta, almeno una simmetria altamente significativa.

Tuttavia, non era questo l'obiettivo dello studio. Abbiamo infatti preso le mosse proprio dal rilievo dell'omonimia tra figure operanti in settori diversi, riconducibili però entrambe alla sfera del processo. La ricerca ha poi ragionato sulle dinamiche della concreta operatività di ciascuna.

Ci è parso possibile, per tale via, evidenziare una simmetria tra il dibattito *de constituendo iudicio* che rappresenta il terreno d'elezione della *translatio* retorica e la discussione in sede di *transfere iudicium* (nella forma ora di *translatio iudicii*, ora di *mutatio iudicis*). La lettura di alcuni testi ha suggerito la presenza di una vivace dialettica, che doveva presumibilmente animare le istanze di dazione o revoca del *cognitor*, di spostamento del processo su un soggetto fino ad un certo momento non legittimato, di sostituzione del giudice.

In gioco, in ambedue i casi, ci sono elementi di funzionamento del processo connessi alla formula. Con la differenza che, da una parte, oggetto della discussione è la «costruzione» della formula; dall'altra, la modificazione di essa o del suo funzionamento, in un contesto mutato (o che si vuol mutare) rispetto a quello in essa sintetizzato e cristallizzato dalla *litis contestatio*⁹⁸. Con una semplificazione forse eccessiva, ma espressivamente efficace, potremmo dire che vi sono due dibattiti, uno *de constituendo iudicio* e uno *de constituto iudicio*, o, più correttamente, *post iudicium acceptum*, entrambi nel segno della logica «traslativa»: tutto ruota intorno alla «meccanica dello spostamento», quella stessa che ritroviamo al fondo di tutte le figure che la cultura romana ha ricondotto sotto la denominazione di *translatio*. Ciascuna forma, poi, si muove secondo peculiarità proprie e specifiche del contesto di dettaglio in cui opera⁹⁹. Da questo punto di vista, che l'una si collochi nella prima parte del processo, l'altra a procedimento avviato non può costituire elemento dirimente per negare qualsivoglia simmetria o, se si preferisce, assonanza; in specie quando si consideri che tale limite segnala la soglia stessa di esistenza del *transfere iudicium*, di cui si può discorrere, appunto, solo una volta avviata la fase *in iudicio*.

Messa in luce la matrice concettuale comune e restringendo il campo alle due figure che più hanno occupato la nostra riflessione, ritengo possibile

⁹⁸) Cfr. *supra*, § 2.

⁹⁹) In questo senso, non mi pare persuasiva l'argomentazione di SPERL, *Succession*, cit., p. 24 (già ricordata *supra*, nt. 19), secondo la quale la differenza profonda tra le due *translationes* risiederebbe nel fatto che la *translatio iudicii* presenta un'ampiezza di gran lunga superiore a quella retorica: che vi sia una matrice comune non implica, infatti, la possibilità di sviluppi, estensioni e percorsi autonomi di una o entrambe le figure.

formulare un'ulteriore raffronto, per così dire, di secondo livello. Sono convinto che tra *constitutio translativa* e *translatio iudicii* le correlazioni non abbiano il punto di arrivo nella «meccanica dello spostamento», ma quest'ultima sia invece l'elemento di base per operare un confronto secondo una prospettiva diversa da quelle sin qui proposte in dottrina. Non si può non cogliere allora un'interessante corrispondenza tra uno strumento retorico che consente di portare l'attenzione del processo su alcune *causae* – attribuendovi rilevanza con finalità difensiva – e uno strumento pretorio che consente di portare l'attenzione (nel corso di un procedimento già solidamente incardinato) su alcune *causae* – con lo scopo di proseguire il procedimento, ma soprattutto evitare alcune potenziali iniquità, o di evitarne un allungamento eccessivo dei tempi, o per gestire situazioni in vario modo afferenti alla legittimazione processuale (vuoi sopraggiunta, vuoi venuta meno dopo la *litis contestatio*). Tutte esigenze, in entrambi i casi, di natura pratica, di giustizia del caso concreto.

Trovo interessante, in proposito, la sintesi che Alessandro Giuliani propone delle riflessioni di Ermogene di Tarso (II secolo d.C.), cogliendo nelle parole del tardo retore greco uno sviluppo del pensiero ermagoreo che, svincolando la «μετάληψις dagli schemi scolastici e didattici», la ridefinisce come strumento di focalizzazione di «circostanze eccezionali che renderebbero iniqua l'applicazione della retorica in un caso particolare»¹⁰⁰. Una considerazione che, personalmente¹⁰¹, considero applicabile anche alla *translatio iudicii* e ritengo costituisca un possibile peculiare punto d'incontro tra le applicazioni retorica e giuridica della categoria concettuale della *translatio*.

¹⁰⁰) A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966, p. 111 e 113.

¹⁰¹) Cfr. TURELLI, *Transferre*, cit., specie p. 169 s.