

KOINΩNIA

41

2017

KOINΩNIA

Rivista dell'Associazione Internazionale di Studi Tardoantichi

Comitato scientifico:

Franco Amarelli (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Francesco Arcaria (Università degli Studi di Catania) – Bruno Bureau (Université de Lyon 3) – Jean-Michel Carrié (École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris) – Francesco Paolo Casavola (Università degli Studi di Napoli Federico II, Presidente emerito della Corte Costituzionale) – Donato Antonio Centola (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Fabrizio Conca (Università degli Studi di Milano) – Chiara Corbo (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Jean-Pierre Coriat (Université Panthéon-Assas Paris II) – Lellia Cracco Ruggini (Università degli Studi di Torino, Accademia dei Lincei) – Ugo Criscuolo (Università degli Studi di Napoli Federico II, *Direttore*) – Giovanni Cupaiuolo (Università degli Studi di Messina) – Lucio De Giovanni (Università degli Studi di Napoli Federico II, Presidente dell'Associazione Internazionale di Studi Tardoantichi, *Condirettore*) – Lietta De Salvo (Università degli Studi di Messina) – Emilio Germino (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) – Andrea Giardina (Scuola Normale Superiore di Pisa, Accademia dei Lincei) – Mario Lamagna (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Renzo Lambertini (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia) – Orazio Licandro (Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro) – Detlef Liebs (Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg i. Br.) – Juan Antonio López Férez (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid) – Arnaldo Marcone (Università degli Studi Roma Tre) – Giulio Massimilla (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Giuseppina Matino (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Daniela Milo (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Claudio Moreschini (Università degli Studi di Pisa) – Antonio V. Nazzaro (Università degli Studi di Napoli Federico II, Accademia dei Lincei) – Christian Nicolas (Université de Lyon 3) – Lidia Palumbo (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Laurent Pernot (Université de Strasbourg) – Stefano Pittaluga (Università degli Studi di Genova) – Giovanni Polara (Università degli Studi di Napoli Federico II, *Condirettore*) – Salvatore Puliatti (Università degli Studi di Parma) – Marcello Rotili (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) – Helmut Seng (Goethe Universität, Frankfurt am Main) – A. J. Boudewijn Sirks (University of Oxford) – Marisa Squillante (Università degli Studi di Napoli Federico II) – Luigi Tartaglia (Università degli Studi di Napoli L'Orientale) – Domenico Vera (Università degli Studi di Parma) – Nigel G. Wilson (University of Oxford).

Comitato editoriale: Maria Consiglia Alvino – Maria Vittoria Bramante – Valentina Caruso – Maria Carmen De Vita – Loredana Di Pinto – Alessio Guasco – Assunta Iovine – Giulia Marconi – Grazia Maria Masselli – Giovanna Daniela Merola – Valerio Minale – Cristiano Minuto – Giuseppe Nardiello – Giuseppina Maria Oliviero Niglio – Francesco Pelliccio – Antonella Prenner – Antonio Stefano Sembiente.

Referee. Prima della pubblicazione, tutti i saggi sono sottoposti a peer review obbligatoria da parte di due referee. Il referaggio è a doppio anonimato. Il giudizio del referee potrà essere a) positivo, b) positivo con indicazione di modifiche, c) negativo. In caso di due referaggi nettamente contrastanti, il testo verrà inviato ad un terzo referee.



ISTITUTO
BANCO
di NAPOLI
FONDAZIONE

ISSN 0393-2230

© 2017 SATURA EDITRICE S.R.L.

Via Giacinto Gigante, 204 - 80128 Napoli

tel. 081 5788625

sito web: www.saturaeditrice.it

e-mail: saturaeditrice@tin.it

Reg. Trib. Napoli n. 2595 del 22 ottobre 1975 - A. Tuccillo, Responsabile

Aspetti della procedura penale nel tardo impero romano

1. Alle caratteristiche del sistema processuale nella tarda antichità, con specifico riguardo al problema dell'iniziativa, è dedicato il libro di Stefano Giglio¹, di cui mi occupo in questa sede.

In particolare, il volume, che costituisce la prosecuzione di una precedente indagine dell'autore sulla *cognitio* criminale nel principato², mira a verificare se il sistema repressivo da Costantino a Giustiniano sia in qualche modo riconducibile ad un modello prevalentemente di tipo inquisitorio o accusatorio.

Si tratta, come ben si intende, di un tema di grande complessità, in relazione al quale una parte della storiografia, ritenendo che l'accusa del privato e la denuncia del funzionario non siano necessarie ai fini dell'instaurazione del processo criminale, considera tale processo caratterizzato, sia nel principato che nel tardoantico, da una 'procedura d'ufficio' e, pertanto, di tipo inquisitorio³.

A questo proposito, però, la tesi di fondo di Giglio, anticipata sin dalle prime pagine del suo lavoro, è che pure il processo tardoantico, come peraltro quello del principato, non può essere considerato una 'procedura d'ufficio', dal momento che «[...] seppure nel dominato sugli imperatori si concentravano i tre poteri, esecutivo, legislativo e giurisdizionale, tuttavia il sistema processuale penale del tardo impero continuò a basarsi su principi tipici del modello accusatorio, o prevalentemente tale, come la presunzione di innocenza, la terzietà e l'imparzialità del giudicante» (p. 15).

2. Il libro si presenta ben strutturato, articolandosi in una «Introduzione» (pp. 1-15) ed in quattro capitoli (pp. 16-177), cui seguono le «Considerazioni conclusive» (pp. 178-185), un'appendice (pp. 186-191), la bibliografia (pp. 192-204) e, infine, il consueto indice delle fonti (pp. 205-212).

Nelle pagine introduttive, l'autore sottolinea in via preliminare gli elementi che differenziano il modello inquisitorio da quello accusatorio: per quanto riguarda il primo, sono ricordati il principio di autorità e di presunzione di colpevolezza, la mancanza di separazione della funzione accusatoria rispetto a quella giudicante, l'iniziativa processuale d'ufficio, l'istruttoria segreta e la forma del

¹ S. Giglio, *Aspetti della procedura penale nel tardo impero romano*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 212.

² S. Giglio, *Il problema dell'iniziativa nella «cognitio» criminale. Normative e prassi da Augusto a Diocleziano*, Torino 2009².

³ Si veda, ad esempio, B. Santalucia, *Diritto e processo nell'antica Roma*, Milano 1998², 241 ss.; 280 ss.

processo scritta; con riferimento al sistema accusatorio, invece, sono evidenziati il principio dialettico e di presunzione di innocenza, l'iniziativa spettante all'accusa, il ruolo terzo ed imparziale del giudice, l'istruttoria pubblica e la forma del processo orale.

Con specifico riferimento all'esperienza criminale romana, Giglio nel primo capitolo («L'iniziativa del privato nella *cognitio* criminale tardoimperiale», pp. 16 ss.) prende le mosse dalla disciplina dell'accusa presentata dal privato, alla luce delle principali testimonianze 'ufficiali' pervenuteci sull'argomento. Nello specifico, oltre a *D. 48, 2, 3 Paul. 3 de adult. e CI. 9, 2, 8*, molta attenzione è giustamente prestata dall'autore soprattutto ad un significativo provvedimento di Costantino del 319 d.C., riportato in *CTh. 9, 10, 3 = CI. 9, 12, 7*.

La fattispecie presa in considerazione dall'imperatore riguarda la *restitutio possessionis* di un fondo o di un'altra cosa, per la quale si dispone che è possibile esercitare l'azione civile oppure in alternativa ricorrere alla giurisdizione criminale, denunciando l'uso della violenza. A quest'ultimo proposito, però, viene precisato che l'accusatore deve agire secondo le modalità di rito previste e nella consapevolezza che, qualora non riesca a provare l'accusa, sarà sottoposto alla stessa 'sententia'⁴ prevista per il reo in caso di condanna (*Non ignarus eam se sententiam subiturum, si crimen obiectum non potuerit conprobare, quam reus debet excipere*).

Come ben ha sottolineato Giglio, dalla lettura della costituzione emergono due importanti aspetti processuali. Da un lato, si richiede che, per presentare l'accusa, bisogna rispettare determinate forme, che – secondo quanto si può desumere anche da *D. 48, 2, 7 Ulpian. 7 de off. proc.* – si concretizzano in un atto di accusa debitamente sottoscritto. Dall'altro, si sancisce l'obbligo a carico dell'accusatore di sottostare, nell'ipotesi di assoluzione dell'accusato, alla medesima pena prevista per quest'ultimo in caso di condanna, senza tuttavia indagare sull'elemento intenzionale alla base dell'accusa.

Sul punto, lo studioso, evidenziando «l'effetto esiziale per l'accusatore determinato dalla sentenza di assoluzione dell'accusato» (p. 26), opportunamente richiama il principio della 'riflessione della pena'.

Tale importante principio, di cui vi sono tracce già nell'età dei Severi (*D. 47, 15, 6 Paul. lib. sing. de iud. pub.*, in tema di *praevaricatio*, e *D. 38, 2, 14, 6 Ulpian. 45 ad ed.*), è esplicitamente affermato da Costantino non solo in *CTh. 9, 10, 3 = CI. 9, 12, 7*, ma anche nel suo noto *edictum de accusationibus: Quod si minime potuerit ea quae intentaverit conprobare, scire debet severiori [se] sententiae subiugandum* (*Ed. de accus. 12 ss.*).

⁴ 'Stessa pena' secondo quanto affermato nell'*Interpretatio* a *CTh. 9, 10, 3: Si quis adversarium suum ita apud iudicem crediderit accusandum, ut se asserat violentiam pertulisse, ad probationem rei eum convenit adtineri: quod si probare non potuerit quem dixerat violentum, eandem poenam suscipiat, quam ille quem inpetit convictus potuisset excipere [...]*.

È molto interessante ricordare, ancora, che lo stesso principio risulta confermato da numerose costituzioni del quarto secolo d.C., attentamente esaminate dall'autore. Oltre a *CTh.* 9, 1, 9; *CTh.* 9, 1, 11 e *CTh.* 9, 1, 14, particolarmente significativa ad esempio è una costituzione di Teodosio I, *CTh.* 9, 2, 3, con la quale l'imperatore ricorda che l'accusatore deve vincolarsi *sollemni lege* e garantire per iscritto di subire la *poena reciproci*, cioè la stessa pena che sarebbe toccata al reo in caso di condanna: *Ex longinquo si quis est acciendus, non prius insimulanti adcommoedetur adsensus quam sollemni lege se vinxerit et in poenam reciproci stilo trepidante recaverit*. D'altra parte, con riferimento all'obbligo a carico dell'*accusator* di provare l'accusa per evitare la condanna, un analogo indirizzo è riscontrabile anche in ulteriori interventi imperiali del quinto secolo d.C., nei quali si riafferma l'alternativa tra la condanna dell'accusato, qualora sia stato provato il crimine, e quella dell'accusatore nell'ipotesi inversa (*CTh.* 9, 37, 4 e *CTh.* 9, 1, 19).

A sostegno della sua tesi a favore della persistenza del modello accusatorio nella *cognitio* criminale tardoantica, Giglio formula due osservazioni. La prima è che i vari tipi di fonti sull'argomento a nostra disposizione – come in particolare *CTh.* 9, 1, 13 e Symmacus, *Relatio* 31 e 49 – non ci offrono esempi concreti di processi avviati a seguito della diretta iniziativa del giudicante. La seconda consiste nel rilevare che il sistema criminale tardoimperiale non può considerarsi caratterizzato da una 'procedura d'ufficio', altrimenti non si comprenderebbe la vigenza anche in quel periodo di istituti come l'*abolitio*, la *tergiversatio* e la *praevaricatio*, i quali, essendo strettamente connessi all'esercizio dell'*accusatio*, presuppongono ancora un sistema accusatorio.

L'autore, infatti, evidenzia che, in caso di *abolitio*, *tergiversatio* e *praevaricatio*, l'organo giudicante non ha il potere di portare avanti, di sua iniziativa, la *cognitio*, che, pertanto, deve essere chiusa senza una pronuncia nel 'merito'.

Soprattutto alla luce di queste considerazioni, dunque, Giglio ritiene che l'avvio di una *cognitio* criminale tardoantica spetti in via esclusiva, oltre che al privato cittadino, che presenta l'accusa rispettando determinate formalità (i cd. *sollemnia inscriptionis*), anche all'ufficiale di polizia sottoposto all'autorità giudicante, che ha 'il compito ma non l'obbligo' di redigere un formale 'rapporto-denuncia' (tramite *epistula*, *elogium* o *notoria*) debitamente sottoscritto e sigillato.

Con specifico riguardo a questo profilo, sono esaminate nel capitolo seguente («L'iniziativa dell'ufficiale di polizia nella *cognitio* criminale tardoimperiale», pp. 83 ss.) alcune significative testimonianze – come ad esempio *D.* 48, 3, 6 Marcian. 2 *de iud. publ.*; Tertullianus, *Ad Scapulam* 4, 3 e *CI.* 9, 2, 7 – dalle quali emerge il ruolo dell'organo giudicante terzo ed imparziale nel rispetto di quello che noi oggi definiamo principio di presunzione di innocenza, che chiaramente non può essere alla base di un processo di stampo inquisitorio.

In particolare, tale principio, secondo l'autore, risulterebbe già dalla prima parte di *D.* 48, 3, 6, nella quale Marciano, facendo riferimento a diversi provvedimenti, sia di Adriano sia di altri imperatori, afferma che non bisogna prestare troppo affidamento alle *epistulae* di coloro presentavano al preside imputati come se fossero già condannati: *Divus Hadrianus Iulio Secundo ita rescripsit et alias rescriptum est non esse utique epistulis eorum credendum, qui quasi damnatos ad praesidem remiserint.*

A proposito, inoltre, dell'iniziativa processuale dei funzionari imperiali che possono dare avvio alla *cognitio* criminale, Giglio si sofferma su alcune interessanti costituzioni che estendono pure nei loro confronti il principio della 'riflessione della pena', precedentemente fissato a carico dell'accusatore privato da *CTh.* 9, 10, 3 = *CI.* 9, 12, 7.

Sul punto, infatti, oltre a *CTh.* 9, 1, 7, particolarmente emblematica, ad esempio, è la disposizione di Costanzo II, riportata in *CTh.* 6, 29, 1, con la quale l'imperatore ricorda che pure i funzionari hanno l'onere di provare le loro affermazioni, poiché saranno puniti qualora si scopra aver tramato calunnie a danno di innocenti: *Memorati [igitur curiosi et stationarii vel quicumque funguntur (h)oc munere crimina iudicibus nuntianda meminerint et sibi necessitatem probationis incumbere, non citra periculum sui, si insontibus eos calumnias nexuisse constituerit.*

Il terzo capitolo è dedicato alle «Fonti non 'ufficiali' sull'iniziativa nella *cognitio* criminale tardo imperiale», pp. 107 ss.

L'autore, dunque, esamina alcune testimonianze non strettamente giuridiche, le quali risultano però di interesse ai fini di una più completa conoscenza del sistema repressivo tardoantico.

Si tratta – è appena il caso di ricordarlo – di una scelta metodologica quanto mai opportuna con riferimento allo studio delle tematiche del diritto criminale romano. Specialmente in quest'ambito, infatti, si impone al ricercatore, verso ogni tipo di fonte, una sensibilità maggiore che in altri settori, dal momento che il sistema repressivo è di certo strettamente legato al contesto sociale politico e religioso che si afferma nei diversi periodi della storia di Roma.

A proposito delle fonti non 'ufficiali', dunque, l'autore, dopo essersi soffermato sugli *Acta purgationis*⁵ di Felice, vescovo di Apthungi (municipio della provincia dell'Africa proconsolare non lontano da Cartagine), dedica giustamente ampio spazio ai dati provenienti dall'opera di Ammiano Marcellino, dalla quale si evince che nel dominato numerosi sono gli abusi commessi soprattutto in tema di ricorso alla tortura, in quanto mezzo di prova.

Secondo Giglio, infatti, nonostante la generale tendenza imperiale sia quella di utilizzare con molta cautela la tortura, invece, con gli imperatori Costanzo II, Valente e Valentiniano I si verifica un notevole inasprimento della repressione

⁵ Il cui testo è riportato nell'Appendice (pp. 186 ss.).

criminale dettato soprattutto da esigenze di sicurezza relative alla persona del principe, che spesso provocano la condanna di persone innocenti.

Alle problematiche riguardanti «Il ruolo del giudicante nella *cognitio* criminale tardo imperiale» è dedicato l'ultimo capitolo, pp. 145 ss., nel quale l'autore si sofferma sui doveri e sui poteri del giudice.

Per quanto concerne i primi, Giglio in particolare richiama l'attenzione sull'editto rivolto da Costantino ai provinciali il 1° novembre del 331 d.C. e pervenutoci attraverso le costituzioni 6 e 7 di *CTh.* 1, 16: «*De officio rectoris provinciae*».

Si tratta di un importante intervento normativo con il quale l'imperatore, al fine di limitare gli abusi da parte degli organi giudicanti, sancisce la pubblicità dei processi ed il riconoscimento a favore dei provinciali del libero e gratuito accesso al tribunale per avere giustizia.

Inoltre, contro il comportamento del governatore o del suo ufficio si riconoscono a vantaggio dei provinciali due mezzi 'di difesa': da un lato, una delibera dell'assemblea provinciale da inoltrare al prefetto del pretorio oppure al *comes provinciae*, dall'altro, una formale accusa contro i componenti l'*officium* e lo stesso governatore da presentare dinanzi al tribunale del *comes* o del prefetto del pretorio.

In relazione ai poteri del giudicante, invece, è affrontato il problema fondamentale delle iniziative che il giudice può assumere nella *cognitio*, con particolare riferimento ad eventuali suoi poteri istruttori.

A tal riguardo, l'autore evidenzia che il *conquirere* e l'*animadvertere*, di cui vi è menzione in *D.* 48, 13, 4, 2 e in *D.* 1, 18, 13 *pr.*, devono essere interpretati tenendo conto del quadro delineato dallo stesso Marciano in *D.* 48, 3, 6, che non depone a favore di una procedura d'ufficio.

Giglio, pertanto, sottolinea che l'organo giudicante può svolgere poteri istruttori soltanto nell'ambito dell'udienza, dal momento che l'ipotesi di eventuali comandi indirizzati dal giudice ai membri del suo *officium*, ai fini delle indagini per provare la colpevolezza dell'accusato, si fonda sul 'presupposto indimostrabile' che la *cognitio* criminale romana sia una 'procedura d'ufficio'.

Nelle «Considerazioni conclusive», pp. 178 ss., l'autore ribadisce la sua tesi di fondo a favore del modello accusatorio alla base della repressione tardoantica, sottolineando, invece, come l'introduzione del sistema inquisitorio sia in qualche modo riconducibile al successivo periodo storico del Medioevo, durante il quale «[...] si affermò per la prima volta l'idea della procedibilità in assenza di un'accusa, in sostanza d'ufficio, nell'ambito di un sistema basato sul principio di presunzione di colpevolezza» (p. 184).

3. Alla luce di quanto fin qui esposto, seppur in breve, è emerso come il libro di Giglio risulti di interesse, costituendo una sintesi delle principali problematiche, che caratterizzano la repressione criminale tardoantica.

In particolare, per quanto concerne la *vexata quaestio* della struttura accusatoria o inquisitoria del processo nella tarda antichità, pur non essendo possibile in questa sede affrontare in maniera esaustiva il complicato tema né avere la pretesa di risolverlo in poche battute, è opportuno ricordare che bisogna evitare di ragionare in termini di totale contrapposizione tra la disciplina prevista dall'*ordo* e quella *extra ordinem*, evidenziandone invece le eventuali reciproche influenze.

A questo proposito, a mio avviso, è necessario tener presente due aspetti del sistema repressivo tardoantico.

Da un lato, la persistenza del sistema accusatorio, del quale un'evidente testimonianza è la notevole attenzione ad esso prestata da parte di molti imperatori dell'epoca, che regolamentano le formalità necessarie per la corretta presentazione dell'accusa. Dall'altro, però, va evidenziata la grande importanza che acquista nel tardo impero l'organizzazione amministrativa, caratterizzata da un apparato sempre più corporativo e burocratico con al vertice l'autorità imperiale, che in molti casi tende a rendere più difficoltoso l'esercizio dell'*accusatio* stessa: si vuole evitare, infatti, che, attraverso accuse temerarie, si dia inizio senza alcuna utilità al processo importunando invano l'imperatore. In tal senso particolarmente significative appaiono le parole di Teodosio I, il quale in un provvedimento in tema di false accuse (*CTh.* 9, 39, 2) chiarisce che non bisogna disturbare gli 'animi' degli imperatori con ciò che non possa essere provato: *cognoscant non licere in eo principum animos commovere, quod non possit ostendi*.

In qualche modo espressione della persistenza nel tardoantico del modello accusatorio ma anche del disfavore verso ogni forma di abuso dell'*accusatio* può essere considerato l'importante principio della 'riflessione della pena', che – prevedendo l'automatica applicazione a carico dell'*accusator* della medesima pena prevista in caso di condanna dell'accusato – risulta dettato dalla necessità di rendere più complesso e sotto certi profili più pericoloso l'esercizio dell'accusa: l'aver richiamato, pertanto, l'attenzione su tale principio, ai fini di una migliore conoscenza della fisionomia del processo criminale tardoantico, di certo costituisce un ulteriore merito del lavoro di Giglio.