

Prova, sentenza, appello in diritto romano

1. Il processo civile giustiniano, al quale occorre rifarsi per individuare i contributi che il diritto romano ha arrecato, in tema di tutela giudiziale dei diritti soggettivi, al diritto canonico, è ancora dominato dal principio del libero convincimento del giudice, che costituì, a sua volta, com'è ben noto, un caposaldo della procedura *per formulas*. Un altro caposaldo di questa procedura, rimasto anch'esso inalterato (o quasi) nel diritto giustiniano, fu il potere-dovere del giudice di decidere la causa sottoposta al suo esame *iuxta allegata et probata partium*, senza concessioni di sorta al principio inquisitorio. La cosa può apparire sorprendente, tenuto conto delle profonde trasformazioni subite dall'ordinamento statale, definitivamente assestatosi, da tempo, in strutture di tipo assolutistico. Il che è bastato per indurre parte della dottrina a ritenere che il ripudio del principio dispositivo sia stata l'inevitabile conseguenza di tali trasformazioni. Ora, se il processo civile giustiniano ha potuto offrire al diritto canonico (e al diritto comune) un modello largamente dominato dall'iniziativa delle parti e dal principio del libero convincimento del giudice, ciò fu dovuto al fatto che tra la procedura *per formulas* e quella *per libellum* fece in un certo senso da intermediaria la *cognitio extra ordinem* del periodo del principato. Tale *cognitio*, infatti, nata come procedura straordinaria, divenne a poco a poco il processo civile ordinario dell'epoca postclassica e giustiniana. Processo straordinario, essenzialmente caratterizzato dalla scomparsa delle formule e da quella del *iudex privatus*, al posto del quale subentrò il giudice-funzionario, inserito nella complessa struttura burocratico-amministrativa dell'impero. Ma, per tutto il resto, la *cognitio extra ordinem*, come processo diretto alla tutela di diritti soggettivi privati, continuò ad essere dominata dal principio del libero convincimento del giudice mentre, per altro verso, quest'ultimo non aveva alcun potere che gli consentisse di sostituirsi, in misura più o meno ampia, alle parti nella ricerca della verità dei fatti rilevanti ai fini della decisione.

Principio del libero convincimento e principio dispositivo continuarono perciò ad informare di sé il processo civile giustiniano ed è quindi alla luce di tali principi che va affrontato, con riguardo ad esso, lo studio della disciplina normativa delle prove, contenuta in gran parte e raccolta nei titoli 19, 20 e 21 del libro IV del *Codex* e nei titoli 3, 4 e 5 del libro XXII dei *Digesta*. Risulta evidente dal loro esame la mancanza di qualsiasi regola sui *gradus probationis* e sul valore legale di certe prove rispetto a quello di certe altre. Si può notare, soltanto, la preoccupazione che la libertà di convincimento del giudice non pregiudichi la ricerca della verità, che, anche da un punto di vista etico, deve costituire l'obiettivo finale del processo. Al fine del raggiungimento di tale obiettivo, il giudice deve impegnarsi con tutte le sue forze, pur restando tenuto ad utilizzare, a questo scopo, il materiale probatorio offertogli dalle parti. Ma già nell'ambito della *cognitio extra ordinem* si era insinuata una crescente diffidenza per l'attendibilità della prova testimoniale e per la credibilità dei testi; basti leggere, per convincersene, il lungo fr. 3 del titolo 5, libro XXII del Digesto, ricavato dal *De cognitionibus* di Callistrato. I testi sono uomini, soggetti ad errori e ad influenze di ogni genere, per cui le loro dichiarazioni dovranno essere, di volta in volta, seriamente vagliate dal giudice, il quale terrà conto, al fine di valutarne la credibilità, delle loro condizioni sociali ed economiche, del loro modo di vivere,

[«Atti del Colloquio romanistico-canonistico (febbraio 1978)», Roma, 1979, p. 391-399]

delle loro relazioni con la parte e così via. All'epoca di Costantino si finì per negare che fosse ammissibile la deposizione di un solo teste, anche se di classe sociale elevata (C.I. 4.20.9). Ma tali limitazioni non costituiscono concessioni al principio della prova legale; si tratta piuttosto di regole che il giudice è tenuto ad osservare nell'assunzione della prova testimoniale, alla continua ricerca di quella verità cui deve uniformare la propria decisione.

La diffidenza per la credibilità dei testi si estende alla prova documentale, stante il pericolo che il documento prodotto dalla parte a sostegno delle proprie affermazioni possa essere falso. Di qui la necessità della *impositio fidei*, di un meccanismo cioè che si mette in moto su iniziativa della parte che contesta l'autenticità di un documento probatorio. Ma, sul punto se la prova documentale debba o meno prevalere su quella testimoniale, la legislazione imperiale non sa o non vuole prendere posizione (C.I. 4.21.15 dell'imperatore Costantino). Ancora Giustiniano (C.I. 4.20.18), con riferimento ad un'ipotesi in cui un convenuto, il cui debito risulta da atto scritto, chiede di provare con testi l'avvenuto pagamento, afferma che costoro non facile *'audientur ... nisi quinque testes idonei et summae atque integrae opinionis praesto fuerint solutioni celebratae'*. In definitiva è la diffidenza per l'attendibilità della prova che continua ad inquietare l'imperatore, non l'idea che la prova scritta debba, in questo caso, prevalere su quella orale.

Altri mezzi di prova, oltre a quella testimoniale ed a quella documentale, erano: l'*interrogatio in iure*, la *confessio*, il giuramento. Per quanto concerne le prime, va sottolineato che le dichiarazioni rese dalle parti (sia che abbiano natura di confessione sia che abbiano, invece, natura di semplice risposta ad una interrogazione del giudice) in nessun caso dispensavano quest'ultimo dal dovere di pronunciare la sentenza, eventualmente utilizzando, ai fini del proprio convincimento, se necessario, altri mezzi di prova.

Per quanto concerne il giuramento, si distingue, sempre nel diritto romano giustiniano, fra *iusiurandum voluntarium*, *iusiurandum necessarium*, *iusiurandum iudiciale*. *Iusiurandum necessarium* e *iusiurandum iudiciale* erano forme obbligatorie di giuramento giudiziale, in quanto venivano prestati al cospetto del magistrato, in caso di *iusiurandum necessarium* ad iniziativa di una delle parti (autorizzata dal giudice), in caso di *iusiurandum iudiciale*, su iniziativa del magistrato predetto. Il *iusiurandum voluntarium* era, invece, una forma di giuramento stragiudiziale, realizzato per volontà delle parti. Importante strumento nelle mani del giudice per l'accertamento della verità, il *iusiurandum iudiciale* poteva essere da lui liberamente deferito all'una o all'altra delle parti, per lo più allo scopo di integrare l'efficacia probatoria di indizi già raccolti a suo favore. Va pure notato che, nel diritto romano giustiniano, anche il giuramento non impedisce più, come avveniva nella procedura *per formulas*, la pronuncia della sentenza, ma ne determina preventivamente o concorre a determinarne il contenuto.

I limiti dell'intervento non ci concedono che qualche accenno alla materia, molto dibattuta, delle presunzioni. E' dubbio se esse costituissero, nel diritto giustiniano, mezzo di prova. Sembra piuttosto, ma il punto meriterebbe ben altro approfondimento, che il termine *'praesumptio'* (o *πρόληψις*) facesse riferimento a circostanze che non abbisognano di essere dimostrate. Si trattava perciò di uno strumento spesso utilizzato per risolvere problemi relativi alla distribuzione dell'onere della prova, nel senso che colui a favore del quale operava una presunzione era dispensato dall'onere di provare la situazione di fatto presunta. Ad esempio, nell'ipotesi prevista da C.I. 4.22.7.1 di un mutuo fatto ad un *filius familias* militare, si traeva da tale sua qualità la conseguenza che il mutuo si riferisse al *peculium castrense*, salva naturalmente la prova che il *filius familias* non era in realtà un *miles*.

Anche in tema di onere della prova il processo civile giustiniano rimane saldamente ancorato alle poche regole elaborate dalla giurisprudenza classica già nell'ambito della procedura *per formulas*. Troviamo perciò riportate nella compilazione le ben note massime: a) *'actor probare debet'* (Ulp. D. 22.4.12); b) *'reus in excipiendo fit actor'* (Ulp. D. 22.3.19.pr.); c) *'onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat'* (Paul. D. 22.3.2). Quest'ultima massima è stata spesso interpretata nel senso che i fatti negativi non debbono essere provati. In realtà, non di questo si tratta, bensì della regola secondo cui chi afferma un fatto (positivo o negativo) ha l'onere di provarlo. Ad esempio, nella *condictio indebiti* grava sul creditore l'onere di provare l'inesistenza del debito pagato per errore. In definitiva, quindi, l'atto-

re doveva provare che si era verificato a suo favore un fatto acquisitivo o costitutivo del diritto; che sussistevano tutti i presupposti atti a conferire efficacia a quel fatto (ad esempio l'avveramento di una condizione) e la propria legittimazione a far valere il diritto medesimo ove questa fosse contestata. Il convenuto avrebbe potuto, invece, limitarsi a contestare puramente e semplicemente la pretesa dell'attore, ma avrebbe anche potuto addurre, a propria difesa, dei fatti (positivi e negativi) atti ad estinguerla o ad impedire che essa venisse fatta valere. L'onere di provare questi fatti gravava allora sul contenuto medesimo. A questo regime sembra fare eccezione C.Th. 11.39.1, del 325, che impone al convenuto in rivendica di provare *'unde possideat'*, qualora l'attore non fosse riuscito a provare di essere proprietario della cosa. Ma è estremamente significativo il fatto che tale costituzione non sia stata riportata nel codice giustiniano. Per altro verso, le regole sull'onere della prova, che i giustiniani ribadiscono, confermano la tesi secondo cui il processo continua ad essere informato al principio dispositivo. Non spetta al giudice di intervenire per colmare le eventuali deficienze del materiale probatorio sottoposto dalle parti al suo esame: in tali ipotesi non gli resta che condannare o assolvere in applicazione delle regole sopra indicate.

Alla luce di quanto sin qui esposto va inteso il senso di C.I. 2.10.1, la famosa costituzione di Diocleziano e Massimiano del 290:

Non dubitandum est iudici, si quid a litigatoribus vel ab his qui negotiis adsistunt minus fuerit dictum, id supplere et proferre quod sciat legibus et iuri publico conveniri.

Il rescritto sembrerebbe affermare che spettano al giudice poteri di tipo inquisitorio in ordine all'accertamento dei fatti rilevanti ai fini della decisione, poteri il cui esercizio gli avrebbe consentito di supplire alla deficienza delle prove assunte su istanza di parte. In realtà, però, il potere del giudice era relativo soltanto alla ricerca del fondamento giuridico della sua decisione (tale interpretazione trova conferma in Teodoro e Taleo), fermo restando che i fatti dovevano emergere dall'istruzione probatoria, compiuta con ogni scrupolo e cura, secondo le istruzioni impartite già da Costantino nella costituzione riportata in C.I. 3.1.9:

Iudices oportet in primis rei qualitatem piena inquisitione discutere et tunc utramque partem saepius interrogare, ne quid novi addere desiderent, cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sine definienda causa per iudicem sive ad maiorem potestatem referenda sit.

Nessun passaggio, dunque, dall'*'audire'* all'*'inquirere'*, ma, semmai, accentuazione dei poteri del giudice in ordine alla direzione del processo, finalizzato alla ricerca della verità ed alla concreta attuazione della legge. Meritano di essere sottolineati, a questo proposito, il potere di suddividere la materia della lite in *capitula*, di decidere o meno mediante *interlocutio* una questione pregiudiziale prima della sentenza definitiva, di imporre ad una delle parti un giuramento decisorio o di approvare il giuramento deferito da una parte all'altra.

Ci sembra, pertanto, di poter concludere, su questo punto, che il processo civile giustiniano garantisce ed assicura «un reale e funzionale equilibrio fra ruolo delle parti e ruolo del giudice»¹, senza nessuna concessione (o quasi) al principio inquisitorio².

2. La sentenza del processo civile giustiniano presenta caratteri essenzialmente identici a quelli della sentenza che veniva pronunciata, all'epoca del principato, in sede di *cognitio extra ordinem*. Tale provvedimento ha un duplice significato, quello di atto con cui si risolve un conflitto di interessi; quello di manifestazione di una volontà statale la quale esige che tale conflitto venga risolto in un certo modo, in conformità delle norme che lo riguardano. La sentenza è perciò il mezzo con cui la volontà astratta di queste assume significato e attuazione concreta. Il concetto classico di *iurisdictio*

1) U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, p. 272.

2) D. SIMON, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, München, 1969, p. 344 ss.

subisce conseguentemente una radicale trasformazione, nel senso che essa si configura come funzione statale che si esplica nell'applicazione della norma al caso concreto.

Nel diritto giustiniano, ridotta entro confini sembra più ristretti la sfera della autodifesa privata dei diritti soggettivi, è sentita come esigenza primaria l'attuazione della volontà della legge (e quindi dell'imperatore, fonte esclusiva di produzione del diritto). Ne consegue che la esecuzione della sentenza potrà avvenire anche in forma specifica, con l'intervento, se necessario, della forza pubblica. Il superamento del principio della *condemnatio pecuniaria* è ormai definitivo; si può ricorrere, ove sia possibile, all'esecuzione *in ipsam rem*.

Emerge un concetto nuovo di *res iudicata* con riferimento non alla sentenza comunque pronunciata, ma soltanto a quella che contiene una decisione irrevocabile o perché sono stati esperiti i mezzi di impugnazione o perché sono scaduti i termini per esperirli. Nel contempo assume significato e portata generali la massima '*res iudicata pro veritate habetur*' e si procede alla elaborazione di un concetto di giudicato, oltre che formale, sostanziale, i cui effetti possono estendersi, in certi casi, a terzi estranei alla controversia nel cui ambito si è formato il giudicato medesimo.

Ma in tanto la sentenza può produrre gli effetti che le sono propri, in quanto risulta validamente pronunciata. Questo principio, ben noto alla procedura *per formulas*, continua ad essere operante nel diritto giustiniano. Anzi, alle vecchie cause di invalidità, se ne aggiunge una nuova, quella della sentenza pronunciata *contra leges et constitutiones*. Naturalmente doveva trattarsi di errore sulla esistenza della norma; doveva trattarsi inoltre di errore di diritto, non semplicemente di fatto. Risulta così severamente accentuata la subordinazione del giudice funzionario alla legge, che egli deve limitarsi ad applicare con scrupolosa diligenza, accertandone, nei singoli casi concreti, l'effettivo contenuto. Da questo punto di vista, la distanza rispetto alla procedura *per formulas* non potrebbe essere più radicale. In questo processo il giudice si limitava, in definitiva, ad esprimere il suo parere sul modo in cui la controversia doveva essere decisa. L'effetto principale di tale sentenza era la nascita di un'obbligazione, l'*obligatio iudicati*, avente per oggetto sempre e solo il pagamento di una somma di denaro. Il *iudex privatus* non era organo giurisdizionale, ma semplicemente una persona scelta dalle parti, a guisa di arbitro, per la decisione di una controversia. Tutto ciò era, tuttavia, già venuto a cadere nella *cognitio extra ordinem*, in seguito alla sostituzione al *iudex privatus* del giudice funzionario. Nel corso dei secoli, sino a Giustiniano, si assiste ad una sempre più marcata esaltazione della funzione giurisdizionale come funzione statale, da esercitarsi nell'ambito di una organizzazione di tipo gerarchico, che ha al suo vertice la persona stessa dell'imperatore. Basti pensare ai numerosissimi interventi di Giustiniano, tutti riguardanti la disciplina del processo privato, subito dopo la pubblicazione dei *Digesta* e del *Codex*. L'imperatore è ormai fonte esclusiva, non solo della produzione del diritto, ma anche dei poteri che si esplicano attraverso l'amministrazione della giustizia, il cui buon funzionamento è indispensabile al fine della tutela effettiva e reale dei valori di cui sono portatrici le singole norme dell'ordinamento.

3. All'esigenza di sottoporre l'esercizio della giurisdizione al controllo del Principe si adegua l'istituto dell'appello, le cui origini risalgono alla *cognitio extra ordinem*. Fin dall'epoca di Augusto si ammise che contro la sentenza pronunciata dal giudice-funzionario si potesse ricorrere, in via straordinaria, allo stesso Principe, affinché questi provvedesse ad eliminare l'eventuale ingiustizia di una decisione, a '*corrige iniquitatem iudicantium vel imperitiam*' (Ulp. 49.4.1.pr.). Da rimedio straordinario si trasformò, a poco a poco, in rimedio ordinario e si finì per riconoscere alla parte soccombente un *ius appellationis*, il diritto cioè ad un riesame, da parte di un giudice superiore (non più necessariamente l'imperatore), della decisione di un giudice inferiore.

Si tratta di un istituto radicalmente estraneo alla procedura dell'*ordo*, in cui non erano conosciuti rimedi contro una sentenza validamente pronunciata da un *iudex privatus*, salva la *restitutio in integrum* che era provvedimento *magis imperii quam iurisdictionis*, di competenza esclusiva del *praetor*, il quale godeva in questa materia della più ampia discrezionalità. In caso di nullità della sentenza trovavano, invece, applicazione la *infirmitas* di fronte all'*actio iudicati* o la *revocatio in duplum* (se pure questo

rimedio era conosciuto al tempo della procedura *per formulas*).

L'introduzione dell'appello segnò un decisivo mutamento di rotta: la sentenza è ormai un atto di autorità e risponde alla logica di un sistema organizzato gerarchicamente che l'autorità superiore possa rivedere le decisioni di quella inferiore. Tale revisione poteva portare alla conferma della decisione medesima, al suo annullamento o alla sua riforma. L'assetamento definitivo dell'istituto come rimedio contro le sentenze validamente pronunciate comportò una radicale trasformazione della stessa nozione di *ius*, che ormai non scaturisce più dall'attività giudiziaria, esplicita con riguardo ad una singola e concreta controversia, ma tende a porsi come regola generale e astratta, che preesiste alla decisione e che fornisce a questa il contenuto suo proprio. L'intervento del giudice superiore si esplica, perciò, non solo e non tanto nell'interesse di una delle parti, quanto piuttosto nell'interesse generale inerente all'osservanza delle norme da parte dei consociati, osservanza di cui il giudice-funzionario è, e deve essere, il supremo garante.

Anche per questa via, quindi, si va sempre più accentuando la subordinazione del giudice alla legge mentre le due funzioni, quella diretta alla creazione del diritto e quella diretta alla sua applicazione al caso concreto, pure se congiunte nella persona dell'imperatore, restano formalmente separate, in quanto il magistrato-giudice, a differenza del *praetor*, non ha più il potere di creare diritto, ma solo quello di applicarlo.

A fianco dell'appello, previsto nei confronti delle sentenze validamente pronunciate, restano i rimedi contro la nullità delle sentenze medesime (particolare importanza assume, com'è ovvio, la nullità per violazione di leggi cui già abbiamo accennato). Ma resta anche la *restitutio in integrum* sia pur respinta, nel diritto giustiniano, ai margini dell'ordinamento. Al principio in virtù del quale una data situazione può, in certi casi, essere riportata allo *status quo ante*, tende ormai a sostituirsi il principio di nullità dell'atto mentre, per altro verso, l'appello consente alla parte che vi ha interesse una sufficiente tutela del suo interesse all'annullamento o alla riforma di una sentenza.

Il processo civile giustiniano si pone nella storia del diritto come modello di uno strumento giudiziale di difesa dei diritti soggettivi capace di conciliare l'interesse della parte a veder risolta, a proprio favore, una lite di natura essenzialmente privata e quello pubblico ad una puntuale e retta applicazione delle norme vigenti, alla luce delle quali detta lite deve essere immancabilmente risolta. Ma offre anche spunti, a causa della varietà dei fattori che hanno contribuito, nel corso dei secoli, alla sua formazione, per ulteriori sviluppi in vari sensi e direzioni. E' certo, però, che la natura pubblica del processo privato risulta ormai affermata in modo decisivo. La tutela dei diritti soggettivi privati è compito primario dello Stato, come è compito primario dello Stato la persecuzione dei crimini. L'assolvimento di questo duplice compito si risolve nell'esercizio di una pubblica funzione, che resta tale anche se sono in gioco interessi di natura meramente particolare o privata. Siamo dunque lontanissimi dalla struttura del processo *per formulas* che era, come spesso si dice, un «arbitrato obbligatorio», un sistema cioè adeguato, come pochi altri, al tipo di controversia che esso era destinato a risolvere. Ma sono ormai saldamente acquisiti i principi che continuano a governare gli ordinamenti processuali che si ispirano al diritto romano.