

Stefano Giglio

Il problema dell'iniziativa processuale nella «cognitio» criminale romana alla luce di una disposizione di Teodosio I del 380 (C.Th. 3.11.1)

Ho avuto già modo di occuparmi di una disposizione di Teodosio I, contenuta in C.Th. 3.11.1, nell'ambito di una ricerca sul patrocinio nel tardo impero romano e sui rapporti tra *potiores* e *humiliores*, con particolare riferimento al matrimonio¹. Me ne dovrei occupare ora in relazione al problema dell'iniziativa processuale nella *cognitio* criminale tardoimperiale, senza tralasciare, in via preliminare, alcune osservazioni in merito a tale più generale tematica.

Come è noto, è da attribuire all'attuale dottrina processualpenalistica la proposizione di due modelli o, se si preferisce, di due sistemi processuali penali, noti come «inquisitorio» (o prevalentemente tale) e «accusatorio» (o prevalentemente tale), naturalmente riflettendo sul corso della storia in materia di repressione criminale. Il primo sarebbe basato sui principi di autorità e di presunzione di colpevolezza dell'indagato, il secondo sui principi dialettico e di presunzione di innocenza, sempre dell'indagato. Semplificando molto, l'idea che l'imputato sia in grande evidenza colpevole richiama in qualche modo alla mente degli italiani l'affermazione di un notissimo politico, secondo cui a pensare male si fa peccato, ma «ci si azzeca quasi sempre». La presunzione di innocenza dell'indagato fino al momento in cui interviene la sentenza definitiva di condanna fa riferimento a quel «quasi», perché non sia considerato irrilevante, in modo che l'accusato abbia la possibilità reale di difendersi. Il sistema inquisitorio in genere non distingue tra accusa e giudizio, nel senso che le due funzioni sono svolte dallo stesso titolare oppure, se sono assegnate a diverse autorità, sulla base del fatto che il magistrato giudicante viene a trovarsi in posizione di netta inferiorità rispetto all'inquirente; l'iniziativa processuale è «d'ufficio», vale a dire che non è necessaria la presentazione di un'accusa per dare avvio alle indagini; l'istruttoria deve essere segreta, per non comprometterle, data la presunta colpevolezza dell'imputato; conseguentemente la forma del processo è scritta, in modo che le prove acquisite segretamente possano essere presentate al dibattimento senza che l'indagato possa conoscerle prima: ne risulta una posizione di netta inferiorità della parte accusata. Il sistema accusatorio si basa sul principio della presunzione di innocenza e sul fatto che l'iniziativa spetta all'accusa, che diventa parte processuale in una posizione di pari opportunità rispetto all'altra parte processuale, la difesa, e sul fatto, conseguentemente, che un processo non può prendere avvio «d'ufficio», per iniziativa del magistrato giudicante, che deve svolgere un ruolo terzo e imparziale nell'ambito del processo².

¹) S. GIGLIO, *Patrocinio e diritto privato nel tardo impero romano*², Perugia, 2008, p. 115-123.

²) Sul principio della imparzialità del giudice si veda, da ultima, P. BIANCHI, *Il principio della imparzialità del giudice: dal Codice Teodosiano all'opera di Isidoro di Siviglia* in «Ravenna Capitale. Uno sguardo ad Occidente, Romani e Goti - Isidoro di Siviglia», Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 181-215.

L'istruttoria, dunque, non deve essere segreta; il processo deve basarsi sulla forma orale, perché l'acquisizione delle prove deve avvenire nel dibattimento; le prove acquisite prima devono esserlo alla presenza dell'accusato e comunque ridiscusse nello stesso dibattimento.

Ciò premesso, occorre sottolineare il fatto che nell'ambito della romanistica sono rappresentate due posizioni sulla valutazione del carattere della *cognitio* criminale romana. Secondo alcuni tale sistema processuale deve considerarsi prevalentemente inquisitorio, secondo altri prevalentemente accusatorio. Aggiungo a tale constatazione la personale opinione che nessuna delle due posizioni dottrinali ha forse sufficientemente tenuto conto, nel presentare le proprie tesi, le caratteristiche dei due modelli processuali³.

E' ora il caso di esaminare C.Th. 3.11.1 = C.I. 5.7.1 (17 Giugno 380):

Imppp. Grat(ianus), Valent(inianus) et Theod(osius) AAA. Neoterio p(raefecto) p(raetori)o. Si quis ordinaria vel qualibet praeditus potestate circa nuptias invitis ipsis vel parentibus contrahendas, sive pupillae sive apud patres virgines sive viduae erunt sive iuris sui viduae, denique cuiuscumque sortis, occasione potestatis utatur et minacem favorem suum invitis is, quorum utilitas agitur, exhibere aut exhibuisse detegitur, hunc et multae librarum auri decem obnoxium statuimus et, cum honore abierit, peractam dignitatem usurpare prohibemus: tali scilicet poena, ut, si circa honorem eum, quo male usus est, vindicandum statuti nostrae sanctioni parere noluerit, semper eam provinciam, in qua sibi hoc usurpaverit, habitare per iuge biennium non sinatur. 1. Quia tamen contra latentem malitiam praeterea quasdam domos vel quosdam parentes intellegimus muniendos, iubemus, ut, *quicumque his et quaecumque erit latentibus per iudicem promissis minisve temptata, ad id matrimonium, cui aspernatur praestare consensum, confestim contestatione proposita cum sua suorumque domo ad iurisdictionem eius desinat pertinere: curaturis hoc uniuscuiusque civitatis vindicibus et eiusdem iudicis apparitoribus*. Et quidem si haec pravitas ordinarii iudicis erit, universa eius domus ratio atque omnia vel civilia vel criminalia negotia, quamdiu idem in administratione fuerit, vicario competant; sin autem vicarius vel similis potestatis vim in huiusmodi contrahendo matrimonio molietur, vicissim ordinarius iudex intercessor existat; sin erunt uterque suspecti, ad inlustrem praefecturam specialiter, talium domorum, quamdiu idem administraverit, tutela pertineat. Dat. XV kalend. iul. Thessal(onica) Grat(iano) A. V et Theod(osio) A. I cons.

Gli imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio Augusti al prefetto al pretorio Neoterio. Se qualcuno investito di un potere ordinario o di qualsiasi altro tipo si sia avvalso del vantaggio di tale potere riguardo alla celebrazione di nozze contro il volere degli stessi genitori, o della pupilla o della giovane nubile o della vedova che vivono presso il padre o della vedova non soggetta a patria potestà, o infine della donna di qualsiasi condizione, e manifestamente metta o abbia messo in mostra la sua minacciosa protezione contro il volere di quelli, dei cui interessi si tratta, stabiliamo che questi sia condannato al pagamento di una multa di dieci libbre d'oro e, dal momento in cui perde la carica, gli proibiamo di usurpare la dignità senatoria da considerarsi portata a termine: a tale pena poi, in modo che, se non abbia voluto sottomettersi alla sanzione della nostra statuizione riguardo alla rivendicazione della dignità, di cui si è avvalso in modo illecito, non gli sia consentito per i due interi anni successivi di abitare in quella provincia, nella quale si sia illegalmente avvalso a suo vantaggio di tale dignità. 1. Poiché tuttavia comprendiamo che a volte occorre inoltre proteggere contro l'inganno dissimulato famiglie e genitori, *ordiniamo, qualunque genitore o qualunque figlia saranno aggrediti da velate promesse o minacce per mezzo del governatore, che immediatamente dalla proposizione della contestazione dovranno cessare con la loro famiglia di essere competenza della sua giurisdizione in relazione a quel matrimonio, per cui rifiutano di prestare il consenso: i difensori civili e gli apparitores (ufficiali subalterni) dello stesso governatore dovranno occuparsi del caso*. E se peraltro tale ingiustizia sarà stata commessa da un governatore, tutta la sua giurisdizione relativa a quella famiglia e tutti i processi civili e penali devono competere al vicario per tutta la durata della sua stessa amministrazione. Se sarà stato un vicario o altro dignitario di pari potestà a porre in essere la violenza nel tentativo di contrarre un simile matrimonio, a sua volta il governatore farà da garante. Se saranno sospettati ambedue, la tutela di tali famiglie sarà in via speciale di competenza della prefettura illustre, per il tempo relativo alla durata della loro amministrazione. Data a Tessalonica 15 giorni prima delle calende di Luglio (17 Giugno) sotto il quinto consolato del nostro imperatore Graziano Augusto e il primo del nostro imperatore Teodosio Augusto.

³) Sulle caratteristiche dei due modelli processuali vedi la letteratura citata in S. GIGLIO, *Il problema dell'iniziativa nella «cognitio» criminale. Normative e prassi da Augusto a Diocleziano*², Torino, 2009, p. 3-15: sulle posizioni della romanistica cfr. *ivi*, *passim* ma soprattutto *cap.* I.3 e VIII.

Come accennavo, C.Th. 3.11.1 deve essere esaminata da almeno due punti di vista, il primo relativo all'influenza del patrocinio in materia di rapporti familiari e patrimoniali; il secondo, che in questa sede più interessa, relativo alla natura della *cognitio* criminale nel tardo impero romano. Da questo secondo punto di vista occorrerà studiare la disposizione di Teodosio I anche in relazione al cd. principio della «riflessione della pena»⁴, introdotto nell'ordinamento romano probabilmente non prima della seconda metà del secondo secolo d.C. e poi modificato da Costantino.

Risulta chiaramente, dalla lettura del frammento⁵, la consistenza di un fenomeno preoccupante che incideva fortemente sulla libertà di scelta delle donne, *alieni iuris* o *sui iuris*, e dunque, nel primo caso, anche dei loro *patres familias*, anzi, seguendo più puntualmente il testo, dei loro *parentes*. Si era affermata, nel corso del tardo impero, forse a partire da Costantino, che svolse un ruolo importante come legislatore nell'ambito del diritto di famiglia⁶, una prassi secondo la quale a donne considerate buoni partiti il governatore provinciale imponeva il matrimonio con lui stesso o con parenti più o meno stretti, amici, clienti e persone a cui era legato da rapporti di natura politica ed economica e con cui si doveva in qualche modo sdebitare. Per realizzare tale scopo il governatore, o il vicario⁷, ricorrevano a ogni tipo di minaccia, avvalendosi anche di illecite collusioni. Mutuando lo schema formulato da Salviano in materia di *patrocinium vicorum*⁸, potremmo affermare che il governatore, o il vicario, alla donna da loro scelta vendevano la protezione dal grave pericolo incombente, in realtà a causa di minacce gravi da loro stessi esercitate, richiedendo come contropartita, cioè come *pretium* dell'illecita compravendita, il matrimonio di quella stessa donna con se stessi o con un proprio figlio, parente, amico, cliente, etc. La disposizione di Teodosio I C.Th. 3.11.1⁹ in realtà non sembra aver arginato in nessun modo quell'illecita prassi di destinare come mogli donne non liberamente consenzienti, come chiaramente risulta da *Interpr. Visig.* ad C.Th. 3.12.1 (= 3.11.1):

si aliquis de his iudicibus, qui provincias administrant, vel etiam his, quibus civitates vel loca commissa sunt, per potentiam invidis parentibus virgines aut etiam viduas, si sui iuris sint, per potestatem ad nubias suas addixerint aut si pupillae sint, et earum utilitatibus obviantes per terrorem aut per quorumcumque

⁴) Sul principio della «riflessione» della pena si veda *infra*.

⁵) Secondo il Gotofredo nel 380 Teodosio I emanò una costituzione composta da C.Th. 3.11.1 e da altri sette frammenti: C.Th. 3.6.1, 9.27.2, 3.5.11, 8.15.6 e anche C.Th. 9.42.8-9, in materia di confisca dei beni dei proscritti e dei dannati, nonché C.I. 8.36.3: quello che più interessa è C.Th. 9.27.2, più attinente, come si vedrà, alla materia trattata in questa sede. Sul punto si veda J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, Leipzig, 1736, rist. anast. Hildesheim - New York, 1975, I, p. 315 e 334 *sub* (a). Ma cfr. anche «ACTI. Auxilium in Codices Theodosianum Iustinianumque investigandos» (*cur.* I. FARGNOLI), Milano, 2009, s.v. «Eutropio», da cui risulta necessario aggiungere ai passi ricordati C.Th. 4.19.1: dunque i frammenti con la stessa datazione e con lo stesso luogo di pubblicazione nella *scriptio* sono in tutto otto più il frammento del codice Giustiniano, che reca, nella *scriptio* solamente l'anno. Cfr., infine, *infra*, nt. 15.

⁶) Si pensi a C.Th. 3.16.1, in materia di divorzio unilaterale con forte discriminazione a danno della donna, sulla base soprattutto di un trattamento differenziato in materia di libertà sessuale.

⁷) Come risulta dal testo, la costituzione di Teodosio non prende in considerazione il caso del comportamento in tale senso da parte del prefetto del pretorio, a cui si demanda la giurisdizione sul vicario e sul governatore accusati di tale violenza.

⁸) Salviano, illustrando il rapporto di patrocinio che si instaurava tra *potentiores* protettori e piccoli proprietari da proteggere, ricorda che si realizzava sulla base di una strana compravendita, per cui il venditore, vale a dire il *potentior* che prometteva la sua protezione, acquistava tutto, cioè il patrimonio del piccolo proprietario, e non concedeva niente, mentre il compratore, vale a dire il piccolo proprietario che chiedeva protezione, non acquistava niente (perché Salviano ovviamente non considerava la protezione un bene reale) e perdeva tutto, cioè non soltanto il proprio patrimonio, ma anche la libertà sua e dei propri discendenti, dal momento che diventava colono assegnato al fondo una volta suo. Sul punto si veda Salv., *gub.* 5.39-41 e 44, richiamato da GIGLIO, *Patrocinio*, cit., p. 18-21.

⁹) Nella *Interpr. Visig.* ad C.Th. 3.12.1 (= 3.11.1) è giustamente utilizzato il termine '*lex*' per definire quel provvedimento inviato a Neoterio, prefetto del pretorio d'Oriente. Nella *inscriptio* di C.Th. 3.6.1, l'altro frammento parte della stessa costituzione emanata da Teodosio, risulta, come destinatario, Eutropio, l'altro prefetto del pretorio della parte orientale, vale a dire quello dell'Illirico: cfr. A.H.M. JONES, J.R. MARTINDALE, J. MORRIS, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, Cambridge, 1971, rist. 1975, sv. '*Eutropius 2*', p. 317, e sv. '*Neoterius 1*', p. 623, e GIGLIO, *Patrocinio* cit., p. 113. Dunque la costituzione aveva valore generale.

colludium addicantur, ut his personis, de quibus loquitur, invitae iungantur: quicumque hoc praesumpserit, decem pondo auri se noverit condemnandum, et in ea provincia, in qua iudex fuerit, dignitate amissa, biennio prohibeatur accedere. Beneficium tamen lex ista adversus eiusmodi homines parentibus vel ipsis mulieribus, quae in suo iure sunt, vel qui minorum aetates tuentur, indulset, ut contestationes ad alios iudices vel civitates proximas deferant et eorum patrocinii defendantur: ut, si in eadem provincia sit alia potestas, utpote si sint duo iudices, unus privata et alius dominica iura gubernans, si ab altero sub hac condizione quaecumque persona prematur, alterius tutela debeat defensari, aut certe ad magnificam potestatem, quae principis auribus hoc possit intimare, recurrat.

Se uno di questi magistrati, che governano province, o anche di quelli, ai quali è affidato il governo di città e villaggi, per mezzo della loro potenza hanno costretto alle loro nozze contro la volontà dei genitori vergini o per mezzo del loro potere anche vedove, nel caso non siano sottoposte a patria potestà, e contro i loro interessi per mezzo del terrore o della collusione di chiunque le abbiano aggiudicate, in modo che siano contro la loro volontà unite in matrimonio a queste persone, di cui si parla: chiunque abbia predisposto questa situazione, sappia che deve essere condannato a (pagare) dieci libbre d'oro e che, persa la carica, gli deve essere interdetto per due anni l'accesso in quella provincia, nella quale è stato governatore. *Peraltro questa legge contro persone di tale genere accorda ai genitori o alle stesse donne, libere dalla patria potestà, o sottoposte alla tutela dei minori, di presentare l'accusa ad altri magistrati o città prossime e di essere difesi grazie alla loro protezione:* in modo che, se nella stessa provincia vi sia un altro titolare di *potestas*, nel senso che risultano due magistrati, l'uno che esercita la giurisdizione privata, l'altro la pubblica, se da uno dei due sia oppresso sotto questa condizione, sia difeso con vigore dalla tutela dell'altro, oppure ricorra alla magnifica potestà, che possa introdurli all'udienza del *princeps*.

Anzi, leggendo le prime linee dell'*Interpretatio* a C.Th. 3.11.1¹⁰, quel fenomeno appare enormemente dilatato. A prescindere dal fatto della diversa situazione territoriale e istituzionale a metà del V secolo rispetto ai tempi Teodosio I, risulta evidente che quelle minacciose protezioni erano assai diffusamente imposte dai vari preposti al governo di città e villaggi non solo di quel che rimaneva della parte occidentale dell'impero. C'è in C.Th. 3.11.1 un'altra differenza rispetto alla norma del Teodosiano, forse più apparente che reale. Si fa riferimento, nella *interpretatio*, a matrimoni di una serie di potenti con donne sottoposte al loro governo, ma non a matrimoni con persone diverse da quei potenti, imposte da questi ultimi. In realtà le persone che sceglieva il governatore, di cui parla C.Th. 3.11.1, erano soprattutto, se non esclusivamente, i potenti indicati dall'*Interpretatio* a C.Th. 3.11.1.

Ora si tratta di esaminare il problema della repressione del *crimen* commesso dal governatore provinciale o dal vicario, che imponevano mariti a donne della loro provincia o diocesi contro la volontà loro e degli eventuali *parentes*. La pena a cui erano sottoposti tali dignitari in caso di condanna risulta chiara oltre ogni dubbio ed era pecuniaria. Il governatore e il vicario dovevano pagare una somma pari a dieci libbre d'oro. Il testo della costituzione parla di '*multa librarum auri decem*'. Si tratta pur sempre di una somma notevole, visto che una libbra romana corrisponde a dodici once, vale a dire circa 327 grammi¹¹: dunque più di tre chili d'oro. In aggiunta, il dignitario condannato, oltre a perdere la carica veniva espulso dall'*ordo senatorius*¹², il che significava perdere il privilegio del foro romano in tema di giurisdizione sia civile, in qualità di parte convenuta¹³, sia penale di fronte a un

¹⁰ Sulle *Interpretationes* al codice teodosiano si veda, da ultima, L. DI CINTIO, *L'interpretatio Visigothorum al Codex Theodosianus. Libro IX*, Milano, 2013.

¹¹ Sul punto si vedano, per tutti, «ThLL», sv. '*libra*', VII.2.9, c. 1342-1343; L. CASTIGLIONI, S. MARIOTTI, *Vocabolario della lingua latina*¹⁷, Torino, 1977, sv. '*libra*', p. 841, e H.-J. SCHULZKI, '*Libra*', in «Der neue Pauly», VII, Stuttgart, 2003, c. 147-148.

¹² Sulla necessità di identificare rango senatorio e carica senatoria si veda, per tutti, P. GARBARINO, *Ricerche sulla procedura di ammissione al senato nel tardo impero romano*, Milano, 1988, *passim* e soprattutto p. 73-181.

¹³ C.Th. 2.1.4 (= Brev. 2.1.4) (I dicembre 364): «Imp. Valentin(ianus) et Val(ens) AA. ad Terentium correctorem Tusciae. Actor rei forum sequatur, ita ut, si senatoris aliquid a provincialibus poscunt, eo, qui provinciam regit, cognitore confligant. *Si vero provincialis non suscipiat, sed inferat actiones, praefecto urbis disceptante decertet.* Dat. kal. iun. med. divo Ioviano et Varroniano cons.».

La norma fu confermata da Onorio, C.Th. 1.6.11 (6 agosto 423): «Imp. Honorius et Theodosius AA. consulibus, praetoribus, tribunis plebis, senatui suo salutem dicunt. Post alia: ... Itaque decernimus, ut, si quis in privato negotio

tribunale prefettizio in qualità di accusato¹⁴. Infine, nel caso avesse mostrato volontà di aspirare in qualche modo a mantenere la *dignitas* senatoria, il magistrato condannato doveva allontanarsi per poi astenersi dal tornare nel territorio da lui governato per un biennio (*‘habitare per iuge [= continuo] biennium (ei) non sinatur’*) a partire, mi sembra naturale desumerlo, dal momento della condanna. Appare opportuno aggiungere che la condanna avrebbe determinato comunque, a prescindere dal comportamento dell’ormai ex governatore o ex vicario, la perdita della *dignitas* senatoria e del relativo rango. In questo senso risulta chiarificatore un altro frammento della stessa costituzione emanata a Tessalonica il 17 giugno 380, C.Th. 9.27.2:

Idem (Gratianus, Valentinianus et Theodosius) AAA. Eutropio p(raefecto) p(raetori)o. Ii, qui in re publica versati sinisterius sunt, perpetuo sibi omnes dignitates vel legitimas vel honorarias sciant esse preclusas. Quocirca iubemus, ut inlustris magnificentia tua nullum omnino, qui superiore tempore male usae administrationis crimen excepit, ad provincias patiaturs accedere, sed de his ad nos referat. Dat. XV kal. iul. Thessal(onica) Gratiano V et Theodosio I AA. cons.

Gli stessi imperatori a Eutropio prefetto al pretorio. Quanti hanno amministrato la cosa pubblica in modo criminale sappiano che per loro sono precluse tutte le cariche di ruolo o onorarie. Di conseguenza ordinano che la tua illustre magnificenza non consenta assolutamente a nessuno, che in precedenza abbia commesso il crimine di un’amministrazione male esercitata, di accedere alle province, ma riferisca a noi su di loro. Data quattordici giorni prima delle calende di luglio sotto il quinto consolato di Graziano e il primo di Teodosio.

Come risulta, a mio modo di vedere, anche da C.Th. 9.27.2, il governatore o il vicario che obbliga-

adversus senatorem aut aliquem sacratissimae urbis corporatum seu qui in urbe larem locaverit, sive intra urbem sive per provincias executionem poposcerit militarem, litis, etiam si bona sit, careat eventu: et si quis cuiuslibet honoris aut militiae intra urbem sacratissimam vel in provinciis etiam in actu publico apparitionem habuerit militarem et senatorem vel corporatum Urbis aeternae seu in Urbe seu in provinciis levi saltem conventionem pulsaverit aut iudex non vindicaverit, in perpetuum honore privetur, ita ut salvis de urbano foro praescriptionibus negotia universa dicantur et contra omnem exhibitionis iniuriam non modo senatorem, sed quemvis romanis corporibus insertum leges tueantur. Quodsi in his tuendis vir inlustris praefectus Urbi neglegentia aut trepidatione defuerit, careat dignitate, quam nescit tueri ... Dat. VIII id. aug. Ravenna Asclepiodoto et Mariniano consul.».

Si tratta del primo, in ordine sistematico, di quattro frammenti di una lunga costituzione emanata pochi giorni prima della sua morte. Gli altri frammenti sono C.Th. 2.1.12, in tema di foro penale dei senatori, C.Th. 4.10.2, in tema di divieto di testimonianza dei liberti nei confronti di patroni e loro eredi, C.Th. 9.1.19, forse la disposizione più importante, che chiaramente conferma, a mio modo di vedere, l’iniziativa processuale basata sull’*accusatio* nella *cognitio* criminale tardoimperiale e, comunque, il principio di presunzione di innocenza. Sul punto si veda GIGLIO, *Il problema dell’iniziativa*, cit., p. 14, 31, 47 s., 50, 130 s. e 206; sugli altri frammenti si veda ID., *Il tardo impero d’Occidente e il suo senato. Privilegi fiscali, patrocinio, giurisdizione penale*, Napoli, 1990, p. 202-205. Sul problema del domicilio come criterio per determinare il giudice competente si veda O. LICANDRO, *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino, 2004, p. 297-320.

¹⁴ Prefetto urbano per i senatori dell’Italia suburbicaria, per gli altri prefetto del pretorio d’Italia e Illirico o delle Gallie, secondo la provenienza. C.Th. 9.1.13 (11 febbraio 376): «Imppp. Valens, Gratianus et Valentinianus AAA. ad senatum. Post alia: provincialis iudex vel intra Italiam, cum in eius disceptationem criminalis causae dictio adversum senatorem inciderit, intendendi quidem examinis et cognoscendi causas habeat potestatem, verum nihil de animadversione decernens integro non causae, sed capitis statu referat ad scientiam nostram vel ad inlytas potestates. Referent igitur praesides et correctores, item consulares, vicarii quoque, proconsules de capite, ut diximus, senatorio negotii examine habito. Referant autem de suburbanis provinciis iudices ad praefecturam sedis urbanae, de ceteris ad praefecturam praetorio. Sed praefecto Urbis cognoscenti de capite senatorum spectatorum maxime virorum iudicium quinquevirale sociabitur et de praesentibus et administratorum honore functis licebit adiungere sorte ductos, non sponte delectos. Et cetera. Lecta in senatu III id. feb. Valente V et Valentiniano AA. cons.».

C.Th. 9.1.13 fu confermata da C.Th. 2.1.12 (citata alla nota precedente) (= Brev. 2.1.12): «Imp. Honor(ius) et Theod(osius) AA. consulibus, praetoribus, tribunis plebis, senatui suo sal(utem) dicunt. Post alia: in criminalibus causis senatus, statuta iam dudum quinqueviralis iudicii forma servabitur. in quo cum perfacile esse credamus, optimos legere de summis, sortito tamen ad iudicium vocabuntur, ne de capite atque innocentia alterius iudicio electi iudicent. Et cetera. Dat. VIII id. aug. Ra(vennae) Asclepiodoto et Mariniano cons.».

Su tali costituzioni si vedano soprattutto U. VINCENZI, «Praescriptio fori» e senatori nel tardo impero romano d’Occidente in «Index», XIX, 1991, p. 433-440, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell’antica Roma?*, Milano, 1998, p. 274, e S. GIGLIO, *Caput come persona nella legislazione imperiale* in «AARC», XVII, Roma, 2010, p. 804-808, con la letteratura ivi citata.

vano, o tentavano di obbligare¹⁵, una donna della loro provincia o diocesi a sposarsi con loro stessi o con un loro parente, amico, cliente, commettevano un crimine, naturalmente nella misura in cui fosse dimostrata la loro colpevolezza. Se venivano condannati subivano l'interdizione perpetua da *dignitates* anche onorarie, che non consentivano di gestire la correlativa funzione. La disposizione sembra contraddire C.Th. 3.11.1, in cui si fa riferimento alla procedura per porre in stato di accusa il dignitario che ha abusato del suo potere, ma in realtà la richiesta di rapporto da parte dell'imperatore al prefetto del pretorio, anzi ai due prefetti Neoterio e Eutropio¹⁶, aveva come scopo la disponibilità di dati e informazioni da inoltrare poi al prefetto urbano e al senato, in modo potessero eseguire l'ordine di espulsione dal senato del dignitario condannato¹⁷. Tale procedura presupponeva che il governatore o il vicario fossero stati già condannati. Per condannarli occorreva un processo di fronte al tribunale competente, secondo le disposizioni contenute in C.Th. 3.11.1, ma, prima di esaminarle, occorre evidenziare un ultimo aspetto riguardo alle misure previste come pena.

Si è detto dell'espulsione dal senato del governatore o del vicario in caso di condanna. A prima vista risulterebbero anche vantaggi fiscali come conseguenza di tale misura, dal momento che, persa la *dignitas* senatoria, il condannato non sarebbe stato più sottoposto alla *collatio glebalis*, ulteriore imposta patrimoniale a carico dei soli senatori, che si sovrapponeva a quella fondiaria, basata sulla *ingaticapitatio*, e soprattutto non doveva più rivestire la pretura, *munus* onerosissimo soprattutto a Roma, se non l'avesse già rivestita prima dell'espulsione dal senato¹⁸. In realtà occorre valutare se si trattava realmente di vantaggi, dal momento che l'ormai ex dignitario, in quanto comunque destinato a scegliere una nuova residenza, che sarebbe con tutta probabilità coincisa con la città d'origine, o, in alternativa, con il municipio del suo ultimo domicilio¹⁹, sarebbe stato incluso, come avveniva per i proprietari terrieri, anche i piccoli, per i *milites*, per i *negotiatores* e per i *mercatores* di un certo livello, nell'*ordo decurionum*²⁰, per essere sottoposto ad una serie di *munera curialia* certamente più consistenti della *col-*

¹⁵ Si parla di '*indices*' e '*vicari*' in relazione all'ipotesi che '*virgines aut etiam viduas, si sui iuris sint, per potestatem ad nubtias suas addixerint*'. La disposizione di Teodosio sembrerebbe escludere il tentativo. Ma nel seguito del disposto normativo leggiamo: '*ad id matrimonium, cui aspernatur praestare consensum*' («in relazione a quel matrimonio, per cui rifiutano di prestare il consenso»). Dunque i governatori e i vicari potevano essere condannati anche per il solo tentativo. Sul punto si veda *infra*, p. 7 s.

¹⁶ Come ho avuto modo di sottolineare *supra*, nt. 5, la costituzione di Teodosio emanata a Tessalonica il 17 giugno 380 si compone, secondo il Gotofredo, di otto frammenti: C.Th. 3.11.1, 3.6.1, 9.27.2, 3.5.11, 8.15.6, 9.42.8-9 e C.I. 8.36.3. Ma C.Th. 8.15.6 nell'*inscriptio* reca come destinatario Floro e C.I. 8.36.3 Tatiano, sempre prefetti del pretorio. Le *subscriptions*, invece, sono sempre uguali, a parte qualche diversità di sigle. E' possibile che C.Th. 8.15.6 e C.I. 8.36.3 abbiano un'*inscriptio* errata; così anche C.Th. 3.11.1, che sempre nell'*inscriptio* reca come destinatario il prefetto del pretorio Neoterio, mentre tutti gli altri frammenti recano come destinatario Eutropio. Tuttavia occorre notare che C.Th. 3.6.1 e 3.11.1 trattano tematiche strettamente collegate, riguardando l'imposizione da parte di un governatore o di un vicario di un fidanzato (C.Th. 3.6.1) o di un marito (C.Th. 3.11.1) a donne non consenzienti. Mi pare si possa concludere che quantomeno i frammenti recanti nell'*inscriptio* il nome di Neoterio e di Eutropio fossero parte della stessa costituzione.

¹⁷ Come è noto, il prefetto urbano, nel tardo impero, era il presidente dell'assemblea senatoria, sia a Roma, sia a Costantinopoli. Sul punto si veda, per tutti, F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², V, Napoli 1975, p. 334 e 363.

¹⁸ Su tale questione cfr., per tutti, S. GIGLIO, *Il «munus» della pretura a Roma e Costantinopoli nel tardo impero romano* in «Antiquité Tardive», XV, 2007, p. 65-88. Sulla *collatio glebalis* cfr., per tutti, G. GERA, S. GIGLIO, *La tassazione dei senatori nel tardo impero romano*, Roma, 1984, p. 137-153; su riforma fiscale diocleziana e successivi sviluppi cfr., per tutti, A. DÉLÉAGE, *La Capitation du Bas-Empire*, Macon, 1945, J. KARAIANNOPULOS, *Das Finanzwesen des frühbyzantinischen Staates*, München, 1958, p. 28-92, A.H.M. JONES, *The Later Roman Empire, 284-602*, Oxford, 1964, tr. it. - *Il tardo impero romano (284-602 d.C.)* -, I, Milano, 1973, p. 91-100, DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², Napoli, 1975, V, p. 380-437, J.-M. CARRIÉ, *Le riforme economiche da Aureliano a Costantino*, in «Storia di Roma», III («L'età tardoantica»), 1 («Crisi e trasformazioni»), Torino, 1993, p. 292-301, M. CORBIER, *Coinage and Taxation: the State's Point of View, A.D. 193-337*, in «The Cambridge Ancient History», XII («The Crisis of Empire, AD 193-337»), cur. A. BOWMAN, A. CAMERON, P. GARNSEY, Cambridge, 2005, p. 360-375, e L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2008, p. 142-148.

¹⁹ Sul problema del domicilio si veda, per tutti, LICANDRO, *Domicilium*, cit., p. 253-296.

²⁰ Su *honestiores*, tra cui erano compresi i *decuriones*, e *humiliores* si veda la letteratura citata in S. GIGLIO, «*Humiliores*», in «Studi G. Nicosia», IV, Milano 2007, p. 149 nt. 1. In particolare su *negotiatores* e decurioni cfr. E. HÖBENREICH, «*Negotiantes*» - «*humiliores*» in un testo di Ulpiano, in «Labeo», XLII, 1996, p. 242-253. *Contra*, F. DE MARTINO, *Storia*, V, cit., p. 511.

latio glebalis (e delle altre imposte di cui avrebbero dovuto rispondere), altrimenti non sarebbe comprensibile il succedersi di costituzioni emanate nel corso di IV e V secolo per annullare l'*adlectio* in senato di decurioni delle varie parti dell'impero, che non avevano titolo a tale selezione, a meno che, come fu consentito da qualche legge imperiale, non presentassero un sostituto nel consiglio cittadino da cui tentavano di uscire²¹. E' vero che non bisogna dimenticare il *munus praetorium*, che comportava l'onere, a carico dei relativi magistrati, di organizzare o di contribuire, comunque, all'organizzazione dei giochi o alla costruzione di opere pubbliche²². Ma come è stato giustamente evidenziato, se risulta che, formalmente, tutti i senatori dovevano ricoprire la pretura, solamente il 10% circa veniva effettivamente nominato, dato il grande numero di senatori sia a Roma, sia a Costantinopoli e i pochi seggi a disposizione come pretori. Aggiungo che, soprattutto a Roma, venivano scelti sempre i più facoltosi²³. In conclusione i governatori e i vicari condannati in base a C.Th. 3.11.1 non avevano niente da guadagnare con l'espulsione dal senato in base alle aspettative di imposizione fiscale e dei *munera* a cui erano sottoposti i curiali.

E' ora possibile esaminare la disposizione più importante di C.Th. 3.11.1 dal punto di vista della repressione penale, vale a dire dal punto di vista del sistema processuale penale nel tardo impero romano, perché, a mio avviso, tale norma risulta informata ai principi ribaditi da Onorio, qualche decennio più tardi, con la disposizione contenuta in C.Th. 9.1.19, emanata pochi giorni prima della sua morte, ma in realtà fortemente voluta dal senato romano²⁴. C.Th. 9.1.19 pr. (6 agosto 423):

Impp. Honorius et Theod(osius) AA. Cons(ulibus), praetoribus, tribunis plebis, senatui suo salutem dicunt. Accusationis ordinem iam dudum legibus institutum servari iubemus, ut, quicumque in discrimen capitis arcessitur, non statim reus, qui accusari potuit, aestimetur, ne subiectam innocentiam faciamus ... Dat. VIII id. aug. Ravennae Asclepiodoto et Mariniano cons.

Gli imperatori Onorio e Teodosio Augusti ai consoli, ai pretori, ai tribuni della plebe, al suo (ndr.: evidentemente di Onorio) senato manifestano il loro saluto. Diamo ordine che le regole (in materia di esercizio) dell'accusa già da tempo stabilite in via legislativa siano mantenute, in modo tale che chiunque si sia potuto accusare non sia direttamente considerato colpevole appena venga sottoposto a un'imputazione che comporta la pena capitale, evitando di non considerare la sua innocenza ... Data sette giorni prima delle idi di agosto a Ravenna sotto il consolato di Asclepiodoto e di Mariniano.

Prima di tutto C.Th. 3.11.1, e C.Th. 9.1.19, confermano quanto nel mondo antico fuori da Roma non era assolutamente scontato, come in qualche modo è testimoniato a suo tempo dagli Atti degli Apostoli. *Apostolorum Actus* 25.16:

... Non est consuetudo Romanis donare aliquem hominem, priusquam is, qui accusatur, praesentes ha-

²¹ In tale senso cfr. C.Th. 12.1.74, emanata a Costantinopoli il 1 marzo 371. C.Th. 12.1.82, del 17 marzo 380, conferma il divieto per i decurioni di accedere al senato, senza richiamare la possibilità concessa dalla legge di Valente. Sui decurioni nel IV secolo cfr., per tutti, DE MARTINO, *Storia*, V, cit., p. 520-529, e L. DE SALVO, *I munera curialia nel IV secolo. Considerazioni su alcuni aspetti sociali*, in «AARC.», X, Napoli, 1995, p. 291-318.

C.Th. 12.1.74: «Idem (Valentinianus, Valens et Gratianus) AAA. ad Modestum p(raefectum) p(raetori)o. Post alia: in his, qui ex curiis ad senatus consortia pervenerunt, haec forma servetur, ut, si perfunctus quispiam muneribus et filii subole nixus fuerit, quem senatorio necdum indepto honore suscepit, filium suum curiae functionibus tradat, ipse optata clarissimatus dignitate potiatur ... Dat. kal. mar. Constant(ino)p(oli) Gr(ati)ano A. II et Probo cons.».

C.Th. 12.1.82: «Idem (Gratianus, Valentinianus et Theodosius) AAA. Neoterio p(raefecto) p(raetori)o. Omnes ad curiam praecipimus revocari, qui ad munera subeunda originalibus vinculis occupati officia conantur exhibere maiora, sive se splendidissimo senatui tradiderunt sive per officia militantes obsequia patriae denegarunt, si tamen allegationum meritis deseruntur. Dat. XVI kal. april. Thessalonicae Gratiano V et Theodosio I AA. cons.».

²² A Roma il *munus praetorium* risultò sempre decisamente più oneroso che a Costantinopoli. Sul punto si veda GIGLIO, *Il «munus»*, cit., p. 69-87.

²³ Sui senatori che effettivamente ricoprivano la carica di pretore si veda GARBARINO, *Ricerche sulla procedura di ammissione*, cit., p. 17 ss., specie p. 21 e nt. 40. Cfr., poi, GIGLIO, *loc. ult. cit.*

²⁴ L'iniziativa processuale di parte, di fronte alla quale il giudice doveva porsi in posizione di terzietà e di imparzialità, e la presunzione di innocenza.

beat accusatores locumque defendendi se ab accusatione accipiat

... Per i Romani non c'è la consuetudine di consegnare un uomo, prima che l'accusato abbia presenti i suoi accusatori e abbia ottenuto un luogo dove si possa difendere dall'accusa.

Il passo fa riferimento – siamo nel 58 d.C. – al fatto che l'autorità romana, nella persona del *tribunus cohortis* Claudio Lisia non consegnò l'apostolo Paolo, cittadino romano, ai sacerdoti del tempio di Gerusalemme, che volevano processarlo senza presentare un'accusa di fronte al tribunale del governatore²⁵. L'episodio in sé non è in questa sede rilevante, ma evidenzia un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico romano: non ci poteva essere una condanna senza la presenza di chi aveva mosso l'accusa di fronte al tribunale competente per celebrare un regolare processo. Dunque il governatore o il vicario che avessero imposto un matrimonio a donne della provincia, o della diocesi, contro la loro volontà andavano processati secondo le forme processuali da tempo previste dall'ordinamento romano, come ricorda la disposizione di Onorio C.Th. 9.1.19. Ma quali erano queste forme? Si pone, in altri termini, il problema della valutazione delle caratteristiche processuali della *cognitio* criminale nel tardo impero romano. Va detto, intanto, che in realtà governatori e vicari avevano molto poco da temere riguardo al problema della messa in stato di accusa: il problema, come leggiamo nella stessa disposizione di Teodosio, esisteva non per gli accusati, ma per gli accusatori.

In un precedente lavoro, sulla base di una serie di esegesi e di valutazioni, e con riferimento alle caratteristiche dei due modelli processuali penali, l'inquisitorio e l'accusatorio, mi era sembrato possibile, riguardo al periodo da Augusto a Diocleziano, concludere nel senso che la *cognitio* nel periodo del principato sia da considerarsi un sistema di tipo prevalentemente accusatorio, escludendo, soprattutto, che possa rappresentarsi come procedura d'ufficio. L'istituto dell'*abolitio*, della *tergiversatio* e della *praevaricatio* dell'accusatore a mio modo di vedere stanno a dimostrare che nei casi che rientravano nelle fattispecie appena ricordate la *cognitio* doveva concludersi con una sentenza non di merito che chiudeva la causa senza la possibilità, per il giudice investito della causa, di continuare il processo in assenza dell'accusatore, che veniva meno a causa dell'*abolitio*, della *tergiversatio* o della *praevaricatio*²⁶.

Stando al tenore del testo, non mi pare che da C.Th. 3.11.1 risultino riferimenti ad un processo che possa prendere avvio senza la presentazione dell'accusa. Ma è bene esaminare più in dettaglio la questione. Teodosio, dopo avere stabilito la pena a carico di chi fosse condannato per aver imposto, o tentato di imporre, nozze non volute afferma di comprendere «che a volte occorre ... proteggere contro l'inganno dissimulato (di governatori o vicari) famiglie e genitori», ordinando, di conseguenza, nel caso di genitori o figlie aggrediti da velate promesse o minacce per mezzo del governatore, «che immediatamente dalla proposizione della contestazione» avrebbero dovuto «cessare con la loro famiglia di essere competenza della sua giurisdizione in relazione a quel matrimonio, per cui rifiuta(va)no di prestare il consenso: i difensori civici e gli *apparitores* (ufficiali subalterni)²⁷ dello stesso governatore» avrebbero dovuto «occuparsi del caso». La domanda che, naturalmente, si deve porre è se senza l'accusa presentata dalla donna o dal suo *pater* la *cognitio* avrebbe potuto prendere avvio su iniziativa del vicario, di un altro governatore o del prefetto del pretorio. In effetti, da C.Th. 3.11.1 risulta che il giudice del governatore da porre sotto processo doveva essere il suo vicario; giudice del vicario il governatore della provincia in cui viveva la donna con la sua famiglia; giudice di entrambi, se collusi, eccezionalmente, il loro prefetto del pretorio²⁸. Si è sostenuto che l'accusa de-

²⁵ Su tale questione cfr. GIGLIO, *Il problema dell'iniziativa*, cit., p. 157-161.

²⁶ Su tali questioni cfr. GIGLIO, *Il problema dell'iniziativa*, cit., soprattutto i capitoli I e VIII, nonché le considerazioni conclusive (p. 16-51 e 171-208).

²⁷ Sugli *apparitores* cfr. C.Th. 16.2.31, del 409: si vedano U. COLI, 'Apparitores', in «NNDI», I.1, Torino, 1957, p. 719-721, N. PURCELL, *The apparitores: A Study in Social Mobility*, in «Papers of British School at Rome», LI, 1983, p. 125-171, e GIGLIO, *Il problema dell'iniziativa* cit., p. 43-44.

²⁸ Eccezionalmente, perché, di norma, tale dignitario giudicava in grado di appello o, su delega dell'imperatore, in materie determinate. Sul punto si veda, per tutti, DE MARTINO, *Storia*, V, cit., p. 298-300.

ve considerarsi semplice *notitia criminis*²⁹. Stando a tale punto di vista, l'imputazione presentata dalla famiglia della donna con l'aiuto del *defensor civitatis* dovrebbe considerarsi, come si diceva, semplice *notitia criminis*. Il giudice competente per territorio e materia, avrebbe potuto benissimo assumere la *cognitio* di propria iniziativa, acquisendo autonomamente tali informazioni. Una interpretazione letterale del passo non consente di escludere tale ipotesi, che tuttavia non risulta espressamente indicata nella costituzione di Teodosio, così come, invece, l'atto di presentazione dell'accusa privata. Ed è un fatto che in nessun passo o titolo dei *libri terribiles* del Digesto o dei due codici si faccia riferimento a qualcosa che richiami alla mente caratteri o linguaggi tipici del sistema inquisitorio³⁰. Come ho già avuto modo di evidenziare, gli ufficiali subalterni del governatore, o del vicario, per dare avvio a una *cognitio* criminale, dovevano presentare un rapporto-denuncia, che non erano obbligati a presentare, visto che a loro volta rischiavano, soprattutto nel tardo impero, un'imputazione per calunnia³¹. In altre parole, sono importanti, come è oggi ovvio, il contesto storico e sistematico di C.Th. 3.11.1³². Noterei, in primo luogo, la scarsità di mezzi di comunicazione e di controllo nelle società antiche. Se il sistema processuale penale tardoimperiale fosse stato concepito sulla base di una procedura d'ufficio, a mio modo di vedere l'autorità centrale non sarebbe mai venuta a conoscenza del genere di situazioni descritte da C.Th. 3.11.1: comunque avrebbe dovuto ignorare la relativa 'notitia' in quanto, non rispettando i *solemnia accusationis*, denuncia anonima. E' noto che il rapporto tra *potentiores* e *humiliores*, in una parola il patrocinio, almeno dal punto di vista del legislatore romano³³, influenzò in modo irrimediabilmente negativo la società romana tardoantica e le sue istituzioni giuridiche³⁴. Ma affidarsi all'iniziativa dei privati poteva determinare risultati altrettanto negativi. Per questa ragione Teodosio decise di proteggere quelle famiglie in due modi. In primo luogo stabilì che l'accusa di fronte al giudice competente³⁵ fosse presentata con l'aiuto del loro *defensor civitatis*³⁶, in modo che la donna e la sua famiglia avessero il coraggio di resistere e di accusare l'alto dignitario che le minacciava. In secondo luogo la donna, nel presentare l'accusa, non avrebbe corso il pericolo di essere sottoposta a quella spada di Damocle rappresentata dal cd. principio della «riflessione della pena»³⁷, in caso di assoluzione dell'accusato.

Tuttavia, prima di esaminare questo secondo aspetto della questione, occorre tornare al contesto sistematico alla luce del quale deve essere interpretata C.Th. 3.11.1, perché soprattutto questo

²⁹ Cfr., per tutti, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., p. 241-249, specie p. 245 e p. 280-282, e *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna, 2013, p. 92 e 122-124.

³⁰ Sul punto cfr. GIGLIO, *Il problema dell'iniziativa*, cit., p. 11.

³¹ Sul punto cfr. *infra*.

³² Cfr. L. WENGER, *Die Quellen des römischen Recht*, Wien, 1953, p. 851-866, e A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli, 1968, II, p. 570-573.

³³ Per esempio, secondo D. STOJČEVIĆ, *L'extension des éléments féodaux dans la société romaine et la législation du Bas Empire*, in «AARC.», I, Perugia, 1975, p. 333-345, il patrocinio avrebbe esercitato un'azione positiva sulla società romana tardoimperiale.

³⁴ In tema di amministrazione della giustizia, si vedano, per esempio, G. SANTUCCI, *Potentiores e abusi processuali*, in «AARC.», XI, Napoli, 1996, p. 325-354, in particolare p. 337-338, M. CALTABIANO, *Studium iudicandi e iudicium advocatorumque pravitas nelle Res gestae di Ammiano Marcellino*, ivi, p. 465-484, L. DE SALVO, *Giudici e giustizia ad Antiochia. La testimonianza di Libanio*, ivi, p. 485-507, S. TOSCANO, *Casi di ordinaria giustizia nelle epistole Dijak di Agostino*, ivi, p. 541-563, F. GORIA, *Aspetti della giustizia penale nell'età giustiniana alla luce degli Anekdoti di Procopio*, ivi, p. 571-573. Cfr. anche GIGLIO, *Il tardo impero d'Occidente*, cit., p. 139-189, e *Patrocinio*, cit., *passim*, con letteratura ivi citata.

³⁵ Come risulta dal dispositivo di C.Th. 3.11.1, e come si è appena accennato, il suo vicario, nel caso l'accusato fosse un governatore; il governatore della provincia a cui apparteneva la famiglia, se fosse stato accusato il vicario, nella cui giurisdizione rientrava la provincia; il prefetto del pretorio territorialmente competente in caso di collusione tra governatore e vicario.

³⁶ Sul *defensor civitatis* cfr. C.Th. 1.29 = C.I. 1.55, 'De defensoribus civitatum'; si vedano V. MANNINO, *Ricerche sul «defensor civitatis»*, Milano, 1984, specie p. 109-115, R.M. FRAKES, *Contra potentium iniurias: the defensor civitatis and Late Roman Justice*, München, 2001, specie p. 115-116 (tale autore non sembra porsi il problema se C.Th. 3.11.1 mirasse a impedire matrimoni che *iudices* e *vicarii* volevano imporre a donne del luogo non consenzienti anche con parenti, amici e clienti di tali autorità), P. BIAVASCHI, *Lingua, diritto e cultura nel Codice Teodosiano. Alcune note sul defensor civitatis al tempo di Teodosio I*, in «DO-SO-MO. Fascicula Mycenologica et Classica Polona», VIII, 2009, p. 119-127.

³⁷ Su cui si veda *infra*.

tipo di analisi fornisce, a mio modo di vedere più della storica, i migliori argomenti per sostenere la natura prevalentemente accusatoria della *cognitio* criminale tardoimperiale. Nel IV secolo costituiscono ancora diritto vigente i *responsa prudentium* dei giuristi romani di epoca altoimperiale sulla base del rescritto adrianeo di cui ci parla Gaio, abolito, come è noto, dalla cancelleria di Ravenna con la legge emanata il 7 novembre 426, nella parte meglio nota come «legge delle citazioni», C.Th. 1.4.3³⁸: dunque lo erano anche quelle *sententiae*, inserite poi nel Digesto, ma anche le costituzioni imperiali in materia inserite nel codice Giustiniano, in tema di *accusatio*, nonché di *elogium*, *notoria*, *epistula*, quegli atti cioè per mezzo dei quali l'ufficiale di polizia presentava il suo rapporto-denuncia per dare avvio ad una *cognitio* criminale, e soprattutto in tema di *abolitio*, *tergiversatio* e *praevaricatio*, atti e situazioni che impedivano al *iudex* di proseguire quella *cognitio* iniziata, per chi ritiene tale tipo di procedimento di natura inquisitoria, sulla base di un'azione³⁹ che, conseguentemente, andrebbe definita come semplice *notitia criminis*, ma che in realtà tale non era, determinando la necessità di chiusura di quella *cognitio* senza una sentenza di merito, anche contro la volontà del *iudex* di proseguire⁴⁰: il che obbliga, a mio avviso, a negare alla *cognitio* la natura di procedimento d'ufficio. Se così fosse, non di spiegherebbero, come si è appena detto, *abolitio*, *tergiversatio* e *praevaricatio*.

E' ora opportuno riprendere il discorso su C.Th. 3.11.1 e, più in particolare, sul suo necessario collegamento al principio della 'riflessione della pena', che troviamo applicato quantomeno dal regio di Settimio Severo e Caracalla⁴¹. D. 47.15.6:

Paul. *l.s. iud. publ.*: Ab imperatore nostro et patre eius rescriptum est, ut in criminibus, quae extra ordinem obiciuntur, praevaricatores eadem poena adficiantur, qua tenerentur, si ipsi in legem commisissent, qua reus per praevaricationem absolutus est.

E' stato emanato un rescritto dal nostro imperatore e da suo padre, secondo cui in materia di crimini repressi *extra ordinem* (*iudiciorum publicorum* secondo la relativa *lex Iulia* del 17 a.C.) ai prevaricatori sia inflitta la stessa pena, a cui sarebbero sottoposti, se essi stessi avessero agito contro la legge, pena dalla quale il reo a causa di prevaricazione è stato assolto.

Nel passo di Paolo è descritto quel principio che la dottrina moderna definisce della «riflessione della pena» o «legge del taglione»⁴². Se nel corso di una *cognitio* criminale risultava la *praevaricatio* messa in atto dall'accusatore allo scopo di fare assolvere, sulla base di un accordo, l'accusato, di cui il

³⁸) Gai., *inst.* 1.7: '*responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur*'.

C.Th. 1.4.3 (7 novembre 426): '*Impp. Theod(osius) et Valentin(ianus) AA. ad senatum urbis Rom(ae). Post alia: Papiniani, Pauli, Gaii, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni eius corpore recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui, ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem pares eorum sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat, eligat moderatio indicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus. Et cetera. Dat. VIII id. nov. Ravenna, DD. NN. Theod(osio) XII et Valentin(iano) II AA. cons. ?*'.

Naturalmente anche in caso di *ius controversum* il giudice, nell'emettere la sentenza, avrebbe dovuto conformarsi a una delle opinioni espresse nell'ambito della giurisprudenza. Se avesse scelto quella sbagliata, almeno a giudizio del soccombente, esisteva come rimedio l'istituto dell'*appellatio* all'imperatore, che con *decretum*, come atto conclusivo del processo in sede di appello, avrebbe potuto non soltanto cassare la sentenza di primo grado, ma anche modificare il diritto vigente.

³⁹) Accusa del privato o rapporto-denuncia dell'ufficiale di polizia.

⁴⁰) Su tutte queste problematiche si veda GIGLIO, *Il problema dell'iniziativa*, cit., cap. I e VIII, nonché le «considerazioni conclusive» (p. 16-51 e 171-208).

⁴¹) Forse anche prima. Sul punto cfr. GIGLIO, *Il problema dell'iniziativa*, cit., p. 182-183.

⁴²) Su tale questione cfr. GIGLIO, *Il problema dell'iniziativa*, cit., p. 183 nonché la letteratura citata in ID., *PS. 5.13-15, edictum de accusationibus e giurisdizione criminale nel tardo impero romano*, in «SDHI», LXVIII, 2002, p. 215 s. nt. 39.

primo conosceva la colpevolezza, l'accusatore doveva essere sottoposto alla stessa pena che sarebbe stata inflitta all'accusato in caso di condanna. In realtà non interveniva una formale assoluzione, perché la condanna del *praevanicator* determinava la cessazione della *cognitio*. E' opportuno notare, comunque, che tale principio, in base al rescritto di Settimio Severo e Caracalla, andava applicato nei confronti di chi avesse agito con espressa intenzione, come era, naturalmente, nel caso del prevaricatore. In altre parole, l'elemento psicologico che determinava l'applicazione di tale principio è necessariamente da individuarsi nel dolo. Con Costantino le cose cambiano. C.Th. 9.10.3 6 ottobre 319):

Idem (Constantinus) A. ad Bassum p(raefectum) u(rbi). Si quis ad se fundum vel quodcumque aliud adserit pertinere, ac restitutionem sibi competere possessionis putat, civiliter super possidendo agat, aut impleta sollemnitate iuris crimen violentiae obponat, non ignarus, eam se sententiam subiturum, si crimen obiectum non potuerit conprobare, quam reus debet excipere ... P(ro)p(osita) prid. non. oct. Rom(ae) Constantino A. V et Licin(io) Caes. cons.

Lo stesso imperatore a Basso prefetto urbano. Se qualcuno afferma che spetta a lui un fondo o qualunque altra cosa e ritiene di reclamare per sé la restituzione del suo possesso, eserciti un'azione civile per stabilire chi ha titolo a possedere oppure adempite le formalità di rito opponga l'accusa di crimine di violenza, senza ignorare che subirà quella sentenza, che il reo deve subire, nel caso che non abbia potuto fornire prova del crimine contestato ... proposta il giorno prima delle none di ottobre sotto il quinto consolato di Costantino e il primo di Licinio.

Risulta evidente il notevole cambiamento determinato da questa disposizione di Costantino, confermata poi con il suo *edictum de accusationibus* di poco posteriore⁴³. Chi non riusciva a far condannare la persona da lui sottoposta ad *accusatio* secondo le formalità di rito, che prevedevano la sottoscrizione dell'accusa presentata in forma orale per essere registrata *apud acta* dagli ausiliari della stessa autorità giudiziaria adita⁴⁴, doveva essere automaticamente sottoposto alla pena prevista per l'accusato dichiarato colpevole. La disposizione è assai chiara in tale senso. In altri termini sul privato che presentava un'accusa incombeva una responsabilità oggettiva, non più per dolo, come risulta dal rescritto di Settimio Severo e Caracalla, citato da Paolo (D. 47.15.6). La disposizione fu confermata prima da Valentiniano e Valente⁴⁵, poi da Graziano e Teodosio⁴⁶.

Dunque si potrebbe pensare che pendesse sulla donna, sui suoi *parentes* e anche sul *defensor civitatis* la spada di Damocle costituita dal principio della «riflessione della pena»: ma, in primo luogo, è bene sottolineare che, tecnicamente, era la prima a presentare l'accusa. Inoltre occorre ricordare che, nel principato, una legislazione di carattere speciale disponeva che la donna potesse abbandonare il processo senza incorrere nel *periculum calumniae*, nei pochi casi a lei consentiti di presentare

⁴³ In tale senso si veda, per tutti, GIGLIO, *PS. 5.13-15*, cit., p. 215-216. Con la letteratura riportata alla nt. 39; una proposta in senso diverso in S. PIETRINI, *Delazione criminale o fiscale in alcune costituzioni di Costantino?*, in «AARC», XI, Napoli, 1996, p. 174 nt. 3.

⁴⁴ SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 282-284.

⁴⁵ C.Th. 9.1.11 (= Brev. 9.1.6, 9 novembre 373 [368]): *idem (Valentinianus, Valens et Gratianus) AAA. ad Florianum comitem. Post alia: nullus secundum iuris praescriptum crimen, quod intendere proposuerit, exsequatur, nisi subeat inscriptionis vinculum. Etenim qui alterius famam, fortunas, caput denique et sanguinem in iudicium devoverit, sciat sibi inpendere congruam poenam, si, quod intenderit, non probaverit etc. Dat. V id. nov. Constantinop(oli), Valentiniano et Valente IIII. AA. cons.*. La pena congrua di cui parla C.Th. 9.1.11 deve intendersi come pena corrispondente. Cfr. «Th.L.L.», IV.2, sv. 'congruo', cc. 298-299, e 'congruens', ivi, cc. 301-302, e CASTIGLIONI, MARIOTTI, *Vocabolario*, cit., sv. 'congruo', p. 253. Sulla datazione di C.Th. 9.1.11 si veda anche F. PERGAMI, *La legislazione di Valentiniano e Valente (364-375)*, Milano 1993, p. XX, 163, 293, 411 e 413.

⁴⁶ C.Th. 9.1.14 (= Brev. 9.1.8, (27 maggio 383): *Imppp. Gratianus, Val(entini)anus et Theod(osius) AAA. ad Marianum vic(arium) Hispaniae. Qui vel interecivum exserit actionem vel crimen suspectae mortis intendit, non prius cuiusquam caput accusatione pulset, quam vinculo legis adstrictus pari coeperit poenae condicione iurgare, ita ut etiam servos si quis crediderit accusandos, non prius ad miserorum tormenta veniatur, quam se accusator vinculo inscriptionis adstrinxerit. Appetendorum enim causa servorum aut dispendium facultatum est aut poena dominorum. Dat. VI kal. iun. Patavi Merobaude iterum et Saturnino cons.*. Rispetto a C.Th. 9.1.11 qui il testo in tema di riflessione della pena è ancora più chiaro, facendosi riferimento a una *par poena*.

un'accusa⁴⁷. Nel tardo impero l'esenzione dall'applicazione era concessa comunque, senza distinzioni di sorta, nel caso di un'accusa di falso, come risulta chiaramente da C.Th. 9.19.2.1, emanata da Costantino nel 320⁴⁸. Inoltre, ogni volta che si trattava di applicare il principio della «riflessione della pena», le costituzioni tardoimperiali del titolo C.Th. 9.1 *'De accusationibus et inscriptionibus'*, che disponevano in tema di presentazione dell'accusa da parte del privato, imponendo il rispetto dei *sollemnia accusationis*, sottolineano sempre l'incombenza del *periculum calumniae*, mentre in C.Th. 3.11.1 è escluso ogni riferimento di quel tipo. *L'inscriptio apud acta*, in cui consistevano tali *sollemnia* determinava il *periculum calumniae* a carico dell'accusatore: da quel momento scattava la necessità di applicare la legge del taglione⁴⁹. All'interno del titolo C.Th. 9.1 una sola disposizione si occupa del problema dell'accusa presentata dalla donna, confermando l'antica legislazione in materia, secondo la quale tale facoltà è concessa solo *ex certis causis*⁵⁰. Come abbiamo appena visto, quella stessa legislazione tutelava la donna dal *periculum calumniae*, determinando, nei suoi confronti, l'impossibilità di applicare il principio della «riflessione della pena», in caso di assoluzione della persona da lei sottoposta ad *acusatio*. A quelle cause andava aggiunto, sulla base di un'interpretazione logica e sistematica⁵¹, il caso discusso nella costituzione imperiale emanata da Teodosio, contenuta in C.Th. 3.11.1. Se così non fosse, del resto, la legge emanata da Teodosio apparirebbe fortemente contraddittoria: da una parte offrirebbe una tutela tale, da consentire alla donna di presentare un'accusa che, senza tale tutela (il *defensor civitatis*), assai difficilmente avrebbe presentato per le ragioni già esposte⁵²; dall'altra sottoporrebbe la donna non consenziente, che si intendeva tutelare, al *periculum calumniae* e della conseguente applicazione del principio della «riflessione della pena».

In conclusione, la disposizione di Teodosio C.Th. 3.11.1 si caratterizza sotto due aspetti. Prima di tutto appare del tutto chiara, a mio avviso, la volontà di Teodosio di tutelare la donna e la sua famiglia, allo scopo di impedire che le minacce di un governatore o di un vicario, che volessero imporre loro un matrimonio non voluto, avessero successo. Si punisce anche il tentativo di reato; si determina una giurisdizione speciale, che veda tali autorità come imputati, non come giudici; si escludono il *periculum calumniae* e l'imposizione della legge del taglione, in caso di assoluzione dell'accusato. In secondo luogo C.Th. 3.11.1 appare rilevante anche sotto l'aspetto più astrattamente

⁴⁷ Cfr. la letteratura citata in GIGLIO, *Il problema dell'iniziativa*, cit., p. 172 e nt. 400.

⁴⁸ C.Th. 9.19.2 (25 gennaio 316 [320]): «Imp. Constantinus A. ad Maximum p(raefectum) u(rbi). Cum in praeterito is mos in iudiciis servaretur, ut prolatis instrumentis, si ea falsa quis diceret, a sententia iudex civilis controversiae temperaret eoque contingeret, ut imminens accusatio nullis clausa temporibus petiorem possessoremve deluderet, commodum duximus, ut, etsi alteruter litigantium falsi strepitum intulisset, petitori tamen possessorie momentum prolatorum instrumentorum conferret auctoritas, ut tunc civili iurgio terminato secunda falsi actio subderetur. 1. *Volumus itaque, ut primum cesset inscriptio*. Sed ubi falsi examen incidit, tunc ad morem pristinum quaestione civili per sententiam terminata acerima fiat indago argumentis testibus scripturarum collatione aliisque vestigiis veritatis. *Nec accusatori tantum quaestio incumbat nec probationis ei tota necessitas indicatur, sed inter utramque personam sit iudex medius nec ulla quae sentiat interlocutione divulget, sed tamquam ad imitationem relationis, quae solum audiendi mandat officium, praebeat notionem, postrema sententia quid sibi liqueat proditurus*. 2. Ultimum autem finem strepitus criminalis, quem litigantem disceptantemque fas non sit excedere, anni spatium limitamus, cuius exordium testatae aput iudicem competentem actionis nascentur auspiciis: capitali post probationem supplicio, si id exigat magnitudo commissi, vel deportatione ei qui falsum commiserit imminente. P(ro)p(osita) VIII kal. april. in foro Traiani Constantino A. VII et Constantio C. conss.». Sul falso documentale si vedano, per tutti, G.G. ARCHI, «*Civiliter vel criminaliter agere*». In *tema di falso documentale*, in «Scritti beatificazione C. Ferrini», I, Milano, 1947, p. 1-55, ora in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, p. 1589-1668, e S. SCHIAVO, *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere*, Milano, 2007.

⁴⁹ Si vedano le già citate C.Th. 9.1.11, di Valentiniano e Valente (cfr. *supra*, nt. 45) e C.Th. 9.1.14, di Graziano e Teodosio (cfr. *supra*, nt. 46). Si vedano, inoltre, C.Th. 9.1.8, di Valentiniano e Valente, C.Th. 9.1.19 e C.Th. 9.10.3 (ricordata *supra*, p. 11).

⁵⁰ C.Th. 9.1.3 (= Brev. 9.1.2, 9 febbraio 322): *'Idem (Constantinus) A. ad Agricolanum. Cum ius evidens atque manifestum sit, ut intendendi criminis publici facultatem non nisi ex certis causis mulieres habeant, hoc est si suam suorumque iniuriam persequantur, observari antiquitus statuta oportet. Neque enim fas est, ut passim mulieribus accusandi permissa facultas sit; alioquin in publicis olim quaestionibus interdum aut admessa probatio est aut accusantis auctoritas. Patroni etiam causarum monendi sunt, ne respectu compendii feminas, securitate forsitan sexus in actionem illicitam proruentes, temere suscipiant. P(ro)p(osita). V id. febr. Probiano et Iuliano conss.'*

⁵¹ Nel senso che C.Th. 3.11.1 è da interpretarsi soprattutto alla luce di un suo collegamento con C.Th. 9.1.3.

⁵² Cfr. *supra*, p. 9.

procedurale, perché risulta una fonte importante per discutere il problema della natura della *cognitio* criminale romana tardoimperiale. Non mi pare possibile considerare tale *cognitio* una procedura d'ufficio. Tale tipo di sistema non avrebbe potuto determinare esiti positivi, dovendosi basare sull'iniziativa di chi, l'autorità giudicante, vale a dire il vicario, il governatore o il prefetto del pretorio, non sarebbe mai venuto a conoscenza dei comportamenti sanzionati da C.Th. 3.11.1: peraltro, in caso positivo, tale autorità avrebbe dovuto ignorare tutte le *notitiae* che, non risultando *accusationes* nel rispetto dei relativi *solemnia*, erano da considerarsi denunce anonime. In un'epoca fortemente caratterizzata dall'espandersi dell'uso illecito del patrocinio, presentare un'accusa da parte di un *humilior*, di un plebeo o anche di un decurione nei confronti di un *potentior*, soprattutto se di rango senatorio, risultava tuttavia impresa assai rischiosa, proprio a causa del *periculum calumniae* e del principio della «riflessione della pena». Per questo Teodosio pensò bene di rafforzare la posizione di quanti subissero le illecite prepotenze descritte in C.Th. 3.11.1 consentendo di presentare un'accusa con l'aiuto del *defensor civitatis*. La costituzione di Teodosio appare, dunque, un elemento importante, tantopiù nel caso se ne offra un'interpretazione alla luce dei primi titoli dei *libri terribiles* di Digesto, codice teodosiano e codice Giustiniano, D. 48.2 '*De accusationibus et inscriptionibus*', D. 48.3 '*De custodia et exhibitione reorum*', C.Th. 9.1.1 '*De accusationibus et inscriptionibus*' e C.I. 9.2 '*De accusationibus et inscriptionibus*', in cui sempre si parla di *accusatio* e mai di concetti che richiamino alla mente l'idea di inquisizione, o di procedura d'ufficio, come base della *cognitio* criminale romana: senza dimenticare che un sistema processuale di tipo inquisitorio si basa sul principio di presunzione di colpevolezza e non sul principio di presunzione di innocenza, come invece risulta chiaramente per il sistema cognitorio romano, quantomeno da D. 48.3.6 e da C.Th. 9.1.19 (= C.I. 9.2.17)⁵³.

⁵³) Su C.Th. 9.1.19 cfr. *supra*, nt. 13; D. 48.3.6.1: '*... sic et divus Pius et alii principes rescripserunt, ut etiam de his, qui requirendi adnotati sunt, non quasi pro damnatis, sed quasi re integra quaeratur, se quis erit qui eum arguat ...*'.