

SALVATORE PULIATTI

POTERI DEL GIUDICE E PRINCIPIO DISPOSITIVO NEL PROCESSO POSTCLASSICO-
GIUSTINIANEO

Abstract: Muovendo da un breve quadro delle disfunzioni della giustizia in età tardoantica, il contributo mira a illustrare, attraverso l'apporto delle fonti giuridiche e storico-letterarie, da un lato gli inconvenienti prodotti dall'ampia presenza di tribunali speciali, che si occupavano di categorie speciali di cause, nell'assetto giurisdizionale del periodo storico considerato, dall'altro l'orientamento della *cognitio* tardoimperiale a dare effettività alle tutele attraverso l'accrescimento del ruolo e dei poteri dell'organo giudicante con particolare riguardo al giudizio di fatto.

1. Le disfunzioni della giustizia nel resoconto delle fonti storiche e letterarie

Che l'amministrazione della giustizia nel periodo del basso impero non brillasse particolarmente per imparzialità ed efficienza è constatazione diffusa nelle fonti e nell'analisi degli studiosi, confermata dal disposto degli innumerevoli interventi imperiali di segno repressivo, volti a tamponare e correggere i mali endemici di un sistema giudiziario corrotto e inefficiente¹.

Al di là degli aspetti tecnici, qualificanti il processo tardoimperiale come strumento inidoneo al fine di certificazione e autenticazione del diritto affidatogli dall'ordinamento, è nell'applicazione concreta dello strumento processuale che emergono con maggiore evidenza le disfunzioni di una macchina giudiziaria pletorica e farraginoso, in cui l'eccezione costituisce la regola e la forza o il potere prevale sulla imparzialità e sul diritto.

¹ Per un quadro complessivo dei caratteri della giustizia in età tardoantica e per una indicazione dei difetti e delle contraddizioni che ne alteravano il corretto funzionamento cfr. A. H. M. JONES, *Il tardo impero romano (284-602)*, Milano, 1974, 685-743; F. GORIA, *La giustizia nell'impero romano d'Oriente: organizzazione giudiziaria*, in *La giustizia nell'alto medioevo (secoli V-VIII)*, I, Spoleto, 1995, 259-336 (ora in *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di F. Goria*, Alessandria, 2016, 241-312); L. DE GIOVANNI, *Istituzioni Scienza giuridica Codici nel mondo tardoantico*, Roma, 2007, 291-301; S. CONNOLLY, *Lives behind the Laws. The World of the Codex Hermogenianus*, Bloomington, 2010, 16-38.

Nulla meglio delle parole messe sulle labbra di un greco rinnegato da Prisco di Panion possono offrire un quadro sufficientemente chiaro dei mali che affliggevano il sistema giudiziario romano alla metà del V secolo²:

1- Prisco, 8; *Fragmenta Historicorum Graecorum*, V/2: *La legge non è uguale per tutti. Se un ricco viola la legge può evitare di pagare le conseguenze dei suoi misfatti. Ma se è un povero, che non sa a quale santo votarsi, subisce il rigore della legge, a meno che non muoia prima del processo, mentre i procedimenti si trascinano senza termine e bisogna affrontare grosse spese. La cosa più mostruosa è di dover pagare la giustizia. La parte offesa non può ottenere un'udienza se non paga denaro al giudice e ai suoi funzionari.*

Due sono le piaghe che secondo questa attestazione più gravemente affliggono la vita dei cittadini romani: la disparità della legge e gli abusi dei tribunali romani³, e delle due certamente la seconda più aveva colpito la sensibilità dello storico per la capacità di incidere profondamente sulla realizzazione del fine di giustizia che dovrebbe esser proprio dello strumento processuale⁴.

² I termini di quella presa di distanza e visione critica sono chiaramente messi in risalto dal ben noto resoconto di quell'incontro avuto dallo storico con un commerciante greco che aveva scelto di vivere con gli Unni piuttosto che come cittadino dell'Impero romano.

³ Entrambe queste disfunzioni dovevano esser ben presenti alla riflessione dello storico e radicate nella società tardoimperiale, se da un lato egli non può sottrarsi alla necessità di offrime un quadro tristemente realistico e dall'altro avverte l'esigenza di formulare una difesa d'ufficio dell'ordinamento romano. Questo è basato su ideali di correttezza e giustizia e la normazione imperiale, che ne costituisce il perno, è, per Prisco, elemento indispensabile per un equilibrato funzionamento dello Stato nel suo complesso. Di fronte ai valori intrinseci di quell'ordinamento, appassionatamente difesi, anche la critica severa si attenua e l'avversario di Prisco è costretto a convenire che le leggi sono per sé nobili e la costituzione romana buona, semmai sono i magistrati che ne minano il funzionamento e ne ostacolano l'efficacia determinando ritardi e parzialità (anche se in buona fede per non commettere errori).

Prisco e il suo interlocutore non sono tuttavia i soli a proporre una idealizzazione della *politeia* romana e del suo sistema legale. All'inizio del V secolo lo storico spagnolo Orosio (*Historia adversus paganos*, 7.43; più in generale per questi aspetti J. Harries, *Law and Empire in late antiquity*, Cambridge, 1999, 6-8 e 19, il quale sottolinea come "imperial constitutions ... formed the living law of the Empire"), riferendo di un colloquio tra un cittadino di Narbona e il re goto Ataulfo, ricorda come questi fosse divenuto ad affermare che le leggi erano un prerequisito tanto per la civilizzazione (come opposta alla barbarie) quanto per l'esistenza stessa di uno Stato e da esse non si poteva prescindere, dato che senza di loro uno Stato non sarebbe stato propriamente tale. La concezione così espressa non si discosta gran che da quella di Prisco: entrambe considerano infatti imprescindibile il legame tra legge e Stato, solo che Prisco, cittadino romano, considerava le leggi come parte integrante della *respublica*, mentre Ataulfo ne faceva una precondizione perché lo Stato si potesse costituire. Al di là di queste diversità ciò che conta è che però in entrambi i casi un ideale comune trovava affermazione, quello per cui un sistema di leggi, se osservato, può garantire ordine e giustizia.

⁴ Prisco stesso, ancora più avanti nella sua trattazione, riconosceva la lentezza della giustizia romana e la gravosità delle *sportulae* giudiziarie, anche se nel suo tentativo di difesa del sistema legale romano giustificava l'una con l'esigenza di ponderazione del giudizio e l'altra con la necessità di remunerare adeguatamente i servizi resi.

La corruzione giudiziaria e l'incompetenza tecnica dei giudici erano, infatti, mali radicati che gli imperatori erano impotenti a sopraffare⁵.

Ma altrettanto dannose per l'integrità della giustizia erano la pressione e le minacce dei potenti⁶. In una società caratterizzata dal peso rivestito dal rango delle cariche, i governatori provinciali, i quali rivestivano il grado di *perfectissimi* o al massimo di *clarissimi*, non potevano che trovarsi in difficoltà a fronteggiare contendenti che ricoprivano il rango di *spectabiles* o *illustres*⁷. Agostino nelle *Confessioni* ricorda con sincera ammirazione la particolare fermezza mostrata dall'amico Alipio quando rivestiva la carica di assessore del *comes largitionum italicarum*:

⁵ Un giudice di professione era sempre stato estraneo alla tradizione romana. L'amministrazione della giustizia era una delle funzioni di un magistrato, i principali doveri del quale potevano essere amministrativi, finanziari o militari. Questa tradizione fu conservata nel tardo impero e comportava che gran parte di coloro che amministravano la giustizia non erano scelti per la loro cognizione della legge, e che molti di essi non la conoscevano affatto. La maggior parte dei giudici di prima istanza dovevano infatti le loro cariche alla ricchezza e al rango, e lo stesso valeva per i vicari, i proconsoli e ancor più per i prefetti urbani e i prefetti del pretorio, i quali erano generalmente scelti per la nobiltà della nascita. L'inadeguatezza dei giudici era in qualche misura compensata dall'istituzione degli assessori o consiglieri giudiziari. Ogni magistrato con compiti giudiziari aveva almeno un assessore che di norma sceglieva tra gli avvocati o gli esperti di diritto. Ma anche questo espediente non era sufficiente ad assicurare la necessaria competenza giuridica degli organi preposti alla amministrazione della giustizia visto che molto spesso gli assessori erano giovani avvocati con poca esperienza che aspiravano alla carica più per ambizione personale che per colmare le lacunose conoscenze giuridiche dei magistrati cui erano affiancati. Tant'è che Giustiniano nel preambolo di Nov. 82 (a. 539) sentiva l'esigenza di sottolineare il bisogno esistente di giudici competenti in materia di legge che non si basassero per assumere le proprie decisioni sulle opinioni espresse da altri, Nov. 82 praef. (trad. Schoell-Kroll): *Neque enim existimavimus decere quosdam iudicum nomen habere cum legum utique imperitos tum ne reum quidem experientia adiutos. Nostris enim iudicibus omnino etiam assessores adsunt, qui quae ad leges pertinent interpretentur et eorum occupationes suppleant, quandoquidem multis curis quas apud nos habent distenti merito iudiciale munus assessorum suorum praesentia suppleant. Illi vero, qui neque magistratum gerunt neque nobis inserviunt, si non ultro quidem quid iuris sit compertum habituri sint, sed aliunde iudicandi honestatem emendicaturi, qui non maximo hoc detrimento reipublicae erit, quod non iis qui ultro quid faciendum sit sciunt lites traduntur, sed iis permittitur ut alios quaerant, a quibus discere liceat quae in iudicando loqui oporteat?*. Cfr. in proposito A. H. M. JONES, *Il tardo impero romano (284-602)*, cit., 718-726; F. GORIA, *La giustizia nell'impero romano d'Oriente: organizzazione giudiziaria*, in *La giustizia nell'alto medioevo (secoli V-VIII)*, I, Spoleto, 1995, 299-303 (ora in *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di F. Goria*, Alessandria, 2016, 281-285).

⁶ Se la competenza giuridica non era un dato ricorrente, anche l'onestà e l'indipendenza costituivano infatti più che requisiti concreti, qualità ideali per un funzionario con compiti giudiziari. La corruzione giudiziaria era un male radicato che gli imperatori faticavano a sradicare. La sua larga diffusione è attestata non solo dalla condanna dei moralisti, cristiani e pagani, ma da numerose costituzioni nei codici, e in modo anche più eclatante dalla lode che si tributava ai governatori onesti. Osservava in proposito A. H. M. JONES, *Il tardo impero romano (284-602)*, cit., 721 come "un'età, nella quale era un alto elogio per un giudice che si ritirava il dire che egli lasciava la carica altrettanto povero di quando vi era entrato, deve aver avuto un basso livello di onestà giudiziaria. La colpa - secondo lo studioso- spettava in parte al sistema di nomina. I governatorati provinciali erano normalmente concessi a uomini che li sollecitavano perché avevano speranza di ricavarne profitto: Marciano si vantava con orgoglio di "avere sradicato la venalità dei giudici" nominando uomini onorati che bisognava pregare perché accettassero la carica. Inoltre la maggior parte dei governatori provinciali avevano pagato somme considerevoli per la nomina e dovevano rifarsi delle spese in fretta, perché la durata della carica era breve. Questo abuso -sottolinea Jones- fu considerato da Giustiniano come la causa radicale della corruzione giudiziaria, e abolendo la compravendita delle cariche egli fiduciosamente sperava di ottenere che i giudici conservassero le mani pulite".

⁷ Se desideravano far carriera certamente avrebbero evitato di mettere a rischio le proprie prospettive recando pregiudizio a personaggi influenti; d'altra parte anche se intendevano abbandonare l'ufficio ricoperto dovevano stare in guardia contro le ritorsioni dei potenti. E ciò sia che rivestissero la carica di assessori che di giudici.

2-Agost., Conf., 6.16: *C'era in quel tempo un potentissimo senatore dai benefici del quale molti erano obbligati e per paura di lui molti erano sottomessi. Egli voleva, come è costume dei potenti come lui, che gli fosse permesso di fare non so che di proibito dalle leggi. Alipio fece resistenza. Gli fu promesso un premio, ma egli rise con orgoglio. Fu sottoposto a minacce, ma egli le dispreggiò. Tutti ammiravano l'animo straordinario che non desiderava come amico e non temeva come nemico un uomo così potente da essere famoso per gli innumerevoli mezzi che possedeva di conferire benefici o portare offesa. Lo stesso giudice di cui era consigliere, sebbene non desiderasse cedere, non faceva fronte apertamente al senatore ma, gettando il peso su Alipio, dichiarava che era quello a non permettergli di cedere; e infatti, se avesse ceduto, Alipio lo avrebbe lasciato.*

Gli esponenti dei ranghi più elevati della gerarchia avevano numerosi mezzi per far sentire la propria influenza. Avevano il diritto ufficiale di accesso alla residenza del governatore, ed era loro consentito, se volevano, di sedergli accanto sul banco del tribunale⁸.

Si dava in sostanza una giustizia per i ricchi e un'altra per i poveri. Nel caso in cui una delle parti fosse stata un normale cittadino e l'altra una persona ricca e influente, l'esito del giudizio non poteva che pendere decisamente in favore della seconda. In particolare, se quest'ultima era il convenuto, poteva avvalersi della *praescriptio fori* facendo leva su un qualche grado onorifico, e chiedere la giurisdizione di un tribunale lontano o costoso dove il povero avversario non sarebbe stato in condizione di far fronte al processo. In qualità di attore poteva richiedere un ordine o rescritto imperiale che lo autorizzasse a trascinare l'avversario presso tribunale superiore, costringendolo così ad abbandonare la causa per non dover affrontare le ingenti spese necessarie per poter difendersi in giudizio⁹.

⁸ Graziano nel 377 proibì a tutti coloro che risiedevano nella provincia di far visite private al governatore nelle ore pomeridiane sia a motivo della conoscenza personale sia in virtù del rango: CTh. 1.16.13: *Che nessuno faccia ingresso nella casa del magistrato ordinario della medesima provincia nelle ore pomeridiane vantando la propria conoscenza personale con lui, sia che sia conosciuto sia che sia sconosciuto al magistrato, ovvero facendo valere il proprio rango.* (a. 377). Onorio nel 408 reiterò questo provvedimento (CTh.1. 20. 1; a. 408).

⁹ Cfr, in argomento A. H. M. JONES, *Il tardo impero romano (284-602)*, cit., 736-738.

Questi fenomeni devianti trovavano luogo in particolare nel caso in cui la controversia fosse radicata presso il tribunale provinciale. Era frequente infatti che il governatore fosse sensibile alla corruzione e alle intimidazioni dei potenti; ma anche nel caso fosse stato onesto e coraggioso, un litigante ricco avrebbe sempre potuto aver ragione di un avversario povero facendo appello ai tribunali superiori.

Una controversia che Simmaco riferì all'imperatore mostra chiaramente come un personaggio di rango elevato potesse sottrarsi all'avversario benché i giudici investiti del giudizio fossero onesti. Un certo Marcello aveva convenuto in giudizio Venanzio, uno *strator* (inserviente addetto alla cura delle stalle), perché l'aveva espulso dal suo possedimento. Nonostante Venanzio avesse perso la causa instaurata davanti al governatore di Puglia e Calabria, Marcello non poté ugualmente avere ragione dell'avversario, dato che Venanzio riuscì a evitare l'esecuzione ponendo in essere ogni possibile espediente: dapprima ricorrendo senza successo in appello al tribunale del prefetto dell'Urbe (dato che erano trascorsi i termini per la rinnovazione del giudizio) e poi facendo valere il suo diritto, in quanto scudiere, a essere giudicato dal foro privilegiato del *magister officiorum* (capo della cancelleria):

3- Symm., *Rel.* 38:...2. *Presso il tribunale del governatore della Puglia era in corso un processo per violenza tra Marcello, che aveva denunciato di essere stato espulso dai suoi possedimenti, e Venanzio, un soldato del corpo degli scudieri...4.... La causa per violenza si era conclusa con la confessione di colpevolezza di Venanzio e con la condanna capitale di alcune persone. Dichiarai pertanto (in quanto prefetto dell'Urbe investito dell'appello) che il tribunale prefettizio non era più competente per il giudizio e decisi di riconsegnare Venanzio all'ufficiale (agens in rebus) sotto la cui scorta era giunto a Roma, poiché l'eminentissimo illustre capo della cancelleria aveva ordinato di tradurlo al suo tribunale. 5. Senonché Marcello aveva provato che Venanzio si era arruolato illegalmente nell'esercito, perché pur essendo registrato nell'albo dei decurioni, com'è stato dimostrato in base a documenti, sarebbe entrato nei ranghi delle truppe Palatine in violazione delle norme di legge...*

Una delle cause più preoccupanti delle disfunzioni della giustizia era, peraltro, secondo le fonti contemporanee, la malizia degli avvocati¹⁰, i quali approfittavano delle complicazioni e incertezze della legge e dei conflitti di giurisdizione dei tribunali per dilatare i tempi delle azioni legali, sia per arrotondare i propri onorari, sia nell'interesse di clienti che avevano cause cattive ma disponibilità elevate. Osservava in proposito Ammiano :

4- Ammiano, *Storie*, 30, 4 (regno di Valentiniano e Valente): *Costoro, fra le molteplici preoccupazioni che tormentano i giudici, legando le cause con insolubili nodi si danno da fare per coinvolgere in processi ogni situazione tranquilla e a bella posta ingannano con intricate indagini i tribunali, i quali, quando procedono rettamente, sono templi della giustizia, ma, allorché sono corrotti, si riducono a*

¹⁰ Ostacoli non meno gravi alla funzionalità e alla efficienza del processo come strumento rivolto ad assicurare la certezza del diritto, venivano peraltro anche dai ritardi e dalle lungaggini imposti all'*iter* processuale dall'inerzia dei giudici o dalle pratiche dilatorie artatamente poste in essere dalle parti o dai loro rappresentanti processuali al fine di allungare a proprio vantaggio la durata delle cause. La lentezza della giustizia era un motivo costante di lamentela. Un episodio narrato da Giovanni Malala a proposito del re Teodorico rivela bene il sentimento popolare. La vedova di un senatore, di nome Iuvenalia, che era stata implicata per trent'anni in una causa con il patrizio Fermo, presentò al re una petizione perché il giudizio fosse dato prontamente. Il re convocò gli avvocati di entrambe le parti e concesse loro due giorni per terminare la causa, pena la morte. Stimolati in questo modo gli avvocati si misero d'accordo per concludere il giudizio nel tempo stabilito. Quando Iuvenalia si recò a ringraziare il re, egli fece venire gli avvocati: "perché" chiese loro "non avete fatto in trent'anni quello che potevate fare in due giorni?" E ordinò che fossero giustiziati (Giov. Mal., *Chron.*, 384:... *Si avvicinò al re Teodorico una patrizia romana di nome Iuvenalia, vedova, e lo interpellò così: o re, fa' che si concluda la causa che ho con il patrizio Fermo ormai da trent'anni. Chiamati dunque gli avvocati di entrambe le parti, il re disse loro: 'Se non concluderete la causa entro due giorni e non libererete i vostri clienti, applicherò nei vostri confronti la pena capitale'. Discussa la causa nei due giorni previsti e ottenuta la sentenza furono liberate le parti. Iuvenalia, accesi dei ceri, si recò dal re e lo ringraziò per averla liberata dalla causa. Teodorico tuttavia si indignò con gli avvocati e convocatili presso di sé disse: 'Perché non avete fatto in trent'anni quello che potevate fare in due giorni?'. E ordinò che fossero giustiziati...).* Certo può darsi che Malala avesse esagerato nell'indicare in trent'anni la durata del processo di Iuvenalia, ma la testimonianza più sobria delle leggi prova ugualmente che un processo ordinario poteva richiedere parecchi anni. Giustiniano, "perché le liti non siano quasi immortali e non eccedano la misura della vita umana" (CI. 3, 1, 13; a. 530), stabilì che nelle azioni civili il giudizio dovesse essere dato entro tre anni e nei processi penali entro due (CI. 3.1.13: *Properandum nobis visum est, ne lites fiant paene immortales et vitae hominum modum excedant, cum criminales quidem causas iam nostra lex biennio conclusit et pecuniariae causae frequentiores sunt et saepe ipsae materiam criminibus creare noscuntur, praesentem legem super his orbi terrarum ponendam, nullis locorum vel temporum angustiis coartandam ponere. censemus itaque omnes lites super pecuniis... non ultra triennii metas post litem contestatam esse protraendas*). Queste norme si applicavano alla discussione iniziale davanti a un tribunale di prima istanza. Se si presentava appello Giustiniano stabilì che, se dopo un anno la causa non era conclusa, l'appello si considerasse scaduto e il giudizio originario restasse fermo, a meno che l'appellante potesse provare che il ritardo fosse dovuto al giudice o a qualche causa di forza maggiore, nel qual caso gli era concesso un altro anno (CI. 7, 63, 5, 4; a. 529).

fogne ingannevoli e cieche. Se qualcuno sorpreso vi cade, non riesce a uscirne che dopo molti lustri e dopo essere stato succhiato sino alle midolla.

In queste condotte gli avvocati erano grandemente aiutati dalla generale incompetenza dei giudici dei gradi inferiori, i quali quando dovevano affrontare qualche complicato argomento legale erano troppo inclini a rimandarlo a una autorità superiore.

Il governo imperiale ammoniva costantemente i giudici ordinari perché si decidessero e pronunciassero una sentenza, contro la quale si poteva sempre presentare appello se necessario, invece di aggiornare la causa con l'inviare una *relatio* all'imperatore. Nondimeno i giudici persistevano in quest'abitudine, che poteva causare ritardi indefiniti, perché le *relationes* andavano tutte al *comitatus* imperiale¹¹.

Non ultimo, tuttavia, tra i mali che contribuivano ad affliggere la giustizia tardoimperiale era il complesso sistema dei tribunali speciali e delle giurisdizioni privilegiate. Non doveva certamente essere facile per un attore qualsiasi individuare presso quale tribunale perseguire il proprio avversario, specie se questi apparteneva o sosteneva di appartenere a una delle classi privilegiate; e ugualmente i giudici erano spesso in difficoltà per stabilire se avevano o no giurisdizione in un determinato caso.

¹¹ Naturalmente questi ritardi aumentavano fortemente le spese dei contendenti, in particolare quando la causa era giudicata lontano dalle loro residenze ed essi erano obbligati a permanere per parecchi mesi in una città distante nella quale il prezzo dell'alloggio era elevato, come naturalmente accadeva in Costantinopoli. Ma a parte queste spese incidentali e gli onorari degli avvocati e i regali per i giudici, le spese ufficiali dei giudizi erano assai pesanti. In tutti i gradi di un'azione legale bisognava pagare dei diritti ai funzionari del tribunale. I diritti, come il loro nome (*sportulae*) indica, erano in origine, mance non ufficiali e illecite. Costantino li considerava ancora tali, e tentò con una legge severa di sopprimerli. L'imperatore disponeva nel 331 con CTh. 1, 16, 7 (a. 331): *Cessent iam nunc rapaces officialium manus, cessent, inquam: nam nisi moniti cessaverint, gladiis praecedentur*. Le parti per l'introduzione della causa pare dovessero pagare il *princeps* e i suoi *adiutores*, e per una copia degli atti dovevano pagare altri funzionari. Ma più avanti, nel 370, le *sportulae* erano divenute un'istituzione ormai riconosciuta tanto da essere regolate ufficialmente: CTh. 1, 29, 5 (a. 370): *Utiles ratione prospectum est, ut innocens et quieta rusticitas peculiaris patrocinii fruatur, ne forensis iurgii fraudibus fatigata, etiam cum ultionem posceret, vexaretur; dum aut avarior instruitur advocatus aut obsessor liminis maioribus princeps praemiis exoratur, dum acta ab exceptoribus distrahuntur, dum commodi nomine amplius ab eo qui vicerit intercessor exposcit quam redditurus est ille qui fuerit superatus*. Nonostante i tentativi di regolarle fu inevitabile che le *sportulae* salissero lentamente nel corso del tempo. Giustiniano, tra le molte altre riforme in campo giudiziario, promulgò una tabella generale dei diritti dei tribunali che portò nel complesso a una riduzione, in particolare per quelli dell'alto tribunale della prefettura del pretorio. Sfortunatamente questa tabella non è stata conservata (cenni in Inst. 4, 6, 25; Nov. 17, 3; 82; 86; 129).

Una fattispecie ricordata da Simmaco, relativa alla devoluzione al fisco dei *bona vacantia* di una matrona subordinatamente alla prova della nullità del testamento redatto (secondo la decisione imperiale), testimonia delle difficoltà che si potevano incontrare. La causa di nullità era stata instaurata davanti al *rationalis urbis Romae*, ma gli eredi si appellarono a Simmaco come prefetto della città. Egli, basandosi sulla norma che gli appelli dal *rationalis* andavano alle normali corti d'appello, stava sul punto di assumere la causa, quando gli fu obiettato che il *rationalis* non aveva agito in virtù della giurisdizione inerente alla sua carica, ma per delega del *comes rei privatae* e che pertanto il giudizio di appello doveva tornare a lui (in quanto delegante). Simmaco non si sentì in grado di decidere se rientrava nella sua competenza e rimandò la causa all'imperatore:

5- Symm., Rel. 41:... *In seguito alla richiesta del funzionario (ex protector) Marciano, tesa a ottenere l'assegnazione dei beni di Agarrea in quanto vacanti, l'imperatore dispose che, in assenza di eredi legittimi o testamentari, tale eredità sarebbe stata incamerata dal fisco perché priva di proprietari. (In conseguenza)... gli eredi designati di Agarrea sono perseguitati da funzionari del fisco (rationales) e avvocati del patrimonio imperiale. Ultimamente, poi, a ben sei anni dalla lettura del testamento, nelle vicende di questa causa è intervenuto l'ostacolo imprevedibile di un'istruttoria condotta in maniera vergognosa. Infatti, quando il delatore dei beni si presentò al rationalis Bassiano... l'opposizione della controparte fu del tutto ignorata...3. Successivamente, sebbene la lettura del testamento redatto a norma di legge ne avesse provato pubblicamente la validità, fu avanzata una calunnia priva di fondamento, secondo cui coloro che l'avevano sottoscritto come testimoni avevano ricevuto un certo lascito del testamento stesso. ... (Essendo stato annullato il testamento) ne venne la decisione di proporre appello. Allorché il tribunale della prefettura urbana... si accinse a esaminarlo, fu proposta di nuovo un'eccezione del tutto infondata per impedire che il caso venisse discusso. Si sostenne che, siccome il rationalis aveva svolto il giudizio di primo grado per*

delega dell'illustre ministro del patrimonio imperiale, la competenza della causa doveva essere restituita al tribunale di quest'ultimo. Ma in realtà tutta la questione... competeva in appello al tribunale prefettizio...7. Esaminate pertanto tutte le risultanze, sentenziai che il rescritto imperiale non toccava i beni di Agarrea, perché la risposta imperiale aveva stabilito che l'eredità fosse incamerata dal fisco solo in caso di assenza di eredi legittimi o testamentari. Invece tali beni erano stati assegnati a Marcello, Bizia ed Eliodoro in virtù delle volontà legalmente valide della defunta. A questo punto l'avvocato del patrimonio imperiale ha provocato la sospensione della mia sentenza proponendo un appello inusitato...

L'intricata trama delle giurisdizioni sarebbe stata già abbastanza complessa se i litiganti, i tribunali e il governo stesso si fossero attenuti alle regole già complicate. Ma purtroppo nella situazione già delicata si generava un'ulteriore ragione di difficoltà per l'inveterata tendenza di tutte le parti a trascurare le norme. I contendenti più ricchi o influenti tendevano, infatti, ad assicurarsi rescritti della cancelleria imperiale citando gli avversari a comparire davanti a un tribunale incompetente. Così civili trascinavano altri civili davanti ai tribunali militari, che erano più efficienti nel far comparire i convenuti e nell'eseguire le sentenze, e d'altro canto querelanti di alto grado citavano militari che servivano alla frontiera nei tribunali civili della capitale. Ma più spesso un litigante d'alto rango avrà convocato un umile avversario davanti a un tribunale distante e costoso. Queste pratiche erano naturalmente incoraggiate dai giudici e dai funzionari dei tribunali ai quali erano presentate tali richieste, “poiché – come osservato- un maggior volume di cause significava più doni a scopo di corruzione e maggiori onorari”¹². In questa situazione un intervento dell'autorità imperiale si rendeva imprescindibile se si voleva ricondurre il processo al fine istituzionale suo proprio di strumento di certezza e affermazione del diritto. La legislazione di Giustiniano in argomento è

¹² A. H. M. Jones, *Il tardo impero romano (284-602)*, cit., 711.

forse lo sforzo più organico condotto in questa direzione durante l'età tardoimperiale e richiamarne alcuni aspetti della disciplina appare imprescindibile se si vuole comprendere l'essenza di un intervento che da un lato portò alla tanto auspicata razionalizzazione delle giurisdizioni e dall'altro impresso una forte spinta al processo di adeguamento dei giudizi al fine di giustizia loro proprio¹³.

In età giustiniana, si deve osservare, la struttura chiusa dell'ordine dei processi imponeva la regola dell'esclusività dei tribunali da adire, perché in quel periodo non si poteva instaurare processo indifferentemente davanti a qualsiasi sede giudiziaria. In linea generale il principio che determinava la sede del processo era quello del domicilio del convenuto: *actor sequatur forum rei*, dicevano le regole del diritto romano, cioè accusatore o attore, nelle azioni penali o in quelle civili, doveva instaurare il processo nel tribunale che aveva giurisdizione sull'accusato o convenuto. Nelle cause ordinarie questo significava il tribunale all'interno della cui circoscrizione il convenuto avesse il proprio domicilio, cioè di norma, a parte la competenza per le liti minori degli eventuali magistrati cittadini o del *defensor civitatis*, quello del governatore della provincia dove il convenuto viveva. Al di fuori di questa competenza generale, cui peraltro erano previste eccezioni (come per le cause penali attraverso il ricorso al foro del commesso delitto), stava l'ampio novero dei tribunali speciali che avevano il compito di occuparsi di cause vertenti su materie particolari o su particolari categorie di persone. Era il principio della *praescriptio fori*, inteso come "mezzo processuale con cui è fatta valere l'incompetenza del giudice adito",¹⁴ per esso certe categorie di cause amministrative e varie categorie di persone, vuoi come convenuti, e qualche volta anche come attori nelle cause civili, potevano pretendere la giurisdizione di un tribunale diverso da quello ordinario. Ciò era conseguenza della pressoché inscindibile interdipendenza tra funzione amministrativa e giurisdizionale per cui,

¹³ Cfr. per questi aspetti S PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustiniana*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del Convegno. Modena, 21-22 maggio 1998*, a cura di S. Puliatti e A. Sanguinetti (Milano 2000), 43-152.

¹⁴ Cfr. P. GARBARINO, *La praescriptio fori nei secoli V e VI: aspetti procedurali*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro* (Milano 2000), 1-41.

secondo un vecchio principio romano, tutti i magistrati avevano giurisdizione nelle dispute che sorgevano nella loro sfera di amministrazione¹⁵ e ogni magistrato o ufficiale che avesse personale alle sue dipendenze doveva esercitare giurisdizione sopra di esso. Questi vari tipi di giurisdizione speciale, distinguibili *ratione materiae* o *ratione personae*, potevano facilmente trovarsi in contrasto con quella dei tribunali ordinari generando confusioni e conflitti che, in mancanza di regole che ne fissassero con relativa chiarezza i limiti, spesso portavano ad accrescere le competenze di quelli a scapito appunto dei tribunali ordinari. In questo quadro, oltre i casi della giurisdizione fiscale e di quella militare ed ecclesiastica cui si è in precedenza accennato, posizioni particolari tali da configurare un vero e proprio *privilegium fori* erano quelle di cui godevano i senatori e i funzionari statali. I senatori residenti in Costantinopoli potevano essere convenuti soltanto dinanzi ai tribunali o del *praefectus urbi* o del *praefectus praetorio*¹⁶ o, dietro ordine dell'imperatore, del *magister officiorum*; mentre quelli che avevano abitazione in provincia potevano essere chiamati in giudizio sia nel luogo di residenza sia in quello dove abitualmente dimoravano. I membri della burocrazia statale dovevano essere portati in giudizio davanti all'autorità alle cui dipendenze erano addetti¹⁷, così per alcune categorie di funzionari (*agentes in rebus, fabricenses*) era competente il *magister officiorum*¹⁸; per i dipendenti degli uffici finanziari il *comes*; per i funzionari della prefettura, a meno che trovandosi in provincia fossero liberi da doveri di ufficio¹⁹, il prefetto. Le ragioni di tali concessioni più che nella volontà di evitarne l'allontanamento dalle loro funzioni²⁰ o nella necessità di sottrarli a eventuali ritorsioni per atti compiuti in servizio, stavano in esclusive ragioni di privilegio, il cui riconoscimento finiva peraltro per comportare abusi e una

¹⁵ In proposito significativo l'esempio dei *curatores aquarum* che fin dalla loro istituzione avevano avuto competenza in materia di acque o quello dei procuratori cui Claudio aveva dato competenza per le controversie fiscali.

¹⁶ Cfr. GORIA, *La giustizia nell'impero romano d'Oriente: organizzazione giudiziaria* cit., 291.

¹⁷ Spesso peraltro anche i loro familiari o collaboratori (CJ.11.10 (9).6 di Leone *sine anno*; 12.16.4 di Zenone *sine anno*; 12.19.12 di Anastasio *sine anno*; 12.25 (26). 3 di Leone *sine anno*).

¹⁸ CJ.12.26.2 del 443-444.

¹⁹ Nov.7.1=CJ.3.25.1 di Teodosio II del 439.

²⁰ CJ.12.16.4 di Zenone.

sostanziale impunità del personale così favorito. In effetti, già sotto Teodosio II è attestato il ricorso a esse da parte di personale che non ricopriva alcuna funzione pubblica, ovvero l'utilizzazione di esse in maniera distorta per sottrarsi a obblighi fiscali o curiali ovvero coprire malversazioni e concussioni. Per rimediare agli abusi così perpetrati, specie in provincia, Giustiniano stabilì in primo luogo che i funzionari pubblici ivi residenti non potessero sottrarsi ai giudici naturali in materia fiscale e criminale; e inoltre che, se in provincia fossero stati mandati per svolgere funzioni giurisdizionali, sarebbero stati convenuti davanti al governatore se avessero preteso *sportulae* eccessive²¹.

Certo nel sistema giustiniano l'esistenza di giurisdizioni speciali si spiega con la necessità di salvaguardare i privilegi di cui godevano intere classi sociali o singoli personaggi, quali militari e funzionari fiscali, che perciò dovevano essere giudicati da corti di giustizia particolari, indipendenti dal governatore provinciale. Ma non erano sicuramente estranee alla loro utilizzazione anche ragioni di inefficienza della giustizia ordinaria. Questo quadro non poteva peraltro che generare effetti perversi: confusioni e incertezze circa il foro competente, conflitti di giurisdizione e più in generale pesanti disagi per le parti più deboli che, come visto, potevano essere trascinate davanti a un tribunale che non era il loro e che talvolta poteva essere anche lontano²².

2– Effettività delle tutele e poteri del giudice

Se si guarda poi all'applicazione dello strumento processuale e in specie al ruolo dell'organo giudicante con particolare riguardo al giudizio di fatto, occorre osservare come alla veste più marcatamente ufficiale assunto da questo, in sintonia con l'affermarsi dell'assolutismo imperiale, abbia fatto seguito da un lato un'accentuazione della sua funzione di direzione e d'indagine fino a farne "ricercatore della verità", secondo le parole di Costantino, dall'altro, come riflesso

²¹ Cfr. Nov.8.6 e 12 pr. e Nov.17.4 e 5.

²² JONES, *Il tardo impero romano*, II, cit., 711.

della sua più rigida subordinazione all'autorità imperiale, una più decisa limitazione della discrezionalità in precedenza goduta attraverso la fissazione di criteri legali circa l'ammissibilità e la valutazione delle prove²³. Testimonianza di questo risulterebbe, tra l'altro, l'esistenza nel Codice Teodosiano di un apposito titolo *De fide testium et instrumentorum* (CTh. 11.39), in cui l'efficacia probatoria degli *instrumenta*, la loro *fides* sarebbe stata oggetto di apposita trattazione²⁴.

²³ Una volta infatti riconosciuta la funzione di attuazione del diritto e di risoluzione delle controversie come pubblica anche la formazione del convincimento del giudice e l'accertamento della verità dei fatti, che quella attuazione condiziona, non avrebbe più avuto rilievo soltanto nella sfera ristretta e limitata dell'interesse privato delle parti in contesa, ma riguardando in modo diretto ed immediato l'interesse più generale all'attuazione della giustizia, avrebbe finito per esser oggetto dell'intervento normativo imperiale. Ne sarebbe così sorta una disciplina giuridica del giudizio di fatto che non altro valore avrebbe avuto che quello di circoscrivere la discrezionalità dell'organo giudicante, garantendone l'imparzialità del giudizio, e indirizzandone l'attività secondo precise regole formali (al fine della individuazione della verità). Ruolo determinante in questo processo sarebbe stato svolto dalla normazione postclassica che, ad onta della sua pretesa arbitrarietà e disorganicità, avrebbe dedicato particolare attenzione ai problemi legati alla fase istruttoria della *cognitio*.

²⁴ Queste posizioni, basate su una netta contrapposizione strutturale tra modelli processuali, pur cogliendo alcuni elementi essenziali delle trasformazioni intervenute, lasciano, peraltro, spazio ad alcune mediazioni, che pur non disconoscendo gli orientamenti di fondo di quelle impostazioni consentono di temperarne (sotto il profilo dell'evoluzione storica e dell'organicità degli interventi) la radicalità delle affermazioni. E in particolare quanto al profilo sistematico è da rilevare anzitutto, come autorevolmente sottolineato (Archi 1859-62 e Zilletti), che la presenza di quella rubrica nel Teodosiano non si può del tutto considerare espressione della particolare attenzione dedicata dal legislatore alla materia probatoria, di fronte alla presenza di analoghi titoli nei Codici Gregoriano ed Ermogeniano e mancando da parte dei compilatori un effettivo proposito di inquadramento organico della materia trattata, all'interno della sistematica complessiva del Codice. Occorre infatti rilevare come sia piuttosto a Giustiniano e alla sua Compilazione che bisogna guardare per poter parlare di un vero e proprio trattato sulle prove che ne disciplini i principi generali, i singoli mezzi e le modalità di esercizio, pervenendo a un'effettiva considerazione d'insieme.

Ma se poi si guarda alla disciplina specifica dettata dal legislatore si può notare come, ad onta dell'assenza di vere e proprie innovazioni sistematiche nel Codice Teodosiano, non sia mancata nella normazione postclassica un'autonoma attenzione al processo nel suo complesso, e in particolare alla fase istruttoria, sia pure in connessione con gli aspetti sostanziali della disciplina degli istituti toccati. E tale considerazione ha portato ad alcuni interventi che, anche se non radicalmente antitetici rispetto agli orientamenti tradizionalmente seguiti in tema di disciplina delle prove, si sono indirizzati secondo alcune linee di orientamento conformi alle scelte operate dal legislatore sul piano sostanziale. Così sembra inquadarsi la costituzione di Costantino in tema di giudizio petitorio riportata in che, peraltro, proprio per la singolarità degli orientamenti che ispirano il legislatore non risulta accolta né nel Breviario alariciano né nel successivo Codice giustiniano: (CTh. 11.39.1 Imp. Constantinus A. Aurelio Helladio. *Etsi veteris iuris definitio et retro principum rescripta in iudicio petitori eius rei quam petit necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et iustitia moti iubemus, ut, si quando talis emergerit causa, in primordio iuxta regulam iuris petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat; sed si deficiat pars eius in probationibus, tunc demum possessori necessitas imponatur probandi, unde possideat vel quo iure teneat, ut sic veritas examinetur*. Trad. : Sebbene il precetto dell'antico diritto e i precedenti rescritti dei principi abbiano assegnato al rivendicante la necessità di provare in giudizio la spettanza di ciò che chiede, tuttavia noi mossi dall'equità e dalla giustizia abbiamo ordinato che nei casi in cui si controverta in proposito, anzitutto (in apertura) secondo il diritto il rivendicante debba provare, a quale titolo la cosa gli appartenga; ma se sia carente il compito da lui assolto nel provare, allora si imponga al possessore la necessità di provare, da dove provenga il suo possesso o quale titolo tenga la cosa, affinché così sia riscontrata la verità). In essa il legislatore stabilisce per i processi di rivendicazione (forse non tutti secondo l'ipotesi del Gotofredo) un meccanismo particolarmente severo di prova che fa leva non solo sull'iniziativa dell'attore, cui compete di dimostrare il fondamento della sua pretesa (proprietà del bene), ma anche sull'intervento dell'organo giudicante alla cui valutazione spetta stabilire la sufficienza della prova fornita e in mancanza il compito di addossare al convenuto la giustificazione del suo possesso. Con ciò non si viene peraltro, come è stato supposto, a un superamento della regola tradizionale dell'onere della prova in ossequio a una nuova concezione del processo che in ragione di una più efficace ricerca della verità sostituisca un indirizzo inquisitorio al precedente principio dispositivo. Il principio dell'onere della prova risulta rispettato e addossato come di norma all'attore. Semmai le

ragioni che spingono a gravarne il convenuto, in caso la prova fornita dall'attore risulti carente alla valutazione dell'organo giudicante, sono altre e, come si è ritenuto (Archi), sono ragioni legate ad alcuni aspetti della circolazione dei beni particolarmente sentiti in età tardoimperiale, tra le quali specifico rilievo assumono quelle volte a garantire la sicurezza dei trapassi di proprietà e dei negozi relativi. A questo fine la legislazione postclassica e quella costantiniana in specie ha posto la propria attenzione alla individuazione dei mezzi utili ad assicurare la certezza dell'esistenza dei rapporti giuridici e degli effetti da essi prodotti. E come sul piano sostanziale ha provveduto attraverso un appesantimento delle forme esteriori, così sul piano processuale ha disposto, *facendo leva sull'azione dell'organo giudicante*, il ricorso a tutti i mezzi che ragioni di *aequitas* e di *iustitia* suggerivano come utili onde potesse esser raggiunta quella certezza che l'applicazione delle regole tradizionalmente osservate non garantiva. Questa esigenza di certezza, facendo leva sull'azione dell'organo giudicante, postula l'utilizzo di tutti i mezzi rivolti alla ricerca della *veritas*, all'accertamento della effettiva esistenza e natura dei rapporti intercorsi tra le parti.

Così ancora Costantino di nuovo a proposito di controversia petitoria inficiata dal sospetto di produzione (da parte dell'attore) di falsi documenti, privilegia nella sua decisione ragioni di sicurezza e certezza dell'esistenza dei rapporti, facendo prevalere l'esigenza di definizione della controversia civile (con il conseguente accertamento della proprietà) sulla soluzione della questione di falso. (CTh. 9.19.2.1 Imp. Constantinus A. ad Maximum p.u. ...*Sed ubi falsi examen inciderit, tunc ad morem pristinum quaestione civili per sententiam terminata acerrima fiat indago argumentis testibus scriburarum conlatione 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...* Trad.: Ma se intervenga una questione di falso, allora secondo l'antico costume, chiusa con sentenza la controversia civile, si proceda a una accuratissima indagine per mezzo delle allegazioni, dei testi, del confronto delle scritture e di tutti gli altri strumenti di accertamento della verità. Né l'accertamento gravi soltanto sull'accusatore, né la necessità di provare sia attribuita soltanto a lui, ma il giudice si interponga tra le parti...emanando la sentenza definitiva che a lui piacerà). Ma una volta immediatamente e temporaneamente soddisfatte quelle esigenze il legislatore evidenzia nella medesima disposizione come la certezza non vada disgiunta, anzi debba poggiare sulla ricerca della effettiva *veritas* e a tal proposito dispone la necessità di un'*acerrima indago* che vada oltre i principi e le regole governanti tradizionalmente l'onere della prova e, facendo leva sulla figura del *iudex*, cui come *medius* incombe interporre tra le parti, stimolandone le allegazioni, si avvalga di tutti gli strumenti di prova utili alla definizione della questione di falso. L'orientamento costantiniano trova poi riaffermazione pochi anni più tardi in una costituzione di Costanzo del 346 che anch'essa fa leva, ai fini dell'accertamento della *veritas*, sull'attività di entrambe le parti del giudizio di fatto (CTh.11.39.4 Imp. Costantius et Constans AA. Aurelio Mimenio. *Quotiens scriptura aliqua profertur eaque ab eo, adversus quem facere videtur, suspecta dicitur, non solum is, qui de ea dubitat, falso conscribta cogatur ostendere, verum etiam ille, qui eadem utitur, veritate subnixam probare cogatur*). La norma, ponendo a carico non solo di chi contesta l'autenticità della scrittura, ma anche di chi la sostiene l'onere della prova sembra riporre nel confronto reciproco delle posizioni la possibilità dell'effettivo accertamento della falsità e ancora una volta fa leva, sia pure indirettamente, sull'attività dell'organo giudicante affinché *veritate subnixam probare cogatur*. In entrambi i casi sul presupposto di una stretta relazione tra scelte operate sul piano processuale e sottostanti esigenze di carattere sostanziale. Non sono infatti solo le peculiarità delle trasformazioni dello strumento processuale in sintonia con i nuovi orientamenti politico-costituzionali del nuovo regime a determinare le modificazioni che connotano l'accertamento probatorio, ma accanto ad esse e con non minor rilievo operano le ragioni sostanziali che già agli inizi dell'epoca postclassica spingono verso l'obiettivo dominante della sicurezza e certezza dei rapporti giuridici. A questo fine si associano e, strettamente legandosi, si coordinano le innovazioni relative al giudizio di fatto nel presupposto di approntare gli strumenti più adeguati ad ottenere quella piena verifica dei rapporti controversi che sola ne può far emergere esistenza ed essenza effettiva. E in quest'ottica si giustifica l'accentuato ricorso in fase istruttoria ai poteri di intervento e di indagine dell'organo giudicante, che se pur stimolato da ragioni di carattere sostanziale, risponde a un più generale orientamento di carattere processuale basato sull'avvertita esigenza del riconoscimento di un ruolo di centralità all'organo giudicante. D'altronde se talvolta il legislatore postclassico può apparire discostarsi da tali linee di orientamento, ricollocandosi su linee più tradizionali -genericamente riconducibili al principio *onus probandi incumbit ei qui dicit* (come applicazione del principio cardine dell'onere della prova, sostanzialmente conservato, anche se reso più duttile dai poteri d'intervento riconosciuti al giudice)- ciò non è tanto dovuto ai caratteri di occasionalità e contraddittorietà della legislazione incapace di esprimere un indirizzo unitario e durevole, quanto dell'avvertita esigenza di costantemente adeguare quei criteri (rinnovati) alle peculiarità dei rapporti controversi disciplinati e agli aspetti rilevanti di carattere sostanziale desunti "dalla dialettica stessa dei fatti allegati dalle parti" (Archi, p.1868) (così CTh. 11.39.6 del 396 di Valentiniano e Valente più che contraddire la disposizione di Costanzo e Costante in CTh. 11.39.4, che addossa a entrambe le parti la prova della falsità della *scriptura* prodotta, sembra rifarsi alla diversa fattispecie dell'agire *ex scripto* che proprio in ragione della sua specificità pone la prova a carico solo di chi adduce la falsità; non diversamente CTh.11.39.7 del 397 di Valente Graziano e Valentiniano, che riguarda la produzione di scritture sospette, non poteva che porre a carico di chi le aveva prodotte la prova dell'autenticità; sulla stessa linea si pongono d'altra parte CTh. 4.4.2 del 389 di Valentiniano Teodosio e Arcadio per la peculiarità

Sul piano dello svolgimento dell'attività istruttoria, riconosce in particolare un potere d'intervento suppletivo all'organo giudicante e ne disciplina le modalità di esercizio una costituzione di Costantino riportata nel Codice Teodosiano e in una versione abbreviata, ma non meramente ripetitiva, nel Codice Giustiniano (cui Teodoro fa esplicito richiamo in sede di commento a C.2.10 (11).1).

6- CTh. 2.18.1 Imp. Constantinus A. ad Maximum. *Iudicantem oportet cuncta rimari et ordinem rerum plena inquisitione discutere, interrogandi ac proponendi adiciendique patientia praebita ab eo: ut, ubi actio partium limitata sit, contentiones non occursu iudicis, sed satietate altercantium metas compresserint, saepius requiratur et crebra interrogatione iudicis frequentetur, ne quid novi resideat, quod adnecti allegationibus in iudiciaria contentione conveniat, cum ad alterutrum hoc proficiat, sive definienda sit causa per iudicem sive ad nostram scientiam referenda. Nec ad nos mittatur aliquid, quod plena instructione indigeat* (a.321).

Al giudice conviene indagare ogni cosa e approfondire con una esauriente istruzione lo stato dei fatti, adibendo pazienza a interrogare e sollecitare: affinché, ove l'azione delle parti sia limitata, più volte si indaghi e si ripeta con frequenti domande del giudice se non rimanga qualcosa di nuovo che nel corso del giudizio convenga aggiungere alle allegazioni, giovando ciò a entrambe le parti, sia che la causa vada decisa dal giudice sia che sia da rinviare alla nostra sapienza. Né a noi sia inviato qualcosa che non sia stato completamente istruito.

La costituzione mira a rafforzare i poteri d'impulso del giudice, individuando nell'attività dell'ufficio lo strumento privilegiato per il raggiungimento di un'istruzione esauriente e punta allo scopo su una efficace cooperazione tra iniziativa del giudice e attività delle parti²⁵. Gli strumenti predisposti sono da un

della fattispecie che ne è oggetto riguardando la controversia materia successoria e in particolare quella particolare disposizione informale che sono i codicilli e CTh. 11.39.12 che in controversie petitorie non fa che ribadire il principio usuale dell'onere della prova in capo al *petitor*, principio peraltro sempre fondamentalmente osservato).

²⁵ L'esigenza di fondo del riconoscimento in capo all'organo giudicante di un ruolo più ampio di impulso e di verifica si è peraltro fatta strada in sintonia con la necessità maggiormente avvertita di certezza, legata all'applicazione dello strumento processuale, e ha trovato riscontro tanto in sede di direzione del processo quanto in relazione all'espletamento dell'attività istruttoria. Quanto al primo profilo, quel ruolo ha conosciuto positiva manifestazione in riguardo a un nodo centrale della vicenda processuale, legato al valore e alla effettiva rilevanza della *litis contestatio*, ossia relativamente al problema della definizione della *res iudicanda*. In ordine al rapporto tra poteri d'intervento del giudice e iniziativa di parte, il riconoscimento della disponibilità in capo al privato della tutela

giurisdizionale dell'interesse materiale, come riflesso della natura privatistica di esso, postula anzitutto la remissione alle parti della determinazione dell'oggetto litigioso, da cui discende il corollario della necessaria corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Ma quella riconosciuta disponibilità del ricorso alla giurisdizione pone una serie di complesse questioni che toccano da un lato la riferibilità alle parti anche di un potere di modificazione della domanda proposta e riguardano dall'altro la configurabilità e i modi di un intervento dell'organo giudicante nel processo di delimitazione dell'oggetto litigioso. In particolare problema non ultimo postosi al legislatore postclassico è quello della esistenza e della ammissibilità di un potere suppletivo del giudice in ordine alle carenti allegazioni delle parti, problema i cui riflessi toccano per l'appunto la determinazione della *res in iudicio deducta* (non altrettanto rilievo assume, viceversa, il problema della correzione dell'erronea designazione del *nomen actionis*, risolto positivamente almeno nel diritto giustiniano).

Il testo fondamentale in proposito è una costituzione di Diocleziano del 290, forse parte di un più ampio provvedimento indirizzato a un funzionario imperiale e contenente istruzioni in tema di procedura. (CJ. 2.10.(11).1 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. ad Honoratum. *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 convenire*²⁵ (a. 290). Trad.: Non si deve dubitare che il giudice, se i litiganti o i loro avvocati hanno presentato allegazioni carenti, le possa integrare e pronunciare ciò che ritiene conforme alle leggi e al diritto. La disposizione, che da sola esaurisce il contenuto del titolo XI del libro secondo recante la rubrica: *Ut quae desunt advocacioni partium iudex suppleat*, ammette un ampio potere di integrazione del giudice, disponendo che, di fronte alle allegazioni carenti delle parti o dei loro avvocati, egli possa *supplere et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire*. Ciò ha indotto alcuni studiosi ad amplificarne la portata fino a considerarla espressione effettiva dell'affermarsi di un principio inquisitorio, inteso come ricerca ufficiale della verità. Del significato della disposizione indicazioni univoche forniscono i maestri bizantini, i cui commenti non solo precisano l'ampiezza dei poteri riconosciuti all'organo giudicante, ma consentono di individuare le ragioni di fondo delle scelte da essi operate. E anzitutto un dato comune ne contrassegna l'interpretazione, l'attribuzione di un significato restrittivo alla disposizione diocleziana, la cui portata viene intesa come rivolta a limitare i poteri d'intervento del giudice alla integrazione delle deficienze giuridiche delle allegazioni delle parti, con esclusione di quelle concernenti il fatto. Così Teodoro *affermando* nello sc. ad CJ.2.10 (11).1 (Hb.1.358 = Schelt. B I.91*; tr. Hb.: *iudex supplet omissa a partibus, ea scilicet quae iuris sunt, non facta*) sottolinea come le omissioni cui il giudice può supplire sono quelle concernenti il diritto non quelle relative al fatto e Taleo ne riconduce il potere suppletivo al ristabilimento della *ratio iuris* alterata per ignoranza o reticenza di coloro che *patrocinium praebent* (sc. ad CJ.2.10 (11).1, Hb.1.358 = Schelt. B I.91; tr. Hb.: *Saepe qui in negotio aliquo patrocinium praebent, vel veram iuris rationem nesciunt, vel scientes reticent, alia vero quaedam praeter veritatem afferunt. His igitur casibus haec constitutio permittit iudici, ea, quae ab advocatis minus plene dicta sunt, supplere, et sententiam legibus ac iuri congruentem ferre*). Alla luce dell'interpretazione fornita la disposizione diocleziana appare concretare un'estensione e al tempo stesso un'applicazione del principio generale secondo cui il giudice deve decidere in base al diritto; dal momento che tale criterio non si traduce soltanto in un limite all'assoluta discrezionalità del giudice, ma costituisce fondamento di un dovere di piena e totale attuazione della legge, in esso trova fondamento la legittimazione dell'organo giudicante alla integrazione delle allegazioni carenti o erronee dei litiganti. Questa impostazione risponde pienamente alla particolare visione che gli interpreti bizantini vogliono affermare, consapevoli dei pericoli che un'estensione indiscriminata dei poteri del giudice potrebbe comportare (specie in relazione alla limitazione che ne potrebbe derivare della disponibilità in capo alle parti dell'interesse materiale fatto valere), ma non toglie che di fronte a posizioni meglio fondate in diritto, sebbene carenti nel fatto, quel dovere di integrale attuazione della legge potesse estendersi oltre il limite dai maestri stessi indicato. Resta in ogni caso il dato del riconoscimento, in sede di direzione del processo, di un ampio potere suppletivo all'organo giudicante che, nella misura in cui si riflette su quelle allegazioni che definiscono la *res iudicanda*, viene a incidere sulla concreta qualificazione della struttura stessa dello strumento processuale. Certo non si può non constatare come un siffatto riconoscimento potesse incontrare nella pratica difficoltà dovute da un lato al carattere non sufficientemente omogeneo ed unitario dell'ordinamento da applicare e dall'altro alla difficile definizione dei profili giuridici delle controversie conseguente alla lacunosità delle allegazioni delle parti e alla incerta preparazione professionale dei componenti l'apparato giudiziario. Ma se da un lato si deve considerare lo sforzo di semplificazione e stabilizzazione del sistema giuridico avviato sin dagli inizi del periodo postclassico, a sostegno di quell'attribuzione sta la convinzione sempre più diffusa che una certa preparazione giuridica non mancasse in capo a giudici ed avvocati e ne consentisse l'emanazione di sentenze che, tenuti fermi i fatti adottati, potessero pervenire a integrare le allegazioni *iuris* omesse o emendare quelle erronee. (Di fronte alla crescente "giuridicizzazione" del mondo tardoimperiale, conseguente all'espandersi della penetrazione del diritto a nuovi settori dell'amministrazione e della vita sociale, il conseguimento di una adeguata preparazione giuridica costituiva il "miglior viatico", come affermava il maestro di Gregorio Taumaturgo, qualunque fosse la professione che si intendeva intraprendere. A una trasmissione aristocratica del sapere giuridico, all'interno di circoli elitari, si sostituisce una circolazione pubblica delle conoscenze all'interno di appositi centri di insegnamento. E a testimonianza dell'importanza di quell'apprendimento e delle scuole che lo impartivano, l'*Expositio totius mundi* (25), a metà del V sec., così descriveva la città di Berito: "Ha scuole (*auditoria*) di diritto e perciò grazie ad esso si reggono tutti i processi dei Romani. Infatti, gli uomini istruiti che provengono da qui fungono da assessori ai giudici

lato un'autonoma funzione di indagine e accertamento riservata all'organo giudicante, cui spetta *cuncta rimari et ordinem rerum plena inquisitione discutere*, e dall'altra un'incessante opera di sollecitazione delle parti realizzata attraverso il mezzo dell'interrogatorio. Questo è visto dal legislatore non soltanto come strumento di acquisizione di ulteriori elementi di conoscenza, ma come mezzo per sollecitare l'autointegrazione a opera delle stesse parti, *ne quid novi resideat*. Da una parte sta dunque l'organo giudicante che *patientia praebita* deve *requirere ac proponere*, espletando un'attività d'ufficio volta all'acquisizione di tutti gli elementi utili alla definizione della controversia, dall'altro la condotta delle parti, cui spetta decidere se aderire o meno alle sollecitazioni proposte, integrando le allegazioni carenti che possono essere utili a chiarirne le posizioni, e ciò sia che il giudizio debba essere deciso dall'organo giudicante adito, sia che debba esser rinviato all'imperatore²⁶.

in tutto il mondo e con le loro conoscenze del diritto custodiscono le province". Né mancò un'attenzione del potere imperiale rivolto a favorire l'apprendimento giuridico tant'è che Diocleziano concesse l'esenzione dai *munera* (*civilia*) fino ai 25 anni a quanti dall'Arabia fossero venuti a Berito "per dedicarsi agli studi liberali e soprattutto per le lezioni di diritto" (CJ.10.50.1).

²⁶ La distinzione tra le due modalità d'intervento prospettata dal disposto costantiniano trova esplicita riaffermazione nella sintesi del testo proposta dal Codice giustiniano. (CJ. 3.1.9 Imp. Constantinus A. ad Maximum. *Iudices oportet imprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere et tunc utramque partem saepius interrogare, ne quid novi addere desiderent, cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sive definienda causa per iudicem sive ad maiorem potestatem referenda sit* (a.321). Trad.: E' primo dovere dei giudici indagare lo stato della questione con una indagine esauriente e di quando in quando interrogare una e l'altra parte se hanno niente di nuovo da aggiungere, giovando ciò sia all'una che all'altra parte sia che la causa sia da decidere da parte dello stesso giudice sia che sia da rinviare a una giurisdizione superiore).

In essa, con ancora maggiore chiarezza, all'attività dell'ufficio di *rei qualitatem plena inquisitione discutere* è giustapposto e strettamente correlato, sul piano logico e cronologico, il potere d'interrogatorio volto a stimolare le parti a chiarire ed integrare le loro allegazioni *ne quid novi addere desiderent*. Anche qui le due forme d'intervento giudiziale si pongono, sul piano della definizione dei poteri del giudice, su posizioni diverse, realizzando l'una un'effettiva sostituzione dell'*officium* alle allegazioni carenti delle parti, configurando l'altra un potere d'intervento soltanto indirettamente suppletivo che fa leva, ai fini dell'integrazione delle deficienze istruttorie, non sull'attività dell'organo giudicante, ma sull'autointegrazione ad opera delle parti in contesa.

Del resto non mancano altre attestazioni nella legislazione costantiniana di un'attività di stimolo e di integrazione affidata all'organo giudicante in vista del raggiungimento di un'istruzione esauriente su cui possano fondare i successivi gradi di giudizio e in specie il ricorso al foro imperiale. Così CTh. 11.30.11 pr. (= CJ. 7.62.16), emanata in prossimità cronologica con CTh.2.18.1 (se non nella stessa data, cioè 12 gennaio 321, ammesso che CTh.2.18.1 non sia da rapportare al 12 giugno dello anno, secondo la proposta avanzata da Seck), a testimonianza dello stretto collegamento esistente tra le due disposizioni, insiste significativamente sul potere di sollecitazione affidato al giudice (CTh. 11.30.11 pr. (= CJ. 7.62.16) Imp. Constantinus A. ad Maximum. ...*Propter quod cogi etiam singulos oportebit ad proferenda in iudicio universa, quae ad substantiam litigii proficere arbitrantur, atque ea ratione urgeri, ut sciant sibi ex auctoritate legis istius non licere refutatoriis tale aliquid ingerere, quod apud iudicem non ausi fuerint publicare. Nam si plena, ut iubemus, adsertio per litigatorem in iudiciis exeratur et integra instructio in consulti ordinem conferatur...* (a. 321). La disposizione riconosce anzi all'ufficio il potere di coartare le parti ad allegare in giudizio tutto quanto ritengano utile *ad substantiam litigii* e di stimolarle rendendole edotte dell'impossibilità di integrare *in refutatoris libellis* (difese del convenuto alla *relatio* del giudice *a quo* in caso di appello all'imperatore. Pugliese p.791) quanto *apud iudicem non ausi fuerint publicare*. E il riconoscimento di tali

D'altra parte è preoccupazione costante di Costantino, sottesa a buona parte dei provvedimenti sin qui considerati, che le cause siano completamente istruite in vista della remissione a una giurisdizione superiore, e in particolare a quella imperiale onde evitare gli inconvenienti e gli aggravii derivanti dalla eventuale necessità del rinvio della controversia ai giudici inferiori²⁷.

Quanto al problema della effettività di quei poteri e del riscontro che se ne possa trarre attraverso un esame delle attestazioni ricavabili dal complesso della documentazione in nostro possesso, e in specie dai dati forniti da quello specchio riflesso della realtà giuridica che ci è offerto dalle fonti letterarie, qualche indicazione nel senso indicato sembra potersi ricavare dall'epistolario di Simmaco e in particolare da una lettera inviata a Teodosio, contenente una *relatio* fatta all'imperatore a proposito di una decisione giudiziaria a lui deferita in qualità di *praefectus urbi*. La fattispecie riguardava un'ipotesi di invasione di terre posta in essere dal potente ex console Olibrio ai danni del possessore, un certo Scirtio, il quale chiedeva di essere reintegrato nella disponibilità dei terreni contestati. Simmaco, in qualità di giudice incaricato della controversia (rinviata la questione della proprietà dei fondi, proposta a scopo dilatorio), al fine di decidere sulla domanda di reintegro proposta, nel suo resoconto della vicenda ricorda dettagliatamente tutte le attività istruttorie poste in essere al fine di procurarsi la prova del possesso e della cacciata violenta. Nonostante gli ostacoli e le pressioni fraposte da Olibrio, il prefetto, esercitando attivamente la funzione affidatagli, espone con efficace realismo i tentativi esperiti per acquisire prima la testimonianza

attribuzioni si estende al punto che CTh. 11.30.9 (= CJ.7.62.15) del 319, nel sottolineare come le cause rimesse alla decisione imperiale debbano essere esaurientemente istruite, minaccia severe sanzioni al giudice qualora, inserito o allegato agli atti, non possa rintracciarsi tutto quanto le parti avessero addotto ai fini dell'istruzione (*Ne causas, quae in nostram venerint scientiam, rursus transferri ad iudicia necesse sit, instructiones necessarias plene actis inseri praecipimus. Nam cogimur a proferenda sententia temperare, qui sanximus retractati rescripta nostra ad opiniones vel etiam relationes iudicum data non oportere, quoniam verendum est, ne lis incognito negotio dirimatur adempta copia conquerendi. Quare perennibus inuretur iudex notis, si cuncta, quae litigatores instructionis probationisque causa recitaverint, indita actis vel subiecta non potuerint inveniri*).

²⁷ Già Diocleziano aveva disposto in tal senso imponendo una piena decisione della lite (CJ. 7.62.6) -solo ammettendo la possibilità di integrare in appello le allegazioni omesse- e Costantino non fa che riprenderne e rafforzarne le disposizioni. Ormai la gerarchia giudiziaria è stabilita e agli organi inferiori incombe un pieno dovere di render giustizia sotto il controllo degli organi sovraordinati e nel rispetto del fine della celerità dei giudizi e delle competenze assegnate.

degli abitanti del luogo (*et cum ad pernosendum possessionis statum loci habitatores adesse iussissem...et rursus officio negotium dedi, ut necessarios evocaret*) poi dei *curiales* di Preneste, (*his ita positus Praenestini curiales, quorum in regione Caesariana possessio iacet, missis apparitoribus exhibentur*) e la scrupolosa procedura seguita nell'interrogare i testi:

7- *Symm., Rel. 28, 5 e 6: Itur in quaestionem possessionis ; quae partium variis agitata conflictibus ad interrogationem testium iure transivit. Admoveri singillatim, ut mos est, iubeo curiales; nominum et dignitatis ab uno quoque posco responsa ; tunc locorum iustos possessores requiro; dehinc percontor, quis annuas functiones aut indicta persolverit. Cum secundum Scirtium testimonia cuncta procederent...quando et per quos deiectus esset examino...6. auditis optimatum testimoniis denuo cum defensoribus admitto iurgantes; quaesita et responsa partibus intimantur...*

Si entra nel merito del possesso della tenuta. Dopo che su questo punto le parti si scontrano in vario modo, si passò all'interrogatorio dei testi, come vuole la procedura. Comando di fare entrare i curiali uno per volta, secondo la prassi, e a ognuno chiedo di dichiarare rango e generalità; indi domando chi siano i legittimi possessori del fondo e, per finire, mi informo sulla persona che aveva fatto fronte a imposte e prestazioni annuali. Siccome tutte le deposizioni risultarono favorevoli a Scirtio (ed emerse chiaramente che egli era stato possessore del fondo insieme a Theseus), interrogai i testi sulla data e gli autori della sua espulsione. (Risposero concordemente che erano stati i dipendenti della illustre famiglia a cacciarlo) 6. Dopo aver raccolto la deposizione dei notabili, richiamai in aula le parti insieme ai rispettivi difensori e notificai loro il testo delle domande e delle risposte.

Nella vivida ricostruzione del retore risalta con sicura evidenza la scrupolosa prassi giudiziaria osservata: i testi vengono introdotti uno per volta, a ciascuno di essi vengono richiesti nome e dignità, i temi processuali sono affrontati con ordine, in corretta successione. Prima è esaminata la questione della spettanza del possesso e del sostenimento dei relativi oneri fiscali, poi quella dei tempi e dei modi della *deiectio* e su entrambe i testi sono chiamati a rendere precisa testimonianza. Il prefetto ascolta gli avvocati, le parti e i testimoni, dispone la convocazione d'ufficio di quelli "necessari", indaga le ragioni dell'assenza di altri a conoscenza dei fatti, valuta e tien conto dei rapporti di forza tra le parti, non mancando di evidenziare il contrasto tra l'adeguatezza del *modus iudicii* seguito e la scorrettezza delle pressioni

e delle pratiche illegali conseguenti alla *invasionis indignitas*. Sottolinea come esse avrebbero potuto compromettere l'esito di giudizio e riconosce all'imperatore il compito di esprimere la valutazione finale. E ciò sempre avendo presente il profilo giuridico che il prefetto dimostra di conoscere e ben valutare tenendo nel debito conto e correttamente interpretando i testi giuridici citati dalle parti e quelli posti a fondamento delle sue decisioni. Un esempio, insomma, della generale osservanza da parte degli organi giudicanti tardoimperiali delle procedure legali, del ruolo attivo da essi assolto e in particolare del grado di penetrazione e di acquisita consapevolezza delle conoscenze giuridiche da utilizzare (anche eventualmente a integrazione dei carenti rinvii operati dalle parti).