

KOINONIA

28-29

2004-2005

Forme della cultura nella Tarda Antichità

I

Atti del VI Convegno dell'Associazione di Studi Tardoantichi
Napoli e S. Maria Capua Vetere, 29 settembre-2 ottobre 2003

a cura di

UGO CRISCUOLO.

Paolo Garbarino

Idee tardoantiche sul processo

1. Desidero, prima di tutto, circoscrivere meglio l'argomento di questo mio intervento e, nello stesso tempo, giustificare il titolo. Premetto che mi occuperò solo di processo civile. Non sempre nella legislazione tardoantica si avverte una precisa distinzione tra il processo civile e quello penale (distinzione che oggi appare persino troppo scontata). È significativo che nel *Codice Teodosiano* alcune materie processuali, per esempio l'appello, siano trattate in modo unitario nello stesso titolo¹. Vorrei però dedicare la mia attenzione ad alcuni profili generali che, a mio giudizio, contrassegnano in modo marcato una differenza di fondo tra processo civile per così dire classico (il processo *per formulas*) e quello tardoantico. Non escludo, ma la ricerca andrebbe sul punto ulteriormente approfondita, che consimili risultati si possano rintracciare anche per il processo penale. Ma la diversità di storia e di struttura di quest'ultimo rispetto a quello civile, impone molta prudenza sul punto.

Parto dalla constatazione che negli ultimi decenni il processo civile tardoantico è stato oggetto di numerosi studi che ne hanno sondato vari aspetti, soprattutto tecnico-procedurali. Vi sono ancora vasti settori che attendono ulteriori approfondimenti, ma, in linea di massima, siamo meglio informati su di esso rispetto, per esempio, alla prima metà del secolo scorso (basti confrontare, per quanto attiene al processo civile, le ottantatré pagine che Wenger dedicava complessivamente alla *cognitio extra ordinem*, sia classica che tardoantica, nelle sue *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts* del 1925², alle oltre duecento pagine che a essa dedica nella sua seconda edizione il trattato di Max Kaser, ora Kaser-Hackl³). D'altro canto occorre pure osservare che l'attenzione degli studiosi si è, tutto sommato, concentrata su due momenti temporali, per così dire estremi, dell'età tardoantica: le riforme costantiniane da un lato, e soprattutto la vasta legislazione processuale di età giustiniana dall'altro lato. Per quest'ultima, in particolare, la relativa abbondanza delle fonti ha consentito di affrontare ricostruzioni forse ancora più analitiche e diffuse, e talora proiettate nelle età suc-

¹ Cfr. *CTb.* 11,30: *De appellationibus et poenis earum et consultationibus.*

² L. Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925, pp. 246 ss.

³ M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht 2*, München 1996, pp. 435 ss.

cessive a Giustiniano. Così pure si può constatare –sempre in linea di massima– che l'età post-costantiniana (diciamo la seconda metà del secolo IV e tutto il V secolo) è stata oggetto di minori approfondimenti, salvo che per determinati settori (penso, per esempio, alla *appellatio* o alla *episcopalis audientia*), anche per una oggettiva carenza di fonti o comunque per una maggiore difficoltà nella loro valutazione.

La maggiore attenzione rivolta all'età giustiniana ha condotto altresì a tentare di proporre valutazioni generali sulla concezione che del processo si aveva in quel periodo: si è cercato, per esempio, di porre in maggior luce l'idea che i Giustinianeî avevano della funzione del processo, senza perciò fermarsi alla ricostruzione della sola struttura dei singoli istituti processuali (e vorrei ricordare in proposito il contributo, per me esemplare, che venne dato dal compianto Giuseppe Provera nel suo corso sul processo civile giustiniano⁴). È superfluo aggiungere che l'indagine in tale direzione è stata, in qualche modo, favorita dal fatto che nel *Digesto* (in avanti *D*) vi sono alcuni passi, del resto notissimi, che tramandano spunti di riflessione dei giuristi classici in materia. Mi riferisco, per esempio, al famoso frammento celsino, contenuto in *D* 44, 7, 51 (Cels. 3 *dig.*), che definisce la *actio* come *ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi (nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi)* ripreso dai compilatori anche nelle *Istituzioni* (4, 6 pr.: *actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*). Ed è ovvio che del passo si può dare, anzi si deve dare, anche una lettura 'giustiniana': tentare di capire cioè come leggevano e interpretavano i Giustinianeî il principio così posto dall'antico giurista, in un contesto e forse a fini lontani da quelli che essi avevano in mente.

Per il periodo antecedente a Giustiniano, da Costantino compreso in poi, non mi risulta che gli studiosi abbiano tentato spesso approfondimenti in tale direzione. Mi sembra che per lo più si sia privilegiata la ricostruzione della struttura degli istituti processuali e che anche l'indagine sulla funzione sia stata condotta in qualche modo all'interno degli istituti medesimi e sia stata assai raramente aperta a una visione più generale dello strumento processuale in quanto tale, nella sua complessità di strumento giuridico di regolamentazione delle controversie.

Ora, un'indagine di tal genere si scontra con una non secondaria difficoltà, del resto ovvia e prevedibile. Le fonti giuridiche dell'epoca in questione giunte sino a noi sono, per la stragrande maggioranza, costituzioni imperiali; atti normativi dunque –tra l'altro sottoposti alla 'cura dimagrante' dei compilatori teodosiani–, i quali affrontano concreti problemi di regolamentazione procedi-

⁴ G. Provera, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, Torino 1989.

mentale e non hanno il compito di riflettere sul processo in quanto tale e di proporre una lettura sistematica e teorizzante. Forse nelle scuole gli *antecessores* potevano porsi un compito del genere, ma –com'è noto– occorre ancora una volta attendere l'età giustiniana per avere cospicui esempi del lavoro interpretativo dei giuristi (meglio: dei giuristi-professori), mentre per il IV e V secolo tutto si presenta in questo campo nebuloso e di difficilissima ricostruzione (non ostante i pur lodevoli e interessanti tentativi di alcuni studiosi di cercare di tracciare un profilo della giurisprudenza tardoantica, divisa anche per aree geografiche di appartenenza o di attività).

Pur tenendo conto di tutto ciò mi sembra che si possa tentare di ottenere qualche utile risultato da un'indagine su alcuni testi, in particolare costantiniani, in cui è possibile individuare, a mio giudizio, alcune tracce di una più generale concezione del processo civile e, in particolare della sua funzione. Non si tratta, come vedremo subito, di fonti che in modo diretto ed esplicito espongono l'idea tardoantica –o almeno costantiniana– di cosa sia il processo civile o a cosa esso serva. Sono costituzioni che regolamentano aspetti tecnici del procedimento, ma che lasciano trasparire le motivazioni di fondo più generali che possono aver guidato il legislatore nella singola scelta tecnica. Proprio per tale loro natura questi testi possono testimoniare nulla più che la presenza di tendenze, di linee di politica legislativa: non costituiscono la compiuta espressione di una, per così dire, dottrina ufficiale del processo civile. Ma queste tendenze, messe a confronto con alcune tra le principali caratteristiche del processo *per formulas*, consentono, a mio giudizio, di porre in luce il sensibile mutamento che a partire dall'età costantiniana si ha dell'idea della funzione che deve svolgere il processo.

Avverto che volutamente ho limitato l'indagine, di cui propongo qui risultati ancora largamente preliminari, alle sole fonti giuridiche. Conosco bene l'importanza che le fonti extra-giuridiche hanno nella ricostruzione delle tematiche giuridiche tardoantiche (e non solo). Ma mi interessava, in una prima fase di ricerca, tentare una ricostruzione in qualche misura interna al pensiero e al discorso giuridico, per cogliere in prima battuta gli aspetti di maggiore tecnicità dell'argomento.

Vengo ora al tema e alle fonti.

2. Inizio da un testo costantiniano che descrive i compiti che secondo l'imperatore devono svolgere i giudici civili nell'esercizio delle loro funzioni. Si tratta di *CTb.* 2, 18, 1 del 321⁵ (forse da unirsi a *CTb.* 11, 30, 11 in tema d'appello), la

⁵ *CTb.* 2, 18, 1 (a. 321; ripresa, con modifiche, da *C.* 3, 1, 9): *Iudicantem oportet cuncta*

quale insiste sul fatto che il giudice deve *cuncta rimari*, tutto investigare, *et ordinem rerum plena inquisitione discutere* con le parti *interrogandi ac proponendi adiciendique patientia praebita* e ciò soprattutto al fine che non rimanga nulla di inesplorato, nulla di nuovo, che possa sfociare in una nuova disputa processuale. Il giudice deve procedere in simile modo sia nel caso in cui debba decidere la causa, sia nel caso in cui debba inviare una *relatio* al principe: *sive definienda sit causa per iudicem sive ad nostram scientiam referenda*. Costantino precisa anche che in questa seconda evenienza nulla deve essere inviato all'imperatore che non sia stato oggetto di una completa istruttoria: *nec ad nos mittatur aliquid, quod plena instructione indigeat*. Si direbbe dunque che il giudice non sia limitato ad un ruolo passivo di fronte alle allegazioni, alle difese delle parti e alle prove da loro dedotte, ma debba intervenire attivamente (si confronti, in proposito, la posizione ancora espressa da una costituzione di Gordiano del 241, C. 7, 57, 5⁶, secondo cui il giudice deve semplicemente *partium adlegationes audire et examinare*). Ciò ha una ovvia ricaduta, tra l'altro, sul piano dell'applicazione del principio dell'onere della prova. In questa sede però non desidero soffermarmi su questo punto, del resto già ben presente agli studiosi, bensì porre in evidenza lo scopo di fondo che sembra giustificare, per il legislatore tardoantico, l'attribuzione di un simile amplissimo potere anche istruttorio del giudice (potere istruttorio che sembra per taluni aspetti configurare anche una sorta di facoltà d'iniziativa del giudice). A ben vedere infatti tutta l'attività del giudice ha lo scopo della ricerca della verità (e sulla verità deve essere basata la sentenza per essere giusta). La costituzione di Costantino non lo dice espressamente, ma che essa proprio ciò presupponga

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 interrogazione 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. INTERPRETATIO: Iudex cum causam audire coeperit, litigatorum assertiones vel responsiones patienter accipiat et omnia plena discussione perquirat. Nec prius litigantibus sua sententia velit obviare, nisi quando ipsi peractis omnibus iam in contentione non habuerint quod proponant. Quo usque rei veritas invenitur, frequenter interrogari oportet, ne aliquid praetermissum fortasse remaneat: quia si apud ipsum finienda causa est, totum debet agnoscere; si vero ita res exigit, ut ad principis notitiam deferatur, plena discussis omnibus data relatione debet esse suggestio.

⁶ C. 7, 57, 5 (a. 241): *Iudex, qui disceptationi locum dederat, partium adlegationes audire et examinare debuit. Nam subscriptionem ad libellum datam talem, quae diversam partem in possessionem fundi mitteret, vicem rei iudicatae non obtinere non ambigitur.*

è ben inteso dall'anonimo giurista che, più tardi, ne ha dato la *interpretatio* (recepita nel *Breviarium Alaricianum*): *quo usque rei veritas invenitur, frequenter interrogari oportet, ne aliquid praetermissum fortasse remaneat*⁷.

Una preziosa conferma di quanto sopra notato ci proviene da un altro testo costantiniano, in tema di azione di regolamento di confini (*CTh.* 2, 26, 1 del 330)⁸, relativa però non ai compiti del giudice, bensì a quelli di un suo ausiliario, l'*agrimensor*, che deve procedere alle misurazioni: in proposito la costituzione afferma che *agrimensor ire praecipitur ad loca, ut patefacta veritate huiusmodi litigium terminetur*. Dunque il *litigium* può aver termine in tanto in quanto sia stabilita la *veritas*: mi pare che sia indifferente –dal punto di vista generale dello strumento processuale–, se lo scopo è raggiunto direttamente dal giudicante o tramite un suo ausiliario –nella specie l'*agrimensore*– che con lui collabori nell'istruttoria appunto per stabilire la verità avvalendosi di sue particolari cognizioni tecniche.

Ma forse la costituzione che esprime in modo più diretto tale tendenza è un testo, sempre di Costantino, che innova in tema di onere della prova nel giudizio petitorio. Com'è noto il principio vigente nei secoli precedenti (poi ripreso in età postcostantiniana e giunto sino al diritto attuale), impone a colui che agisce in rivendica di provare il suo diritto di proprietà nei confronti del convenuto possessore. Quest'ultimo può difendersi anche solo passivamente: secondo il noto brocardo può limitarsi a dire *possideo quia possideo*. Ebbene Costantino, discostandosi dalla regola antica, pretende che se l'attore fallisce la prova del suo diritto di proprietà, il convenuto debba comunque provare la provenienza del suo possesso o il diritto in base al quale lo ha ottenuto. Leggiamo *CTh.* 11, 39, 1 (emanata nel 325):

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 emerit 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 inponatur probandi, unde possideat vel quo iure teneat, ut sic veritas examinetur.

⁷ Per il testo cfr. *supra*, nota 5.

⁸ *CTh.* 2, 26, 1 (a. 330, ripresa parzialmente da *C.* 3, 39, 3): *Si quis super invasis sui iuris locis prior detulerit querimoniam, quae finali cobaeret cum proprietate controversiae, prius super possessione quaestio finiatur et tunc agrimensor ire praecipitur ad loca, ut patefacta veritate huiusmodi litigium terminetur (...).*

Lo scostamento dall'antica regola, pur confermata da *retro principum rescripta*, è giustificato dalle superiori ragioni dettate dalla *aequitas* e dalla *iustitia*: l'endiadi – che tra l'altro riecheggia notissime riflessioni della giurisprudenza classica (basti pensare alle parole d'esordio delle *Istituzioni* di Ulpiano, che aprono lo stesso *Digesto*⁹) – da un lato sembra alludere allo scopo del processo, rendere giustizia, e dall'altro lato sembra anche riferirsi a esigenze di contemperamento degli opposti interessi in gioco, che per l'appunto impongono di non limitare l'*onus probandi* al solo attore. I due valori richiamati sembrano però necessariamente dipendere dall'esigenza (o dalla pretesa) che il giudice stabilisca la verità, o meglio che basi la sua decisione sull'esame della verità: *ut sic veritas examinetur* (il che, mi pare, è quanto dire, sulla verità dei fatti discussi in causa). Anzi, a ben vedere, il porre un onere probatorio positivo anche sul convenuto (allorché l'attore *deficiat in probationibus*), è strumentale all'accertamento della verità, obiettivo cui sempre deve tendere il processo. Mi sembra cioè che la 'tensione verso la verità', che questa costituzione rivela, non sia soltanto circoscritta al regime probatorio, ma investa la concezione stessa del processo civile e della sua funzione, concezione che la cancelleria costantiniana intendeva evidentemente sostenere e tradurre in regole procedurali.

Una possibile indiretta riconferma di questo orientamento mi pare che si possa individuare anche in una costituzione, databile nel 320, che riguarda un tema a cavallo tra processo civile e penale, vale a dire l'accertamento del falso documentale *ex lege Cornelia*; in proposito *CTb.* 9, 19, 2, 1¹⁰ stabilisce che la

⁹ Ulp., *1 inst. D.* 1, 1, 1 pr.-1: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. 1. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*

¹⁰ *CTb.* 9, 19, 2 (a. 320; ripresa con modifiche in *C.* 9, 22, 22: *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 petitorem possessoremve deluderet, commodum duximus, ut, etsi alteruter litigantium falsi strepitum intulisset, petitori tamen possessorive 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 inciderit, tunc ad morem pristinum quaestione civili per sententiam terminata acerrima fiat indago argumentis testibus scripturarum 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 pro-*

prova del falso non sia addossata al solo accusatore – e dunque, indirettamente, che l'accusato contribuisca alla prova del vero – e che conseguentemente il giudice assuma una posizione di equilibrio tra le due parti: *nec accusatori tantum quaestio incumbat nec probationis 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.*

3. Mi preme ora sottolineare come dalla lettura che ho tentato di dare di queste fonti, mi sembra che emerga con una certa evidenza la distanza che separa l'idea del processo a esse sottesa da quella che possiamo ritenere ispirasse il processo formulare. Mi limito a segnalare alcuni aspetti, notissimi, che mi paiono in qualche misura esemplari e che qui enuncio per cenni e con molte semplificazioni:

- il giudice, nella procedura *per formulas*, doveva pronunciare la sentenza attenendosi allo schema riassuntivo del fatto (e del diritto) contenuto nella formula predisposta dal magistrato e accettata dalle parti; egli non aveva perciò il potere di disattendere questo schema, ancorché risultassero nella fase *in iudicio* circostanze tali da porre in dubbio la congruità dello schema alla fattispecie concreta oggetto di lite;

- il convenuto aveva l'onere di far valere una serie di possibili difese soltanto facendo inserire nella formula l'ideale *exceptio*, costruita come condizione negativa della condanna, in mancanza della quale il giudice non aveva il potere di tener conto di fatti che avrebbero imposto l'assoluzione se ritualmente eccepiti;

- la formula era costruita come un periodo ipotetico (*si paret ... si non paret*), indicando così che compito del giudice era condannare o assolvere in base a un giudizio di probabilità o di verosimiglianza, ma non di certezza;

- in taluni casi una sofisticata tecnica processuale prevedeva scientemente la finzione (appunto la *fictio* nelle cosiddette *formulae ficticiae*), come elemento strutturale della formula e presupposto imprescindibile per la decisione del giudice: così, per esempio, nella *actio Publiciana*, il giudice avrebbe dovuto giudicare come se fosse trascorso il periodo per l'usucapione, anche se di fatto ciò non era vero: scientemente perciò si presupponeva l'esistenza di un fatto non vero.

diturus. 2. Ultimum autem finem strepitus criminalis, quem litigantem disceptantemque fas non sit excedere, anni spatium limitamus, cuius exordium testatae apud iudicem competentem actionis nascetur auspiciis: capitali post probationem supplicio, si id exigat magnitudo commissi, vel deportatione ei qui falsum commiserit imminente.

Questi pochi accenni delineano un tipo di processo che non aveva lo scopo principale di 'stabilire la verità', bensì quello –secondo una visione tradizionale del processo *per formulas*, forse non del tutto appagante e precisa, ma che ne coglie comunque una caratteristica fondamentale– di dare modo ai consociati di risolvere pacificamente le loro controversie. La questione della 'verità' sta perciò in secondo piano (non è che manchi del tutto), e può esser sacrificata per lo scopo principale. A partire grosso modo da Costantino invece –almeno per quanto risulta dalle fonti che ho esaminato– essa sembra emergere in modo preminente; il raggiungimento della verità sembra tendere a diventare lo scopo principale, come detto, dell'intera macchina processuale. Mi pare significativo, tra l'altro, che la parola *veritas* –per quanto ho potuto constatare– nei passi dei giuristi classici ricorra solo due volte in contesti di tipo processuale: in un frammento di Paolo (26 ad ed. *D.* 50, 16, 37) in cui si legge che il *verbum* "oportere" non ad *facultatem iudicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur*; nel notissimo frammento di Ulpiano relativo al giudicato (*ad legem Iuliam et Papiam D.* 50, 17, 207), secondo cui *res iudicata pro veritate accipitur*. Senza voler qui neppure brevemente accennare alle complesse problematiche sottese a entrambi i frammenti, mi pare che essi condividano una concezione del processo in cui la *veritas* e il risultato processuale possano anche non coincidere o comunque non debbano tendenzialmente coincidere.

In base al confronto svolto con la procedura *per formulas*, si può sostenere che la concezione costantiniana sopra delineata sia connessa in modo imprescindibile con le caratteristiche del processo *extra ordinem*. Sappiamo poco –anche per oggettiva carenza di fonti– sull'evoluzione delle *cognitiones* nel Principato e sul loro progressivo affermarsi in sostituzione prima parziale e poi completa della procedura formulare. È opinione comune che questo passaggio fosse in buona parte, se non del tutto, concluso alla fine del III secolo. Non v'è perciò da stupirsi che una interessante traccia dell'idea che la *veritas* debba essere oggetto dell'indagine del giudice e debba stare alla base della sentenza si ritrovi proprio in un rescritto di Diocleziano (*C.* 1, 22, 2 del 294)¹¹. La dottrina¹², tende a ricollegare il testo diocleziano –anche sulla base della sua collocazione nel titolo del Codice *C.* 1, 22 *Si contra ius utilitatemve publicam vel per mendacium fuerit aliquid postulatum vel impetratum*– alla c. d. procedura *per rescripto*, e cioè, in

¹¹ *C.* 1, 22, 2 (a. 294): *Praescriptione mendaciorum opposita, sive in iuris narratione mendacium reperiatur sive in facti sive in tacendi fraude, pro tenore veritatis, non deprecantis adfirmatione, datum iudicem cognoscere debere et secundum hoc de causa convenit ferre sententiam.*

¹² Cfr., per esempio, Kaser-Hackl, *op. cit.*, p. 636.

particolare, all'ipotesi in cui l'imperatore abbia emanato un provvedimento su sollecitazione di una delle parti. Diocleziano non avrebbe perciò affermato il principio in questione in ordine al processo ordinario di primo o di secondo grado, bensì in ordine all'impiego, nel processo, di rescritti unilateralmente richiesti all'imperatore. Ammesso ciò, mi sembra comunque significativo, e in qualche misura preparatorio della posizione costantiniana, il modo con cui C. 1, 22, 2 descrive i compiti del giudice: *pro tenore veritatis datum iudicem ... cognoscere debere et secundum hoc de causa convenit ferre sententiam*. Semmai si può notare che tale dovere del giudice sembrerebbe subordinato alla proposizione di una *praescriptio mendaciorum*, vale a dire di un'apposita eccezione relativa alla non corrispondenza a verità delle *preces* dirette all'imperatore per sollecitarne l'intervento. Ebbene, anche in questo particolare tipo di situazioni, il confronto con Costantino rivela, a mio giudizio, un ancor più accentuato orientamento a far prevalere, in una qualche misura d'ufficio, la ricerca e il conseguente rispetto della verità: una costituzione del 313, C. 1, 22, 3¹³ – che ci è giunta solo tramite il *Codice giustiniano*, nel quale è collocata subito dopo il testo di Diocleziano – prevede una multa di dieci libbre d'oro per quei giudici che impediscano di provare la falsità delle *preces* (*qui vetuerunt precum argui falsitatem*); una seconda costituzione, *CTb.* 1, 2, 6¹⁴ – questa volta riportata sia nel *Teodosiano*, sia, senza variazioni, nel *Codice di Giustiniano* (C. 1, 22, 4) –, emanata nel 333, impone di indagare sulla verità delle *preces* anche in caso di processo esecutivo (*etsi non cognitio, sed executio mandatur, de veritate precum inquiri oportet, ut, si fraus intervenit, de omni negotio cognoscatur*), e, soprattutto, sembra non subordinare tale indagine alla necessità che sia presentata un'apposita *praescriptio mendaciorum*, come ancora voleva Diocleziano¹⁵. Vale infine la pena ricordare che l'esigenza

¹³ C. 1, 22, 3 (a. 313): *Puniri iubemus decem libram auri multa iudices, qui vetuerunt precum argui falsitatem*.

¹⁴ *CTb.* 1, 2, 6 (333 = C. 1, 22, 4): *Etsi non cognitio, sed executio mandatur, de veritate precum inquiri oportet, ut, si fraus intervenit, de omni negotio cognoscatur*. INTERPRETATIO: *Quidquid non vera, sed falsa petitio a principe obtinuerit, quia fraus intervenit, non valebit*.

¹⁵ Cfr. peraltro *CTb.* 2, 7, 1 (a. 314, ripresa con modifiche da C. 3, 11, 2) che sembra porre sulla controparte l'onere della prova del mendacio: *Si quando quis rescriptum ad extraordinarium iudicem reportaverit, dilatio ei penitus neganda est. Illi autem, qui in iudicium vocatur, danda est ad probanda precum mendacia vel proferenda aliqua instrumenta vel testes, quoniam instructus esse non potuit, qui praeter spem ad alienum iudicem traheretur*. INTERPRETATIO: *Quando ab aliquo principe praeceptio fuerit surrepta, ut ad alium iudicem quam cui commissus est, adversarium suum pertrahat audiendum, sicut ille, qui petitor est, indutias si petierit, accipere non debuit, ita illi, qui ad iudicium adducitur, dilatio debita non negetur, ut facilius aut per scripturam aut per testes probare valeat illum a quo pulsatus est falsa supplicatione meruisse, quod petit*.

del controllo della veridicità delle *preces*, verrà ancora ribadita in termini generali nel 477 da Zenone (C. 1, 23, 7)¹⁶, che imporrà anche la cautela formalistica dell'inserimento della clausola *si preces veritate nituntur* in tutti i rescritti.

4. La ricerca della verità è compito, come abbiamo visto, affidato al giudice del merito. Compito che si innesta sia sul complesso meccanismo dell'imputazione dell'onere della prova, sia sul regime delle eccezioni del convenuto nel processo cognizionale. Su entrambi questi aspetti siamo ancora piuttosto male informati. Mi sembra, in prima approssimazione, che negli esempi che abbiamo visto le scelte costantiniane vadano nel senso di forzare, entro certi limiti, le regole tramandate in queste materie dall'esperienza processuale precedente, per attribuire una maggiore incisività alla funzione del giudice, giustificando tale scelta proprio alla luce di quello che si può definire il principio di prevalenza della verità.

Mi sembra inoltre che questo orientamento costantiniano si sia consolidato anche nella successiva esperienza processuale. Forse, in taluni casi – penso soprattutto all'età giustiniana – le costituzioni in materia processuale pongono in maggiore evidenza altri profili, quale, in particolare quello della necessità di perseguire la celerità dei processi (e non sempre tale esigenza è in sintonia con la ricerca esatta della verità). In ogni caso, un esempio che mi pare probante dell'influenza delle scelte costantiniane lo abbiamo già incontrato con la costituzione di Zenone relativa alla procedura c. d. per rescritto che ribadisce la necessità che *preces veritate nituntur*. Forse a tale influenza può esser ricondotto anche un provvedimento orientale del 382, *CTb.* 4, 17, 2, che impone al giudice – a tutela di entrambe le parti – di motivare la sentenza, redatta per iscritto (v. *CTb.* 4, 17, 1 del 374¹⁷) in modo completo e rigoroso: *iudex in proferenda sententia quae iurgantibus prosit, ad plenum recenseat, quidquid negotii fuerit inlatum, quod senserit*

¹⁶ C. 1, 23, 7 pr. (a. 477): *Universa rescripta, sive in personam precantium sive ad quemlibet iudicem manaverint, quae vel adnotatio vel quaevis pragmatica sanctio nominetur, sub ea condicione proferri praecipimus, si preces veritate nituntur, nec aliquem fructum precator oraculi percipiat impetrati, licet in iudicio adserat veritatem, nisi quaestio fidei praecum imperiali beneficio monstretur inserta (...).*

¹⁷ *CTb.* 4, 17, 1 (a. 374; ripresa con modifiche in C. 7, 44, 3): *Statutis generalibus iusseramus, ut universi iudices, quibus reddendi iuris in provinciis permittimus facultatem, cognitis causis ultimas definitiones de scripti recitatione proferant. Huic adicimus sanctioni, ut sententia, quae dicta fuerit, cum scripta non esset, ne nomen quidem sententiae habere mereatur, nec ad rescissionem perperam decretorum appellationis sollemnitas requiratur.*

scribat et relegat, ne per errorem iudicis iterum a primordio novae litis sortiantur eventus.

Suggestivo è anche supporre che entro tale tendenza vada collocata la famosa e discussa costituzione con cui Costanzo e Costante, come si dice, avrebbero abolito il processo formulare. Si tratta di un testo conservato solo nel *Codice di Giustiniano*, C. 2, 57 (58), 1, del 342, nel titolo C. 2, 57 *De formulis et impetratione actionum sublatis*. La costituzione recita, nel suo attuale tenore: *iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*. Gisella Bassanelli Sommariva ha recentemente sostenuto¹⁸ che essa non riguarderebbe né il processo formulare in quanto tale (che, secondo l'interpretazione opposta, sarebbe sopravvissuto, non sappiamo con quali concrete modalità di realizzazione, sino alla sua emanazione), né le formule processuali in quanto tali. La costituzione in realtà sarebbe stata rivolta «ad eliminare il formalismo negli atti giuridici, in genere»¹⁹. Sarebbero i Giustinianei, che avrebbero estrapolato il testo «da un più ampio provvedimento, non riferentesi al processo formulare», per ricondurlo a una tematica esclusivamente processuale per finalità legate alla politica legislativa del momento²⁰. Debbo dire che questa proposta interpretativa, pur degna di attenzione, non mi convince. Mi sembra infatti da un lato che il formalismo negoziale fosse già, a partire almeno dall'età dei Severi, se non da prima, in forte crisi – tanto che la giurisprudenza, almeno in relazione alla *stipulatio*, aveva riconosciuto un'ampiezza di modalità di conclusione che di fatto ne scemava grandemente l'impatto – e dall'altro lato che il sistema negoziale romano, nel suo intreccio di figure tipiche e di negozi aperti all'atipicità si prestasse male a un intervento di così generico tenore: in quali casi si dovevano riconoscere *formulae* negoziali vietate? Che cosa ne era delle clausole di stile che allora come oggi potevano essere introdotte liberamente dalle parti in negozi pur a forma libera? Sono queste due domande che, a mio giudizio, non trovano una risposta – o non la trovano così facilmente – nell'interpretazione suddetta della costituzione di Costanzo e Costante.

Se invece riportiamo nell'ambito processuale il testo del 342 e ne limitiamo la portata alle *formulae* processuali e non già al processo formulare in quanto tale, forse possiamo coglierne meglio il senso, soprattutto se lo riconduciamo all'orientamento costantiniano di difesa del principio di verità. L'impiego delle antiche

¹⁸ G. Bassanelli Sommariva, «Costanzo e Costante hanno davvero abolito il processo formulare?», in *Riv. di Dir. Rom.* 1, 2001, pp. 395-403.

¹⁹ Ead., *op. cit.*, p. 401.

²⁰ Ead., *op. cit.*, *l. cit.*

formulae processuali nella proposizione della domanda o nell'enunciazione formale delle eccezioni è testimoniata anche nel processo *extra ordinem*. È stato notato, per esempio, che lo stesso regime della *pluris petitio* in età tardoantica pare presupporre l'impiego persistente di modelli formulari. Non è peraltro ben chiaro quale fosse la reale funzione svolta dalle antiche formule nel nuovo processo e quale incidenza esse avessero sul piano concreto dell'estensione e dei limiti della domanda attorea e delle eccezioni del convenuto. Mi sembra però che tolte dalla dimensione della procedura formulare e dal particolare tecnicismo che caratterizzava la fase *in iure* di quel processo, esse finissero necessariamente non solo e non tanto per perdere il loro originario significato (una reinterpretazione e attualizzazione era pur sempre possibile), quanto piuttosto per collidere soprattutto con quel principio di verità che abbiamo visto esser stato affermato da Costantino: non sto a ripetermi, ma certe impostazioni formulari, in primo luogo l'uso della *fictio*, ma in generale la stessa rigidità di impostazione della formula, non temperata dalla duttilità d'intervento del pretore (basti pensare alla via d'uscita costituita dalle *formulae in factum conceptae*), non erano in sintonia con la ricerca della *veritas* ormai intesa come funzione imprescindibile e primaria del processo.

Al termine di queste riflessioni, dopo aver affrontato, come avevo preannunciato, il tema dall'interno, sondando le sole fonti giuridiche, viene spontaneo chiedersi se l'orientamento che emerge da esse non sia solo il frutto di un mutamento tecnico nella struttura del processo civile, ma sia anche, o forse soprattutto, il frutto di una più lata influenza culturale proveniente dalla società, dai fermenti che caratterizzavano il mondo costantiniano. Si aprono qui orizzonti per me vasti e inesplorati, che spero potranno essere oggetto di una specifica, ulteriore, ricerca di cui non mi nascondo le difficoltà.