

Carcerazione preventiva e presunzione d'innocenza in una costituzione giustiniana (C.I. 9.4.6)*

ABSTRACT – Preventive custody and presumption of innocence in a Justinian constitution (C.I. 9.4.6). The essay discusses the connection of the Justinian discipline on maximum terms of preventive custody (C.I. 9.4.6) with the so-called principle of presumption of innocence. This principle, known to the Romans, continues to operate in late antique law as 'rule of treatment' and 'rule of judgement'. The paper outlines the legal framework of the Justinian Age through a combined examination of C.I. 9.4.6 with other provisions collected in the Theodosian and Justinian Codes and with jurisprudential texts. In evaluating the link mentioned above, we must avoid modernizing suggestions, which obscure the distance between modern and Justinian representations of the defendant's guarantees.

1. Premessa – 2. Un provvedimento di Teodosio I. C.Th. 9.2.3 = C.I. 9.3.2 e il presunto divieto della carcerazione preventiva. – 3. Uno sguardo all'indietro. C.Th. 9.3.1 = C.I. 9.4.1: Costantino e le catene per i detenuti in attesa di giudizio. – 4. La disciplina giustiniana dei termini massimi di carcerazione preventiva: una salvaguardia della libertà personale? – 5. Forme di *custodia* e criteri di scelta della misura da applicare nel caso concreto: D. 48.3.1 e l'*innocentia personae*. – 6. La questione del collegamento di C.I. 9.4.6 con il principio di presunzione d'innocenza. Conclusioni.

1. Il titolo *De custodia reorum* del Codice Giustiniano (C.I. 9.4) si chiude con una costituzione in lingua greca del 529 d.C., C.I. 9.4.6, di cui, com'è noto, non c'è pervenuto il testo originario, ma che è possibile leggere nella ricostruzione di Krüger¹ che si riporta per la parte d'interesse.

* Il presente contributo è destinato agli *Scritti con Raimondo Santoro*.

¹ Sulle fonti, tutte bizantine, utilizzate da Krüger per la *restitutio*, si veda R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*², Milano, 1990, p. 192 s. nt. 61. La costituzione, secondo l'insigne romanista

C.I. 9.4.6 pr.-6 Αὐτοκράτωρ Ἰουστινιανὸς Α. Μηνᾶ ἐπάρχῳ πραιτωρίων. Οὐδένα ἐμβάλλεσθαι ἐν φυλακῇ δίχα προστάξεως τῶν κατὰ τὴν εὐδαιμόνα ταύτην πόλιν ἢ ἐν ἐπαρχίᾳ ἐνδόξων ἢ περιβλέπτων ἢ λαμπροτάτων ἀρχόντων ἢ τῶν ἐν ταῖς πόλεσιν ἐκδικῶν βουλόμεθα. 1. Ἐπὶ δὲ τῶν ἐμβληθέντων ἢ ἐμβαλλομένων τοὺς θεοφιλεστάτους τῶν τόπων ἐπισκόπους μίαν ἐκάστης ἐβδομάδος ἡμέραν τὴν τετράδα ἢ τὴν παρασκευὴν τοὺς ἐν ταῖς φυλακαῖς διερευνᾶσθαι καὶ σὺν ἀκριβείᾳ μανθάνειν τὰς τῆς αὐτῶν κατοχῆς αἰτίας καὶ εἴτε οἰκέται τυγχάνοιεν ὄντες εἴτε ἐλεύθεροι, εἴτε ἐπὶ χρήμασιν εἴτε ἐπὶ ἄλλοις ἐγκλήμασιν εἴτε ἐπὶ φόνους ἐμβεβλημένοι. 2. Καὶ εἰ μὲν δουλοὶ εἰσιν, εἷσω εἴκοσιν ἡμερῶν ἐκβάλλεσθαι αὐτοὺς ἢ σωφρονιζομένους ἢ τοῖς δεσπότηται παραδιδόμενους, ἢ ἐὰν μὴ φαίνωνται οἱ δεσπότες, ἀπολύεσθαι αὐτούς. 3. Ὁ ἐν εἰρκτῇ βληθείς διὰ χρηματικὸν ἐλεύθερος ἀπολύεσθω παρέχων ἐγγύας· εἰ δὲ ἀπορεῖ ἐγγυῶν, τεμνέσθω εἷσω λ' ἡμερῶν τὸ κατ' αὐτὸν καὶ ἀπολύεσθω. ἐὰν δὲ πλείονος χρόνου τὸ πρᾶγμα δέηται, τότε ἐξωμοσία καταπιστευέσθω μέχρι πέρατος τῆς δίκης· εἰ δὲ μετὰ τὴν ἐξωμοσίαν ἀπολειφθῆ πρὸ περαιώσεως τοῦ ζητουμένου, ἐκπιπτέτω τῶν οἰκείων πραγμάτων. 4. Ἐὰν ἐλεύθερος ἐγκλήματι κατεχόμενος βληθῆ εἰς φυλακὴν, ἐγγύας διδόντω καὶ ἀπολυέσθω. εἰ δὲ ἀπορεῖ ἐγγυῶν, μεινάτω ἕως >x μηνῶν μόνων ἐν τῇ φυλακῇ, ὧν ἐντὸς τεμνέσθω τὸ κατ' αὐτόν, εἰ μὴ ἄρα κεφαλικῶς ἐνάγεται. 5. Ὁ γὰρ τοιοῦτος οὐδὲ ἐγγύη καταπιστεύεται, ἐὰν μέντοιγε ὑπὸ τῶν δημοσιευόντων κατηγορηθῆ· ἀλλὰ ἐντὸς πάλιν τῶν ἕξ μηνῶν τὸ κατ' αὐτόν ὀφείλει πέρας λαβεῖν. εἰ δὲ οὐχ ὑπὸ τῶν δημοσιευόντων, ἀλλ' ὑπὸ ἰδικοῦ κατηγοροῦ ἐνήχηθη, τότε καταθαρρεῖται ἢ ἐγγύη. ἐὰν δὲ οὐκ εὐπορῆ δοῦναι ἐγγύας, φυλάττεται ἐπὶ ἓνα μόνον ἐνιαυτόν, οὗ ἐντὸς τὸ κατ' αὐτόν χρὴ πάντως τέμνεσθαι. 6. Προλήψεως δὲ περὶ αὐτῶν γενομένης ὡς ὑπευθύνων, εἶναι αὐτοὺς ἐν τῇ φρουρᾷ, ἕως ὅτε περαιωθῆ ἡ δίκη ².
[...] D. XV K. Febr. Constantinopoli Decio cons.

Definito con enfasi da Giovanni Pugliese, sul finire degli anni '60 del Novecento,

tedesco (*ad h.l.*), avrebbe fatto parte (insieme a C.I. 1.4.22, 1.4.23, 9.5.2, e 9.47.26), di un unico ampio provvedimento che i compilatori avrebbero smembrato e collocato in diversi titoli (p. 191 s.).

² Trad. lat. KRÜGER: *Imp. Iustinianus A. Menae pp. Neminem in custodiam conici volumus iniussu illustrium vel spectabilium vel clarissimorum huius almae urbis provinciarumque magistratum vel defensorum civitatum. 1. Eos autem qui inclusi sunt vel includentur religiosissimi locorum episcopi una cuiusque hebdomadis die quarta vel sexta explorent et diligenter causas detentionis eorum inquirant et servi an liberi sint, utrum propter aes alienum an propter alias accusationes an ob homicidium inclusi sint. 2. Et si servi sunt, intra XX dies propellantur aut castigati aut dominis redditi aut, si domini non apparent, dimittatur. 3. Si liber homo propter pecuniarum causam in carcerem coniectus fuerit, fideiussoribus praestitis liberetur: si fideiussores non habet, intra XXX dies causa decidatur et ipse liberetur. Sin autem ampliore tempore opus sit, tunc iuratoriae cautioni committatur usque ad litis exitum: qui si iuramento praestito ante litem decisam afuerit, bonis suis excidat. 4. Si liber homo criminis accusatus in custodiam coniectus sit, fideiussoribus praestitis liberetur: si fideiussores non habet, usque ad sex tantummodo menses in custodia maneat, intra quos causa decidatur, nisi capitalis criminis reus factus est. 5. Talis enim nec fideiussoribus committitur, si a publicis personis accusatus est: sed rursus intra sex menses iudicium ad finem perducendum est. Quod si non a publicis personis sed a privato accusatore conventus fuerit, admittitur fideiussio. Si vero fideiussores dare non potest, per unum annum tantummodo in custodia teneatur, intra quem omnimodo causam decidi oportet. Cum autem praesumptio extiterit eos obnoxios esse, in custodia remaneant, donec causa terminetur. [...]*

«una specie di *habeas corpus* avanti lettera»³, il testo, con il fiorire nell'ultimo trentennio di ricerche sul carcere e sulla sua funzione nel sistema repressivo romano, è tornato al centro dell'attenzione degli studiosi⁴.

Anche di recente si è messa in risalto l'ispirazione della regolamentazione giustiniana della carcerazione preventiva «a criteri che forse non è errato definire 'moderni'»⁵ e si è sostenuto che tale disciplina sembra «sottintendere la presunzione d'innocenza dell'accusato»⁶.

Questo collegamento di un istituto ancora oggi oggetto di discussione scientifica⁷ con un principio fondamentale della civiltà giuridica occidentale moderna⁸

³ G. PUGLIESE, *Le garanzie dell'imputato nella storia del processo penale romano*, in *Temi Romana*, 18, 1969, p. 617 s., ora in *Scritti giuridici scelti II. Diritto romano*, Napoli, 1985, p. 617 s. Per rapide notizie sull'istituto di *common law* si veda P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Habeas corpus*, in *ED*, 19, Milano, 1970, p. 941 ss.

⁴ Cfr., in specie, M.A. MESSANA, *Riflessioni storico-comparative in tema di carcerazione preventiva (A proposito di D. 48,19,8,9 – Ulp. 9 de off. proc.)*, in *AUPA*, 41, 1991, p. 63 ss.; A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari, 1994; J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im Römischen Reich*, Stuttgart, 1996, p. 75 s.

⁵ L. SOLIDORO, *Alle origini del garantismo: note introduttive*, in *Regole e garanzie nel processo criminale romano* (cur. L. SOLIDORO MARUOTTI), Torino, 2016, p. 11.

⁶ F. FASOLINO, *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza*, in *Regole e garanzie*, cit., p. 56.

⁷ Il dibattito sulla carcerazione preventiva e le sue finalità (variamente riferite a esigenze istruttorie, di garanzia dell'esecuzione della pena, di prevenzione generale o speciale), alimentato dalla critica illuministica in concomitanza con la riscoperta del processo accusatorio, e proseguito nell'Ottocento dai giuristi di scuola liberale, è tutt'oggi vivo. Ne ripercorre le vicende storiche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 561 ss. Cfr. P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*², Torino, 2009, p. 30 ss.

⁸ Sul principio, di conio illuministico, con cenni alla polemica dottrinale sviluppatasi fra fine Ottocento e inizi Novecento, si veda G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 13 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 559 ss. Non richiamato dal codice del 1913, respinto dal codice di procedura penale del 1930 (il cd. Codice Rocco), ispirato a concezioni autoritarie in sintonia con il regime fascista, il principio, dopo un aspro dibattito in seno alla Costituente repubblicana, è stato elevato a rango costituzionale e accolto dall'art. 27, c. 2 Cost. it., sebbene enunciato in termini di «presunzione di non colpevolezza». La divergenza letterale ha dato luogo a discussione in dottrina sulla sinonimia e sulla fungibilità della formulazione costituzionale, da alcuni intesa come una svalutazione del principio, con la presunzione di innocenza. In proposito e sulle Convenzioni internazionali del dopoguerra, che hanno incluso la presunzione di innocenza tra i diritti fondamentali dell'uomo, nonché sulla almeno duplice valenza concettuale del principio quale «regola di trattamento», attinente alla libertà personale e che si concreta nel divieto di equiparare l'imputato al colpevole, e quale «regola di giudizio», relativa all'onere delle prove e che si sostanzia nella regola dell'*in dubio pro reo*, si veda ancora ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., p. 20 ss.; sinteticamente, ID., *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. Giur.*, 24, Roma, 1991, p. 1 ss. Sul «falso problema semantico (non colpevolezza/innocenza)» si veda PAULESU, *La presunzione*, cit., p. 51 ss. Denunciano l'attuale crisi del principio, individuandone le cause, O. DOMINIONI, *Le parti nel processo*

è l'oggetto della mia riflessione che sarà condotta, in particolare, valorizzando le connessioni con altri provvedimenti raccolti nel Codice Giustiniano – e prima ancora nel Codice Teodosiano – nonché con passi giurisprudenziali. Dalla loro lettura combinata risulterà il quadro normativo vigente in età giustiniana e la risposta al problema al centro di questo studio che, come si vedrà, pur non disconoscendo l'esistenza di un orientamento chiaramente indirizzato al rispetto della dignità umana, non cede a suggestioni attualizzanti, ma mette in evidenza le differenze con l'esperienza giuridica moderna.

L'attualità della tematica spinge ancora una volta a dialogare con il passato, a interrogare la nostra fonte su questioni che, ora come allora, attengono al rapporto fra individuo e potere, alla libertà personale di cui l'accusato viene privato, alla correlazione tra garanzie dell'accusato e modello processuale, al fine stesso del processo. Sullo sfondo vi è, poi, la questione dell'influenza del cristianesimo sulla normativa giustiniana che in materia di carcerazione e trattamento dei detenuti appare sicura ed è coerente con il ruolo di vigilanza sul regime carcerario assegnato al vescovo⁹. In questa sede non si affronterà quest'ultimo profilo: l'indagine, infatti, è volta unicamente a verificare l'eventuale operatività di principi giuridici, quale ne sia la matrice, specificamente nel provvedimento del 529.

La costituzione, indirizzata al prefetto al pretorio Mena¹⁰, esordisce escludendo che la carcerazione preventiva (φυλακή) possa avere luogo in mancanza di un ordine¹¹ che provenga dagli ἀρχοντες di Costantinopoli e dai magistrati pro-

penale. *Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, p. 203 ss.; più di recente, O. MAZZA, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in *Nei limiti della costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo. Atti del Convegno, Roma, 28-29 settembre 2018* (cur. D. NEGRI, L. ZILLETTI), Padova, 2020, p. 63 ss.

⁹ Si veda, oltre a B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano III. La famiglia – Rapporti patrimoniali – Diritto pubblico*, Milano, 1954, p. 512 ss.; G. HUMBERT, s.v. *carcer*, in *DS*, I.2, Paris, 1887, p. 919. La letteratura sul problema dell'influenza cristiana sulla legislazione tardoimperiale è amplissima: asserita con forza da BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., *passim*, è stata messa in discussione e ridimensionata dalla dottrina successiva. Tra i tanti, si veda G. CRIFÒ, *Cristianesimo, diritto romano, diritti della personalità: una rilettura*, in *Hestiasis. Studi di tarda antichità offerti a Salvatore Calderone*, 3, Messina, 1991, p. 373 ss., ora in *Libertà e uguaglianza in Roma antica*, Roma, 1996, p. 279 ss., il quale evidenzia la continuità della dottrina cristiana con «i principii stoici» che «ispiravano anche concreti trattamenti» umanitari (p. 379 s.). Non è inutile, dunque, ricordare che il rispetto della persona umana non è un'istanza inventata dal cristianesimo. Sulla cristianizzazione, poi, con Giustiniano della potestà normativa dell'imperatore si vedano, ancora una volta, le pagine insuperate di Giuliano Crifò. Una sintesi del suo pensiero può leggersi nelle *Lezioni di storia del diritto romano*⁵, Bologna, 2010, p. 478, ove mette in evidenza come la conseguenza sia che «il diritto imperiale non può essere in contrasto con la religione cristiana, ma il potere è pur sempre dell'imperatore e la chiesa sta nell'orbita di tale potere».

¹⁰ *PLRE*, II, *Menas* 5, p. 755.

¹¹ Il *principium* di C.I. 9.4.6 coincide con quello di C.I. 1.4.22, con pari *inscriptio* e *subscriptio*.

vinciali (appartenenti alle tre classi di rango degli *illustres*, degli *spectabiles* e dei *clarissimi*) e dagli ἔκδικτοι¹². Sono, così, definite le competenze a disporre la custodia cautelare in carcere, istituto che Giustiniano non reintroduce, ma presuppone vigente, come dimostrano sia la mancanza di un provvedimento imperiale di tale tenore sia la testimonianza dell'antecedente *Ed. praef. praet.* 27 di Archelao che dispone *De in carcerem coniectis*¹³.

La necessità di un ordine di incarcerazione dell'ἄρχων o dell'ἔκδικτος risulta anche nell'*Ed. praef. praet.* 27 c. 1, di Archelao, che aveva ricoperto la carica di *praefectus praetorio Orientis* nel 524-527 d.C., durante il regno di Giustino I, dunque fino a due anni prima che Giustiniano adottasse il provvedimento raccolto dai compilatori in C.I. 9.4.6. Cfr. J.R. MARTINDALE, *PLRE*, II, *Archelaus* 5, p. 133; F. GORIA, in *Edicta praefectorum praetorio* (cur. F. GORIA, F. SITZIA), Cagliari, 2013 (in CD ROM), p. 170 s. *Ed. praef. praet.* 27 (trad. lat. ed. C.E. ZACHARIAE, *Anekdotia*, Leipzig, 1843, p. 276, ora in *Edicta*, cit., p. 276): *De in carcerem coniectis, et de L diebus post successionem. Archelai.* [Cap. 1] *Ut nemo quosquam in carcerem coniciat, licet forte obnoxii sint et fideiussorem copiam non habeant, sed potius ad praesidem referat vel ad defensorem, ut ipsi re intellecta et in causam inquirent et non permittant atteri condemnatum.* Si veda il commento di A. TRISCIUOGGIO, in *Edicta*, cit., p. 100 s., con bibliografia. Da ultimo l'editto è stato esaminato da s. SCHIAVO, *Ricerche sugli editti dei prefetti del pretorio del Cod. Bodl. Roe 18. Processo e documento*, Napoli, 2018, in particolare p. 153 ss., la quale si sofferma anche sul rapporto con la successiva costituzione giustiniana (p. 157 ss.) che, secondo l'A., non è del tutto innovativa, ma riprende «principi già testimoniati nell'ambito della produzione editale dei prefetti del pretorio d'Oriente» (p. 162). In questo senso si era espresso già BONINI, *Ricerche*, cit., p. 196 nt. 68. Invece, MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 148, facendo riferimento oltre che all'editto 27 anche a quello 28 di Archelao, non esclude che siano «un'applicazione concreta e particolare delle disposizioni di C. 9.4.6»: il che implicherebbe la priorità della costituzione del 529 rispetto ai due editti del prefetto sopra richiamati. L'ipotesi mal si concilia con gli anni in cui Archelao ricoprì la carica. Sul problema del valore normativo degli editti prefettizi si veda F. ARCARIA, *Sul potere normativo del prefetto del pretorio*, in *SDHI*, 63, 1997, p. 301 ss., con letteratura precedente, che individua tra il V e il VI secolo il momento a partire dal quale tale funzionario esercitò una vera e propria funzione normativa (p. 336 ss.). In proposito, si veda anche F. BOTTA, *De his qui suscipiunt alienos agricolos. Intorno a edict. praef. praet. XXV*, in *BIDR*, 7 (IV serie), 2017, p. 2 ss.

¹² Sull'equivalenza del termine ἔκδικτος a *defensor civitatis* a partire dal IV sec. d.C. si veda V. MANNINO, *Ricerche sul «defensor civitatis»*, Milano, 1984, p. 167; R.M. FRANKS, *Contra potentium iniurias. The defensor civitatis and Late Roman Justice*, München, 2001, p. 17 ss. Recentemente vi è tornato M. MIGLIETTA, *Note minime sull'origine storica e sull'«attualità» del «defensor civitatis»*, in *Antologia giuridica romanistica e antiquaria*, 2 (cur. L. GAGLIARDI), Milano, 2018, p. 203, il quale, come F. PERGAMI, *Sulla istituzione del defensor civitatis*, in *SDHI*, 61, 1995, p. 417, riconduce la nascita dell'istituto a una costituzione—degli imperatori Valentiniano e Valente, C.Th. 1.29.1 (a. 364/368), contro parte della dottrina che ne anticipa l'origine al tempo di Diocleziano (si vedano gli autori citati da Pergami a p. 413 s., al quale si rinvia altresì sulla questione della datazione del provvedimento di cui l'a. tratta a p. 417 ss., concludendo per «ragioni di carattere prosopografico e di natura sostanziale» a favore della data del 368 [p. 430 s.]). Sulla disciplina in materia di potere di impigionamento del *defensor* si veda *infra* nt. 57.

¹³ Si veda *supra* nt. 11.

2. Lo stesso Codice Giustiniano raccoglie, tuttavia, un precedente provvedimento del 380 d.C. che, secondo parte autorevole della dottrina, avrebbe «addirittura» introdotto un «divieto generale e assoluto di carcerazione preventiva»¹⁴ che sarebbe stato poi «sostanzialmente obliterato»¹⁵. Di seguito se ne riporta il testo nella versione più completa tramandata dal Codice Teodosiano¹⁶.

C.Th. 9.2.3: Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. Eutropio praefecto praetorio. Nullus in carcerem, priusquam vincatur, omnino vinciat. Ex longinquo si quis est acciendus, non prius insimulanti adcommoetur adensus quam sollemni lege se vinxerit et in poenam reciproci stilo trepidante recaverit. Eique qui deducendus erit ad disponendas res suas componendosque maestos penates spatium coram loci iudice aut etiam magistratibus dierum XXX tribuatur, nulla remanente aput eum qui ad exhibendum missus est copia nundinandi. Qui posteaquam ad iudicem venerit, adhibita advocazione ius debet explorare quaesitum ac tamdiu pari cum accusatore fortuna retineri, donec repperit cognitio celebrata discrimen. Dat. III Kal. Ian. Constantinopoli Gratiano V et Theodosio I AA. cons.

Le parole *nullus in carcerem, priusquam vincatur, omnino vinciat* che aprono la costituzione, data a Costantinopoli da Teodosio I¹⁷, suonano categoriche, ma che esse vietino propriamente la carcerazione preventiva non è affatto sicuro. Estrapolando e decontestualizzando la frase, potrebbe sembrare che l'accusato non vada imprigionato perché la sua colpevolezza non è stata ancora accertata. Una garanzia per l'accusato presunto innocente? È una questione su cui occorrerà tornare più avanti, dopo avere verificato il tenore del divieto.

A tal fine non pare irrilevante constatare che le fonti parlino tutte per la permanenza della custodia cautelare in carcere anche dopo l'emanazione di C.Th. 9.2.3¹⁸, mentre non risulta tramandata alcuna formale disposizione di ripristino

¹⁴ Così PUGLIESE, *Le garanzie*, cit., p. 617. In termini di alta probabilità che C.Th. 9.2.3 avesse abolito la custodia cautelare in carcere si è, tra altri, successivamente pronunciato s. BARBATI, *Abusi e illeciti dei giudici nel processo tardo-antico*, in *Organizzare Sorvegliare Punire. Il controllo dei corpi e delle menti nel diritto della tarda antichità. In memoria di Franca de Marini Avonzo*, in *AARC*, 19, Roma, 2013, p. 381 nt. 83.

¹⁵ Si veda, ancora, PUGLIESE, *Le garanzie*, cit., p. 617.

¹⁶ Nella versione giustiniana (C.I. 9.3.2) non è presente la frase *et in poenam reciproci stilo trepidante recaverit*, a proposito della quale si veda *infra*. Sul carattere meramente formale dell'omissione si veda BONINI, *Ricerche*, cit., p. 142 nt. 145, ove bibliografia. Si segnala che C.Th. 9.2.3 fa parte di un più ampio provvedimento: *iunge* C.Th. 9.3.6 = C.I. 9.4.5, su cui si veda *infra* nt. 62.

¹⁷ La parte orientale dell'impero gli era stata affidata da Graziano l'anno precedente, all'atto di associarlo al potere.

¹⁸ Per i testi si veda LOVATO, *Il carcere*, cit., p. 196, il quale ricorda una serie di misure legislative che presuppongono il ricorso alla carcerazione preventiva: C.Th. 9.1.18 (a. 396), volta a contra-

della misura che sia antecedente a C.I. 9.4.6 la quale, piuttosto, come anzidetto, la presuppone. Il che fa fortemente dubitare della bontà di un'interpretazione che, attribuendo a Teodosio la volontà di abolire la carcerazione preventiva, ne fa quasi un illuminista *ante litteram*. La coesistenza nel Codice Giustiniano di due provvedimenti apparentemente antinomici – la disposizione del 380 raccolta in C.I. 9.3.2 (= C.Th. 9.2.3) e C.I. 9.4.6 del 529 – rafforza, poi, a mio avviso, l'ipotesi che Giustiniano, a quasi 150 anni di distanza da Teodosio il Grande, intendesse regolamentare un istituto che non aveva mai perso vigenza: nella *pars Occidentis* almeno fino al 476, nella *pars Orientis* fino e oltre il 534, anno di entrata in vigore del *Codex Iustinianus*.

Si è ipotizzato che dopo il 380 la carcerazione preventiva, senza essere abolita, fosse rimasta circoscritta «ai casi di pressoché certa colpevolezza»: la frase che apre la costituzione andrebbe pertanto intesa nel senso che la custodia carceraria era ammessa unicamente in presenza di «fondati indizi di colpevolezza»¹⁹. Si è anche sostenuto che l'intento di Teodosio fosse quello di vietare l'incatenamento dell'accusato in stato di carcerazione prima che ne fosse dimostrata la colpevolezza, inferendolo dal rispettivo significato dei verbi *convincere* e *vincire*, il primo dei quali sarebbe quello di «provare la colpevolezza» laddove il secondo «a rigore» vorrebbe

stare l'inoperosità dei giudici per contenere i tempi della giustizia e della *custodia*; C.Th. 9.38.6 (a. 381), C.Th. 9.38.7 (a. 384), C.Th. 9.38.8 (a. 385), che dispongono la scarcerazione per amnistia; C.Th. 9.40.13 = C.I. 9.47.20 (a. 382), che prescrive la sospensione dell'esecuzione delle sentenze di morte, pronunciate dall'imperatore, per 30 giorni utili a maturare un eventuale ripensamento della decisione e durante i quali il reo deve stare in custodia. In questo caso non mi pare, però, che si tratti di custodia preventiva, bensì della custodia di condannati in base a una sentenza la cui esecuzione è sospesa in attesa della decisione definitiva dell'imperatore che potrebbe confermarla, modificarla o annullarla. Com'è noto, il provvedimento, secondo opinione che ha largo seguito, sarebbe da collegare alla strage di Tessalonica, ordinata da Teodosio I nel 390, in cui rimasero trucidate 7000 persone, suscitando la reazione di Ambrogio da Milano, il quale avrebbe spinto l'imperatore ad adottare la costituzione che sarebbe, dunque, da datare all'anno cui risalgono i suddetti fatti. *Contra* G. CRIFÒ, *Profili del diritto criminale tardoantico*, in *Diritto romano e identità cristiana: definizioni storico-religiose e confronti interdisciplinari* (cur. A. SAGGIORO), Roma, 2005, p. 84 s., il quale, accogliendo la datazione del 382, ritiene che i fatti del 390 siano troppo lontani per scorgere un loro collegamento con C.Th. 9.40.13. Sull'*ocasio legis* e sul contenuto della costituzione si veda G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore si dà il tempo di riflettere. Brevi osservazioni su C.Th. 9.40.13*, in *AARC*, 10, Napoli, 1995, p. 541 ss., p. 542 nt. 6 e 7 per i problemi di datazione; LOVATO, *Il carcere*, cit., p. 208 s.; C. VENTRELLA MANCINI, *Tempo divino e identità religiosa. Culto rappresentanza simboli dalle origini all'VIII secolo*, Torino, 2012, p. 146 s. e nt. 63; L. DI CINTIO, *L'«Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus»*. *Il libro IX*, Milano, 2013, p. 201 ss., p. 202 nt. 535 e lett. ivi citata.

¹⁹ MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 131 s. Lo stesso PUGLIESE, *Le garanzie*, cit., p. 617, d'altra parte, pur sostenendo che C.Th. 9.2.3 vietava in modo generale e assoluto il carcere preventivo, non esclude che «per eccezione lo si ordinasse».

dire «incatenare»²⁰. L'ipotesi è, dunque, che «l'imperatore intendesse stabilire due differenti modalità di carcerazione, da attuare prima e dopo l'acceramento della colpevolezza». Fino a tale momento, in altre parole, l'accusato sarebbe stato custodito in carcere senza catene. Il che pone problemi di compatibilità con un'altra costituzione, raccolta sia nel Codice Teodosiano sia nel Codice Giustiniano, di cui mi occuperò nel successivo paragrafo²¹.

Ma innanzitutto, a mio avviso, la ricostruzione del senso dell'esordio del provvedimento di Teodosio I non può prescindere da una valutazione complessiva del testo.

C.Th. 9.2.3 disciplina l'*exhibitio* dei rei nei cui confronti la *cognitio* criminale abbia avuto avvio per iniziativa di un privato accusatore. In particolare, la fattispecie riguarda gli accusati che devono essere tradotti innanzi al tribunale competente da un luogo lontano. A tale proposito, di seguito alla frase *nullus vinciatur*, in linea con precedenti disposizioni relative alle formalità per la presentazione dell'accusa²², si prescrive che la comparizione avanti all'organo giudicante, cioè l'*exhibitio*²³, dell'accusato *ex longinquo* è subordinata al compimento dei *solemnia accusationis* da parte del privato che aveva preso l'iniziativa processuale e alla sotto-

²⁰ LOVATO, *Il carcere*, cit., 196. In senso adesivo si veda P. PAVÓN TORREJÓN, *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano*, in *Anejos de AEspA*, 27, Madrid, 2003, p. 206; A. BANFI, *Acerima indago. Considerazioni sul procedimento criminale romano nel IV sec. d.C.*, Torino, 2013, p. 133 e nt. 19; A. GUASCO, *Riflessioni sui termini di custodia cautelare in carcere alla luce degli interventi giustiniani*, in *KOINONIA*, 44.1, 2020, p. 783. Cfr. B. SANTALUCIA, *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna, 2013, p. 127. C. PHARR, *Theodosian Code and Novels, and the Sirmondian Constitutions*, Princeton, 1952, p. 228, invece, traduce così la frase *nullus vinciatur*: «No person at all shall be bound in prison before he is convicted», riferendo il divieto di carcerazione al momento precedente alla dichiarazione di colpevolezza ovvero alla condanna. Cfr. la traduzione della versione giustiniana della costituzione (C.I. 9.3.2) proposta da T.A.J. MCGINN in *The Codex of Justinian. A New Annotated Translation, with Parallel Latin and Greek Text* (ed. by B.W. FRIER), 3, Cambridge, 2016, p. 2275: «No one at all shall be placed in prison in chains before conviction». In quest'ultimo modo si esprime anche J. HILLNER, *Prison, Punishment and Penance in Late Antiquity*, Cambridge, 2015, p. 124.

²¹ C.Th. 9.3.1 = C.I. 9.4.1, a. 320. Si veda *infra* § 3.

²² Cfr. C.Th. 9.1.8 (a. 366), C.Th. 9.1.9 (a. 366 [381?]) e C.Th. 9.1.11 (a. 373 [368]) citate anche da GOTHOFREDUS, *ad legem C.Th. 9.2.3*. Su tali costituzioni si veda, da ultimo, P. BIAVASCHI, *Osservazioni sulla tradizione del libro IX del Codice Teodosiano nel Breviarium Alaricianum: il titolo De accusationibus et inscriptionibus*, in *Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII - II. Studi sulle fonti*, Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 141 ss.; s. GIGLIO, *Aspetti della procedura penale nel tardo impero romano*, Torino, 2017, p. 34 ss.

²³ Per il significato del termine si veda A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, s.v. *Exhibere debitorem (reum)*, p. 463, ove si precisa che nel processo criminale *exhibere reum* equivale a «to submit to court a culprit of whom one had assumed the custody». Il che è coerente con quanto sostengo di seguito nel testo e con C.Th. 9.2.6 (si veda *infra* nt. 28).

scrizione dell'accusa *stilo trepidante*²⁴. Con il che l'accusatore assumeva la responsabilità dell'accusa con la conseguenza che se non fosse riuscito a fare condannare l'accusato, e fosse pertanto incorso in *calumniam*, avrebbe subito la *poena reciproci* in applicazione del cosiddetto principio della riflessione della pena attestato in una costituzione del 319, C.Th. 9.10.3²⁵, dell'imperatore Costantino, volta a contrastare l'antico problema degli abusi nell'esercizio dell'accusa²⁶. Segue quella che è la

²⁴ Sul riferimento allo *stilus trepidans* si vedano le condivisibili considerazioni di GIGLIO, *Aspetti*, cit., p. 39, a cui aggiungerei che l'aggettivo *trepidans* è indice della consapevolezza della responsabilità che l'accusatore assumeva con la sottoscrizione dell'accusa.

²⁵ C.Th. 9.10.3 [= Brev. 9.7.2]: *Idem <Constantinus> A. ad Bassum pf. u. Si quis ad se fundum vel quodcumque aliud asserit pertinere, ac restitutionem sibi competere possessionis putat, civiliter super possidendo agat, aut impleta solennitate iuris crimen violentiae opponat, non ignarus, eam se sententiam subiturum, si crimen obiectum non potuerit comprobare, quam reus debet excipere. Quod si omissa interpellatione vim possidenti intulerit, ante omnia violentiae causam examinari praecipimus, et in ea requiri, quis ad quem venerit possidentem, ut ei, quem constiterit expulsum, amissae possessionis iura reparentur, eademque protinus restituta violentus, poenae non immerito destinatus, in totius litis terminum differatur, ut, agitato negotio principali, si contra eum fuerit iudicatum, in insulam deportetur, bonis omnibus abrogatis. Quod si pro eo, quem claruerit esse violentum, sententia proferetur, omnium rerum, de quibus litigatum est, media pars penes eum resideat, cetera fisci viribus vindicentur. Pp. prid. Non. Oct. Romae, Constantino A. V. et Licinio c. coss.*

Interpretatio: Si quis adversarium suum ita apud iudicem crediderit accusandum, ut se asserat violentiam pertulisse, ad probationem rei eum convenit attineri: quod si probare non potuerit, quem dixerat violentum, eandem poenam suscipiat, quam ille, quem impetit, convictus potuisset excipere. De reliquo haec lex praetermittenda est, quia in quarto libro sub titulo unde vi, quae tamen temporibus posterior inventa est, habetur exposita.

Per la datazione al 319 d.C. si veda O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr. Vorarbeit zu einer Prosopographie der christlichen Kaiserzeit*, Stuttgart, 1919, p. 58, 169, il quale precedentemente in *ZSS*, 10, 1889, p. 215, 248, aveva proposto la data del 315. Si segnala che A. CHASTAGNOL, *La préfecture urbaine à Rome sous le Bas Empire*, Paris, 1960, p. 91 s. nt. 5 (ove discute la posizione di Seeck) e p. 103, collocava la costituzione nel 317 d.C.

²⁶ Sulla questione interviene pure l'*edictum de accusationibus* dello stesso Costantino, di data incerta: si discute, tra l'altro, se sia anteriore o successivo a C.Th. 9.10.3, anch'essa di dubbia datazione (si veda la nt. che precede). Sul rapporto tra i due provvedimenti si vedano s. PIETRINI, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Milano, 1996, p. 99; BANFI, *Acerrima indago*, cit., p. 65 s.; GIGLIO, *Aspetti*, cit., p. 30 ss. e nt. 65 (cui si rinvia per il problema della datazione dell'*edictum* e la bibliografia in proposito). Sul contenuto normativo dell'*edictum*, oltre che gli autori sopra citati, cfr. s. GIGLIO, *PS. 5.13-15, edictum de accusationibus e giurisdizione criminale nel tardo impero romano*, in *SDHI*, 68, 2002, p. 205 ss., che a p. 215 s. affronta la questione del rapporto temporale tra le due costituzioni costantiniane risolvendolo nel senso della anteriorità di C.Th. 9.10.3 rispetto all'*edictum de accusationibus*; si vedano inoltre condivisibili considerazioni, svolte a p. 230, circa l'«effetto perverso» sortito da C.Th. 9.10.3 che dà avvio a un «processo di ridimensionamento dell'accusatio come strumento di avviamento del procedimento penale, che andò probabilmente al di là dei propositi del 'legislatore'»; Y. RIVIÈRE, *Les délateurs sous l'empire romain*, Roma, 2002, p. 131 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *L'«edictum de accusationibus» di Costantino e i delatori*, in *Studi in onore di Antonino Metro* (cur. C. RUSSO RUGGERI), 5, Milano, 2010, p. 425 ss.

vera e propria novità introdotta da C.Th. 9.2.3. *Coram loci iudice aut etiam magistratibus* all'accusato *deducendus* da un luogo lontano viene concesso un termine di trenta giorni²⁷ per sistemare i propri affari. Va da sé che durante tale spazio temporale egli non sarà imprigionato, ma neanche pienamente libero. Per evitarne la fuga e assicurarne la successiva *exhibitio*, ma anche per impedire l'inquinamento delle prove e in specie l'intimidazione dei testimoni, la sua libertà sarà limitata da quella misura cautelare, diversa dalla custodia carceraria, che Onorio in una successiva costituzione del 409 definirà, richiamando la disposizione paterna, *moderata et diligenti custodia*²⁸. Decorsi i trenta giorni, l'accusato sarà poi tradotto dall'agente che *ad exhibendum missus est*²⁹ innanzi al tribunale giudicante per l'inizio del dibattimento. Qui, con l'assistenza del suo difensore, si troverà in una posizione paritaria rispetto all'accusatore finché la *cognitio celebrata* non rivelerà il *discrimen* tra le due parti, cioè fino a quando risulterà la colpevolezza dell'accusato o dell'accusatore (s'intende, per *calumnia*). In attesa del giudizio, non è da escludere che non solo l'accusato, ma anche l'accusatore, assunto il *vinculum inscriptionis*, fosse assoggettato a custodia cautelare: il verbo *retineri* che ricorre in chiusura della costituzione (*pari cum accusatore fortuna retineri*) potrebbe alludere, anticipando quanto sarà senz'altro disposto nel 423 d.C.³⁰ L'ipotesi, peraltro, sarebbe consona

²⁷ *Sufficientes dies*, nella versione giustiniana (C.I. 9.3.2), e comunque *non minus triginta*. Sul significato normativo di tale intervento compilatorio, nel quale BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 512, vede un'influenza cristiana, si veda BONINI, *Ricerche*, cit., p. 142, che sottolinea gli spazi di discrezionalità lasciati ai giudici dal nuovo regime che, in ogni caso, risulta «più favorevole al reus *deducendus*». Anche O.F. ROBINSON, *Penal Practice and Penal Policy in Ancient Rome*, London-New York 2007, 172, osserva la maggiore flessibilità di Giustiniano in ordine al termine concesso all'accusato.

²⁸ C.Th. 9.2.6: *Impp. Honorius et Theodosius AA. Caeciliano praefecto praetorio. Si quos praecepto iudicum praemisso inscriptionis vinculo reos factos ad municipium curiae propriae dirigere iussum fuerit, municipalibus actis interrogentur, an velint iuxta praeceptum triumphalis patris nostri XXX diebus sibi concessis sub moderata et diligenti custodia propter ordinationem domus propriae parandisque sibi sumptus in civitate reside. Quod si fieri voluerint, hoc genus beneficium cupientibus non negetur: si vero dirigi velint, mox reos cum suis accusatoribus mittant nec ad arbitrium adversariorum in civitatibus retineri patiantur. Et cetera. Dat. XII Kal. Feb. Ravennae Honorio VIII et Theodosio III AA. cons. Cfr. C.I. 1.55.7. Sull'espressione *reos factos*, raffrontata con la più risalente *inter reos recipere*, a indicare «il fine che si intende raggiungere attraverso l'esercizio dell'accusa» si veda M. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano, 1964, p. 102 nt. 73. Sull'immagine del potere imperiale ispirato alla clemenza e alla *pietas* che Teodosio I vuole trasmettere in questa come in altre costituzioni si veda BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore*, cit., p. 547 nt. 24.*

²⁹ Al quale non è concesso alcun potere di proroga. Il fine della disposizione è, con evidenza, di contrastare eventuali illeciti guadagni.

³⁰ Cfr. la traduzione di C.Th. 9.2.3 proposta da PHARR, *Theodosian Code*, cit., p. 228: «[...] he must be detained under the same conditions as the accuser until an investigation has been held and

allo scopo del provvedimento, quale a breve risulterà nel prosieguo dell'analisi.

In ogni caso, circa la sottoposizione alla carcerazione preventiva dell'accusato *exhibitus*, a mio avviso, non possono esservi dubbi: ma con le catene o senza?

3. In tema era intervenuta una costituzione di Costantino, raccolta nel titolo *De custodia reorum*³¹, che esordisce disponendo che *in quacumque causa reo exhibitio*,

the proper decision is discovered». La traduzione della corrispondente versione giustiniana (C.I. 9.3.2) proposta da MCGINN in *The Codex of Justinian*, cit., 3, p. 2275, fa genericamente riferimento al diritto dell'accusato «to enjoy a status equal» all'accusatore. La custodia preventiva dell'accusatore, innovazione postclassica (si veda, in questo senso, BIANCHINI, *Le formalità*, cit., p. 78 s.; LOVATO, *Il carcere*, cit., p. 218; G. ZANON, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel Principato*, Padova, 1998, p. 34), è inequivocabilmente attestata in C.Th. 9.1.19 = C.I. 9.2.17 (a. 423), su cui si veda BIAVASCHI, *Osservazioni*, cit., p. 147 ss. e la bibl. cit. a p. 148 nt. 55, alla quale adde KRAUSE, *Gefängnisse*, cit., p. 78, del quale condivido l'opinione che con il termine *custodia* ricorrente in C.Th. 9.1.19 non si intende necessariamente la detenzione in carcere. Qualora si accedesse all'idea che già Teodosio I l'avesse introdotta (così BANFI, *Acerrima indago*, cit., p. 134), si potrebbe ipotizzare che Onorio, nel ribadire la precedente normativa, con la costituzione indirizzata a *consules, praetores, tribuni plebis* e senatori, avesse riconosciuto all'*accusator* un trattamento privilegiato quanto alla forma della *custodia* in ragione della sua *dignitas*. Si noti che l'*Interpretatio* estende l'*aestimatio dignitatis* all'accusato. Cfr. Ed. Theod. 13: [...] *tam reus quam accusator aequali custodiae sorte teneatur*. È notevole che la reciprocità della custodia sia ancora indicata da G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, 4, Pisa, 1832, p. 202 s., come un carattere del processo accusatorio che discende necessariamente dall'eguaglianza tra accusatore e accusato.

³¹ C.Th. 9.3.1 = C.I. 9.4.1: *Imp. Constantinus A. ad Florentium rationalem. In quacumque causa reo exhibitio, sive accusator existat sive eum publicae sollicitudinis cura perduxerit, statim debet quaestio fieri, ut noxius puniatur, innocens absolvatur. Quod si accusator aberit ad tempus aut sociorum praesentia necessaria videatur, id quidem debet quam celerrime procurari. Interea vero exhibitio non ferreas manicas et inhaerentes ossibus mitti oportet, sed proluxiores catenas, ut et cruciatio desit et permaneat fida custodia. Nec vero sedis intimae tenebras pati debebit inclusus, sed usurpata luce vegetari et, ubi nox geminauerit custodiam, vestibulis carcerum et salubribus locis recipi ac revertente iterum die ad primum solis ortum ilico ad publicum lumen educi, ne poenis carceris perimatur, quod innocentibus miserum, noxiis non satis severum esse cognoscitur. Illud etiam observabitur, ut neque his qui stratorum funguntur officio neque ministris eorum liceat crudelitatem suam accusatoribus vendere et innocentes intra carcerum saepa leto dare aut subtractos audientiae longa tabe consumere. Non enim existimationis tantum, sed etiam periculi metus iudici imminet, si aliquem ultra debitum tempus inedia aut quocumque modo aliquis stratorum exhauserit et non statim eum penes quem officium custodiae est adque eius ministros capitali poena subiecerit. Dat. Prid. Cal. Iul. Serdicae Constantino A. VI et Constantino Caes. cons.* Sulla costituzione si veda, da ultimo, D.A. CENTOLA, *La disciplina dei tempi processuali nella repressione criminale fra IV e V secolo d.C.*, in KOINΩNIA, 44.1, 2020, p. 292 ss. e la letteratura ivi citata. Ulteriore bibliografia in SCHIAVO, *Ricerche*, cit., p. 156 nt. 225. Adde, tra gli altri, nella letteratura meno recente, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899 (rist. an. Graz, 1955), p. 304, trad. fr. di J. DUQUESNE – *Le droit pénal romain* –, 1, Paris, 1907, p. 356 s.); BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 439, 486, 508, 512 ss.; e, in tempi più vicini, SANTALUCIA, *La giustizia*, cit., p. 123 (ove cita C.Th. 9.3.1 adducendola a testimonianza della non necessità dell'accusa nel processo cognizionale con il quale si ha la «generalizzazione del sistema

sive accusator existat sive eum publicae sollicitudinis cura perduxerit³², il processo deve aver luogo immediatamente affinché il colpevole sia punito e l'innocente assolto (*statim debet quaestio fieri, ut noxius puniatur, innocens absolvatur*)³³. Sono parole che individuano con chiarezza lo scopo stesso del processo: verificare l'ipotesi di colpevolezza³⁴. Ed è un dovere, quello dell'accertamento della reità, a cui si collegano motivi umanitari, che il giudicante deve assolvere rapidamente³⁵ tanto più in considerazione dell'uso troppo spesso distorto del carcere: la penosità della condizione di detenuto – ben espressa dal sintagma *poena carceris*³⁶ – è, con

inquisitorio») e p. 126 (ove riporta il tenore del provvedimento). Sul sintagma *poenae carceris* che ricorre nella costituzione costantiniana ad indicare la detenzione cautelare, si veda KRAUSE, *Gefängnisse*, cit., p. 86, che rileva altresì la similitudine nell'uso linguistico di Cassiod. *Var.* 9.17.2. Sul significato dell'espressione, si veda oltre nel testo e *infra* nt. 36.

³² La frase presuppone la distinzione tra iniziativa processuale del privato accusatore e iniziativa mossa dallo «staatlicher Organe»: si veda KRAUSE, *Gefängnisse*, cit., p. 30, che in nt. 34 richiama, per il confronto, C.I. 9.4.6.5, ove ricorre il sintagma *publica persona* su cui si veda *infra* nt. 68. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, p. 281, convinto assertore del «definitivo passaggio dal sistema accusatorio al sistema inquisitorio» nell'età del «Basso Impero», ne ricava che l'accusa non è necessaria. Sulla questione del modello processuale criminale nel tardo impero, in specie in età costantiniana, si veda, tra altri, F. PERGAMI, *Accusatio-inquisitio: ancora a proposito della struttura del processo criminale in età tardoantica*, in *AARC*, 16, 2007, p. 595 ss., ora in *Studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2011, p. 349 ss. Per ulteriore bibliografia, si veda *infra* nt. 71.

³³ Si è rilevato, con ragione, che il testo della costituzione, in specie l'espressione *quod innocentibus miserum, noxiis non satis severum esse*, tradisce «la consapevolezza, da parte del 'legislatore', che il carcere fosse di fatto utilizzato anche come mezzo punitivo»: così E. FRANCIOSI, *La detenzione nella legislazione di Giustiniano*, in *KOINΩNIA*, 37, 2013, p. 298. Sui diversi testi letterari che documentano tale uso del carcere nella prassi giudiziaria, «almeno del IV secolo», «relativamente diffusa e ... tollerata», si veda NERI, *I marginali*, cit., p. 422 ss.

³⁴ Nella frase LOVATO, *Il carcere*, cit., p. 182, legge il «sopravvento» della «ottimistica fiducia imperiale nella infallibilità della giustizia penale» e, al contempo, intravede il «rischio implicito nell'accelerazione delle attività istruttorie [...] che si faccia giustizia sommaria». Se il pericolo paventato è insito nelle cose, tuttavia, stando al testo normativo, l'obiettivo di una giustizia più rapida, perseguito da Costantino, appare dettato dall'inveterata inerzia dei giudici e dalla consapevolezza delle disfunzioni della macchina giudiziaria che non consentono di fare affidamento sulla capacità di accertare con sicurezza l'innocenza o la colpevolezza dell'imputato. L'errore giudiziario, d'altra parte, non può essere scongiurato. Non è, dunque, «banale» l'idea che sia opportuno limitare la durata, più che l'impiego della carcerazione preventiva.

³⁵ L'esigenza di contenere i tempi di celebrazione dei processi è affermata dagli imperatori successivi (si vedano C.Th. 9.1.7, a. 338; C.Th. 9.1.18, a. 396) anche quando il procrastinare la pronuncia delle sentenze sia dovuto all'apparente mitezza dei giudici richiamati al loro dovere e perfino, così in C.Th. 9.1.7, minacciati della pena del reciproco. Cfr. BIAVASCHI, *Osservazioni*, cit., p. 149 ss. e la letteratura ivi citata. Sul fenomeno, deprecato pure da Ambrogio e da Libanio, si veda NERI, *I marginali*, cit., p. 433 s., ove indicazione e illustrazione dei testi.

³⁶ L'espressione ricorre con il medesimo significato anche nella successiva C.Th. 9.3.2 = C.I.

tutta evidenza, aggravata da una carcerazione preventiva prolungata. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, differimenti erano inevitabili. L'imperatore ne è consapevole e per questo prevede che *interea*, cioè in attesa del giudizio, l'*exhibitus* sia custodito in carcere e anche incatenato, ma eviterà *ferreae manicae et inhaerentes ossibus* bastando *prolixiores catenae* a garantire una *fida custodia*. La custodia in carcere è, dunque, necessaria, ma il trattamento carcerario del *reus exhibitus* è più mite rispetto a quello dei rei giudicati colpevoli³⁷, trattenuti in carcere per il tempo che precede l'esecuzione della condanna³⁸. In altre parole, nel corso del processo l'imputato non va trattato al pari del colpevole. La logica sottostante alla disposizione potrebbe sembrare conforme a quel principio di giurisdizionalità che, come osserva Ferrajoli rispetto al contesto storico moderno, a sua volta postula il principio di innocenza³⁹: la reità va dimostrata nel processo e, fino a quando non è provata, l'accusato non può essere considerato colpevole e non va trattato in anticipo come tale. Tuttavia, sarebbe ingenuo escludere intenti propagandistici che si accompagnavano al concreto proposito primario di combattere abusi dei funzionari, testimoniato anche in altri provvedimenti dello stesso Costantino⁴⁰. La costituzione, che prosegue prescrivendo un migliore trattamento dei detenuti⁴¹ ed è stata

9.4.2 del 326. Denota l'uso «in senso improprio» dell'espressione sia in C.Th. 9.3.1 sia in C.Th. 9.3.2. U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, p. 487. Similmente MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 133, che esclude ogni «riferimento tecnico ad una pena tipica»; per «l'impiego atecnico del termine *poena*» si pronuncia anche LOVATO, *Il carcere*, cit., p. 180. Secondo FRANCIOSI, *La detenzione*, cit., p. 298 s., invece, nel contesto della costituzione *poena carceris* indicherebbe la funzione penale della detenzione «per un accertato colpevole», vale a dire per un reo che è in attesa di giudizio, ma sul quale il giudice «aveva acquisito elementi certi di colpevolezza». HILLNER, *Prison*, cit., 122, respinge l'idea che il termine *poena*, usato qui da Costantino, faccia riferimento al «punitive imprisonment», ritenendo, invece, che si sottolinei che «the prison was part of the criminal, not the civil process, and not to be used for tax exaction». A proposito del divieto del carcere per i debitori fiscali cfr. C.Th. 11.7.3 (a. 320). In tema, da ultimo, M. NAVARRA, *Sul divieto costantiniano del carcere per i debitori fiscali: una misura umanitaria?*, in *Liber amicorum et amicorum. Festschrift für / Scritti in onore di Leo Peppe* (Hgg. / cur. E. HÖBENREICH, M. RAINER, G. RIZZELLI), Lecce, 2021, 453 ss.; in particolare, su C.Th. 11.7.3, p. 455 ss.

³⁷ Nella seconda parte di C.Th. 9.3.1 Costantino dispone per i detenuti in attesa di giudizio condizioni carcerarie più salubri. Celebre la denuncia di Libanio (*Or.* 33 e, in particolare, *Or.* 45) della miserevole situazione dei detenuti e del sovraffollamento delle carceri. Cfr. in argomento, tra molti, L. DE SALVO, *Giudici e giustizia ad Antiochia. La testimonianza di Libanio*, in *AARC*, 11, Napoli, 1996, p. 485 ss.; KRAUSE, *Gefängnisse*, cit., p. 271 ss.

³⁸ Sul tentativo costantiniano di tenere spazialmente separati in carcere i detenuti in custodia cautelare da quelli già condannati si veda KRAUSE, *Gefängnisse*, cit., p. 83 e nt. 91.

³⁹ Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 559.

⁴⁰ Cfr. C.Th. 8.4.2 (a. 315), 11.30.2 (a. 313), 11.7.3 (a. 320).

⁴¹ A garanzia del quale l'imperatore prevede perfino sanzioni capitali nei confronti dei giudici che omettano di controllare i carcerieri che, non di rado, ricevevano dagli accusatori denaro per maltrattare i detenuti al punto di causarne la morte: fenomeno questo descritto in C.Th. 9.3.1 dalle paro-

giudicata da Gotofredo *humanissima et christianissima*⁴², in ogni caso non si spinge fino al punto di escludere l'incatenamento dell'*exhibitus*, che risponde all'esigenza pratica di scongiurare il pericolo di fuga del soggetto in attesa del giudizio.

Il provvedimento costantiniano che, come la costituzione del 380 proviene dalla *pars Orientis* in un tempo in cui l'impero non è ancora formalmente diviso, non diversamente dalla successiva legge di Teodosio I, è raccolto in entrambi i due grandi codici dell'antichità. Non è però di secondaria importanza che nel Codice Giustiniano subisca modifiche che ne alterano la portata originaria. Integrando il testo con l'inciso *si criminis qualitas etiam catenarum acerbitatem postulaverit*, collocato tra il tratto iniziale del § 2 *interea-catenas* e quello finale *ut-custodia*, i compilatori giustiniani, infatti, innovano, limitando l'uso afflittivo delle catene ai soli casi in cui ciò sia richiesto dalla natura e, implicitamente, dalla gravità, del crimine⁴³.

Ora, a me pare che attribuire a Teodosio il Grande l'intenzione di volere evitare l'incatenamento dei rei in custodia preventiva se ben si concilia con la versione giustiniana del provvedimento costantiniano – la libertà dalle catene sarebbe la regola, il loro uso l'eccezione – non risulta altrettanto armonico con il dettato dei testi così come conservati nel Codice Teodosiano, tranne che non si voglia supporre che Costantino avesse imposto catene più confortevoli, senza evidentemente eliminarle, diversamente poi da Teodosio I, che le avrebbe abolite. Il che, guardando solamente al codice del 438, non può essere escluso: il Codice Teodosiano, non

le con le quali si vieta che *neque his qui stratorum funguntur officio neque ministris eorum liceat crudelitatem suam accusatoribus vendere et innocentes intra carcerum saepta leto dare aut subtractos audientiae longa tabe consumere*.

⁴² Cfr. GOTHOFREDUS, *ad C.Th.* 9.3.1. Si veda, altresì, MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 304 [= *Le droit pénal*, cit., 1, p. 356], il quale indica in questa legge la prima a prescrivere un trattamento umano dei detenuti. Il provvedimento è annoverato da PUGLIESE, *Le garanzie*, cit., p. 616, tra quelli che introducono garanzie giuridiche in favore dell'accusato. Ancora recentemente la costituzione è stata letta in chiave di disposizione umanitaria per influenza del cristianesimo: si vedano J.L. ZAMORA MANZANO, *Algunas particularidades en torno a la influencia de la misericordia y la humanidad en las fuentes romanas*, in *Vergentis*, 4, 2017, p. 300 ss.; A. TRISCIUOGGIO, *La condizione dei detenuti nella legislazione tardoimperiale Romana*, in *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici* (cur. F. ZUCCOTTI, M.A. FENOCCHIO), Milano, 2018, p. 315, ove ulteriore bibliografia tra cui, in particolare, si veda LOVATO, *Il carcere*, cit., p. 177 ss. Il fine di rendere più umano il trattamento dei detenuti è colto anche da CENTOLA, *La disciplina dei tempi*, cit., p. 293 e 301, che al possibile influsso cristiano aggiunge «soprattutto» l'esigenza di garantire un migliore funzionamento della giustizia penale.

⁴³ Osserva BONINI, *Ricerche*, cit., p. 143, che la valutazione circa la *qualitas del crimen* «è lasciata ... ai magistrati», ai quali è dunque concesso «un margine discrezionale». Sull'analogo risultato prodotto dalla modifica di C.Th. 9.2.3, introdotta nella versione giustiniana della costituzione (C.I. 9.3.2), si veda *supra* nt. 27.

è raccolta soltanto di *leges* in vigore. Tuttavia, Giustiniano, pur aggiornandone il testo, accoglie la costituzione di Costantino nel suo codice: il che, a mio avviso, orienta verso la sua persistente vigenza fino a tutta l'età giustiniana.

È evidente che scegliere l'una o l'altra opzione ha una ricaduta sulla specifica questione relativa all'uso delle catene, anche se entrambe comportano, con maggiore o minore benevola intensità, il trattamento carcerario differenziato dell'*exhibitus*, in attesa di giudizio, e del condannato, in attesa di esecuzione della pena. Potrebbe sembrare abbastanza per scorgervi l'operatività del principio di presunzione d'innocenza nel senso, come oggi si direbbe, di «regola di trattamento» dell'imputato. Tuttavia, una siffatta lettura rischia di offuscare quella che, alla luce della produzione legislativa dei tempi, pare essere la finalità primaria perseguita dagli imperatori: la lotta agli abusi dei propri funzionari che si coniuga con motivi umanitari, promuovendo l'immagine del titolare del potere tutore dei suoi sudditi.

È noto che parte della dottrina ha additato proprio la presunzione d'innocenza a fondamento della *cognitio* criminale del tardo impero, in continuità con il Principato⁴⁴, avendo però per lo più presente quella valenza concettuale del principio quale «regola di giudizio» che riguarda il campo delle prove.

Ora, che il principio *in dubio pro reo* fosse operante anche in età tardoimperiale è fuori discussione⁴⁵. È la colpevolezza che va provata ed è sull'accusatore che

⁴⁴ GIGLIO, *Aspetti*, cit., p. 7 s., 15. Da ultimo, sulla presunzione di innocenza e la sua persistenza nella legislazione tardoimperiale si vedano FASOLINO, *Regole*, cit., p. 39 ss., p. 51 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *Traiano e la presunzione d'innocenza*, in *La giustizia di Traiano: dalla storia al mito. Atti del Convegno Internazionale – Reggio Calabria 3-5 novembre 2017, Minima Epigraphica et Papyrologica*, XXII, 2019, 24, p. 253 ss., in part. p. 270 per «l'epoca postclassico-giustiniana».

⁴⁵ Sulla «prima affermazione formale» della presunzione d'innocenza risalente a un rescritto di Traiano conservato in D. 48.19.5 pr. (Ulp. 7 de off. procons.), ove si dichiara che *satus enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*, si veda COPPOLA BISAZZA, *Traiano*, cit., p. 260 ss., a cui si rinvia anche per i precedenti ciceroniani che, in particolare nell'esordio della *pro Cluentio* (in proposito, si vedano le brevi ma significative pagine di V. GIUFFRÈ, *Legalità, terzietà, presunzione di innocenza a Roma antica*, in *Divagazioni intorno al diritto romano*, Napoli, 2014, p. 34 ss.), attestano l'appello alla carenza di prove certe riguardo alla colpevolezza dell'accusato quale argomento retorico (p. 258-260). Si veda anche FASOLINO, *Regole*, cit., p. 39 ss. (sulle testimonianze ciceroniane), p. 45 ss. (a proposito di D. 48.19.5), il quale collega il principio all'*humanitas* ovvero al «progressivo recepimento di tendenze umanitarie di matrice stoica» (p. 47). In precedenza, invece, M. DE DOMINICIS, *Brev. Pauli Sententiarum IV, 2, § 5 e l'origine romano-cristiana del principio «in dubiis pro reo»* (In tema di riforma della formula dubitativa, in *AP*, 18.1, 1962, p. 411 ss., aveva ricondotto la genesi del principio e la *ratio humanitatis* che lo giustifica all'influenza di concezioni cristiane, sulla base di Paul. Sent. 4.12.5: [...] *et certe humanae rationis est favere miserioribus, prope et innocentes dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possunt*. Qualche anno dopo, il medesimo studioso in *Ancora sulla formula dubitativa*, in *AP*, 21, 1965, p. 535 s., ha precisato la sua opinione individuando i «prodromi» della regola enunciata nelle *Pauli Sententiae* nel rescritto di Traiano riportato da D. 48.19.5, ossia «nel diritto pagano». Sul valore e il significato retorico di *humanitas* nei

grava l'onere della prova con tutte le conseguenze che discendono dalla svolta costantiniana verso una sua responsabilità oggettiva: un mutamento radicale dalla cui considerazione non si può prescindere nel ponderare l'impatto del principio di presunzione d'innocenza, di cui l'onere della prova è l'altra faccia «della stessa medaglia»⁴⁶, sul regime della carcerazione preventiva nel sistema processuale tardoimperiale.

Valenza probatoria può avere anche quel verbo *convincere*, che nell'esordio di C.Th. 9.2.3 ricorre al passivo e che tra i possibili significati annovera quelli di «provare», «dimostrare» (s'intende, la colpevolezza di qualcuno), ed anche «condannare»⁴⁷. Quale di questi si armonizza con il dettato complessivo della costituzione nonché con il provvedimento di Costantino conservato in C.Th. 9.3.1 e accolto, con modifiche di rilievo, in C.I. 9.4.1? A quest'ultimo proposito Mommsen osservava che se *convinci* designa il formale *Endurteil*, allora il precetto *nullus in carcerem, priusquam vincatur, omnino vinciat* non è ben conciliabile con la previsione giustiniana secondo la quale il reo in stato di detenzione deve essere incatenato quando la gravità del crimine lo richiede⁴⁸. Dunque, se si intendesse *convinci* come riferito all'accertamento della colpevolezza con la sentenza di condanna dichiarativa della responsabilità del reo, vi sarebbe incompatibilità tra i due provvedimenti. Si potrebbe a ritroso collocare il momento in cui la colpevolezza si ha per provata, nel dibattito durante il quale, tuttavia, in base a C.Th. 9.3.1, gli *exhibiti* stanno in catene, seppure leggere. Nuovamente si paleserebbe, quindi, il contrasto fra le due disposizioni. Se, invece, l'accertamento della colpevolezza venisse inteso come verifica della sussistenza di fondati indizi di colpevolezza, che sono presupposto della scelta della carcerazione preventiva quale forma di *custodia*, l'antinomia potrebbe considerarsi superata.

Tuttavia, un'altra interpretazione appare maggiormente plausibile. Non si

testi legislativi di età tardoimperiale, si veda G. CRIFÒ, *A proposito di humanitas*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag* (Hgg. M.J. SCHERMAIER, Z. VÉGH), Stuttgart, 1993, p. 79 ss. Per la più recente letteratura in tema di *humanitas* si veda M. D'ORTA, *Dall'«humanitas» ai diritti umani. Storia di valori e categorie in Index*, 47, 2019, p. 524 nt. 8, il quale nel saggio si sofferma altresì sui rapporti tra il «canone di *humanitas*» e i diritti umani. Si veda *infra* nt. 97.

⁴⁶ FASOLINO, *Regole*, cit., p. 53; COPPOLA BISAZZA, *Traiano*, cit., p. 271.

⁴⁷ Cfr. H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena, 1926, s.v. *convincere*, p. 108: «durch Beweis dartun, erweisen, jemanden überführen». Si veda anche OLD, Oxford, 1968, s.v. *convincio*, p. 441: «To find guilty, convict (of a punishable offence [...])», «To prove (a person's guilt [...])». Non riportano il significato di «condannare» né F. CALONGHI, *Dizionario Latino - Italiano*³, Torino, 1950 (ventesima rist. 1999), s.v. *convincio*, c. 670 s., né L. CASTIGLIONI, S. MARIOTTI, *Vocabolario della lingua latina*, Torino, 1966 (settima rist. corretta Torino 1970), s.v. *convincio*, p. 283.

⁴⁸ MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 304 nt. 7 [= *Le droit penal*, cit., 1, p. 357 nt. 3].

tratta di un'opinione nuova, ma certamente ha avuto poca eco. Eppure essa è coerente con il tenore complessivo di C.Th. 9.2.3 e, cosa che non mi risulta sia stata evidenziata anche da chi l'ha proposta, trova sostegno in una delle accezioni del verbo *convincere* segnalate dal *Thesaurus linguae Latinae*: *coarguere aliquem criminis*⁴⁹, che, tra altri, può avere il significato di «con prove evidenti ed irrefutabili, incolpare, imputare quale(uno), quindi accusare convincendo»⁵⁰. L'ipotesi è, allora, che *convincere* alluda al formale atto introduttivo dell'accusa⁵¹ in cui l'accusatore indicava, tra l'altro, i testimoni e più in generale i mezzi di prova sui quali confidava per mostrare nel corso del dibattimento la reità dell'accusato e così evitare di commettere calunnia processuale⁵². Il che riporta ai *solemnia accusationis*, ai quali la stessa costituzione nel prosiegua fa riferimento, necessari per costituire il rapporto processuale. Ecco allora che il valore giuridico del precetto *nullus vinciatur* assume un significato più circoscritto. Non siamo in presenza di una proclamazione di principio, ma di una regola peraltro già introdotta da una costituzione del 365 d.C., questa volta di provenienza occidentale, secondo la quale la *carceris custodia* dell'accusato poteva aversi soltanto dopo che *in codice publico solemnia inscriptionis impleta sint*⁵³. Tale regola generale viene ribadita in apertura

⁴⁹ TLL, IV, c. 876. Altri significati, quando il verbo è usato *de personis*, sono indicati in *evincere*, *refellere*, *confutare sim.* (opp. *absolvere*).

⁵⁰ Così CALONGHI, *Dizionario*, cit., s.v. *coarguo*, c. 505. Si vedano in senso analogo OLD, cit., s.v. *coarguo*, p. 340: «To convict or show to be guilty»; CASTIGLIONI, MARIOTTI, *Vocabolario*, cit., s.v. *coarguo*, p. 207: «dimostrare colpevole uno, incolpare, accusare, convincere».

⁵¹ Intende il *convincatur* come allusivo alla sottoposizione ad accusa GIGLIO, *Aspetti*, cit., p. 38. Già BRASIELLO, *La repressione*, cit., p. 487, la cui opinione in proposito non mi risulta che sia stata successivamente considerata, laconicamente affermava che in C.Th. 9.2.3 «il *convincere* si deve riferire all'accusa». Similmente A. ŚWIĘTÓN, *Humanitaryzm w rzymskim późnoantycznym ustawodawstwie cesarskim na przykładzie konstytucji zamieszczonych w C.Th. 9.3. De custodia reorum*, in *Studia Prawnoustrojowe*, 9, 2009, p. 51, per il quale il verbo *convincere* indicherebbe il deposito di formale *inscriptio*. Anche secondo KRAUSE, *Gefängnisse*, cit., p. 77, che non si addentra in questioni di definizione lessicale, C.Th. 9.2.3 escluderebbe che possa esserci detenzione prima del momento in cui l'accusatore abbia presentato per iscritto l'accusa formale.

⁵² Sulle modalità di presentazione dell'atto di accusa e gli elementi in esso indicati si veda GIGLIO, *Aspetti*, cit., p. 22. Denominato nelle *cognitiones extra ordinem* del Principato *subscriptio*, e così ancora nella costantiniana C.Th. 9.1.5 (a. 320 [326]), secondo l'opinione dominante, successivamente tende a essere sostituito dal termine *inscriptio*. Sul punto si veda, per tutti, SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 282 e nt. 40. Sugli sviluppi nel *Breviarium Alaricianum*, si veda DI CINTIO, *L'«Interpretatio Visigothorum»*, cit., p. 37 ss., ove ulteriore bibl. (si veda p. 38 nt. 81, p. 41 nt. 86). Sulla datazione di C.Th. 9.1.5 si veda BIAVASCHI, *Osservazioni*, cit., p. 140.

⁵³ C.Th. 9.3.4: *Impm. Valentinianus et Valens AA. ad Valerianum vicarium Hispaniarum. Post alia: nullus ante carceris custodiae mancipetur, quam ab eo, qui in accusationem eius erupit, in codice publico solemnia inscriptionis impleta sint. Praelata litteris v. c. vicarii VI Id. Sep. Veronae Valentiniano et Valente AA. cons.* Sul testo si veda bibliografia in BANFI, *Acerrima indago*, cit., p. 108 nt. 3, 5 e 6.

di C.Th. 9.2.3⁵⁴ e applicata alla particolare fattispecie dell'*exhibitio* dell'accusato *ex longinquo* per la quale è dettata apposita e nuova disciplina che differisce ulteriormente il momento dell'incarcerazione. Nel caso di specie, se l'accusato non va imprigionato a fini cautelari subito dopo l'espletamento delle formalità accusatorie, compresa la sottoscrizione – dunque, anche se i *solemnia accusationis* sono stati compiuti – è perché, dovendo essere *exhibitus* da un luogo lontano dal tribunale competente a *cognoscere* la causa, gli va accordato un tempo sufficiente per sistemare i propri affari, le cose di famiglia, predisporre la propria difesa: una misura sicuramente di favore che va letta alla luce della parità con l'accusatore privato quale consegue al principio della riflessione della pena. In base a esso, l'assoluzione del reo conduce automaticamente alla condanna dell'accusatore anche se in buona fede, anche se non consapevole dell'innocenza dell'accusato⁵⁵.

All'accusato, se condannato, o all'accusatore, in caso di assoluzione, a uno dei due, difatti, sarà comminata la pena prevista per il *crimen* oggetto dell'accertamento processuale. Il che palesa la *ratio* del provvedimento che, a mio avviso, va ricercata nella parità di trattamento tra le parti processuali, entrambe passibili di pena.

Per certo, il provvedimento del 380 non aveva eliminato la carcerazione preventiva, ma ne aveva previsto un differimento di trenta giorni per il caso dell'*exhibendus ex longinquo*.

4. Giustiniano non reintroduce, dunque, l'istituto, ma lo disciplina a cominciare dalla precisazione dei funzionari competenti⁵⁶.

La novità non sta tanto nell'intento garantistico, che aveva già ispirato precedenti interventi imperiali e che viene qui perentoriamente ribadito, ma nel collegarlo (nel *principium*) all'individuazione delle autorità legittimate a provvedere tra

⁵⁴ In questo senso, cfr. ŚWIĘTÓN, *Humanitaryzm*, cit., p. 51; GIGLIO, *Aspetti*, cit., p. 38.

⁵⁵ Sull'attestazione in C.Th. 9.2.3 della parità tra accusatore e accusato si veda D.A. CENTOLA, *In tema di responsabilità penale nella legislazione tardoimperiale*, in *SDHI*, 68, 2002, p. 569. Di diversa opinione BANFI, *Acerrima indago*, cit., p. 134, il quale, concordando con RIVIÈRE, *Les délateurs*, cit., p. 366, ritiene che l'analogo trattamento detentivo cui sono sottoposti accusato e accusatore non tende a garantire parità tra le «parti», ma «mira ad assicurare lo svolgimento di un'inchiesta completa ed accurata da parte del giudice» in un sistema repressivo, a suo avviso, orientato in senso inquisitorio. Sul principio della riflessione della pena si veda, da ultimo, GIGLIO, *Aspetti*, cit., p. 26 s. e la bibliografia citata in nt. 59 ove, tra l'altro, l'A. discute e respinge la tesi di BANFI, *Acerrima indago*, cit., p. 66 ss., il quale nega che in base a C.Th. 9.10.3 l'assoluzione dell'accusato comportasse l'automatica condanna dell'accusatore. Si veda anche D.A. CENTOLA, *La poena reciproci*, in *Società e diritto nella tarda antichità* (cur. L. DE GIOVANNI), Napoli, 2012, p. 105 ss.

⁵⁶ Non «una vera e propria riforma radicale», ma «un riordinamento in senso garantista» della custodia carceraria, secondo GUASCO, *Riflessioni*, cit., p. 788, 796.

le quali compare il *defensor civitatis*⁵⁷: un passo avanti nel contrasto ai frequenti abusi della carcerazione preventiva, motivo ricorrente nella legislazione tardoimperiale⁵⁸, e verso garanzie certe per la libertà personale dell'accusato che non può esserne privato da parte di chi non ne abbia la competenza.

Rileva, in particolare, che la buona amministrazione della giustizia penale sia

⁵⁷ L'attribuzione ai *defensores civitatum* del potere di ordinare la carcerazione preventiva, secondo parte della dottrina, sarebbe innovazione introdotta da Giustiniano. In tal senso, BONINI, *Ricerche*, cit., p. 195 nt. 67, con risalente bibl.; MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 142; LOVATO, *Il carcere*, cit., p. 222 nt. 117 e l'ulteriore bibl. cit. da SCHIAVO, *Ricerche*, cit., p. 162 nt. 245. Il Codice Teodosiano raccoglie una costituzione, *data* a Ravenna nel 409, con la quale Onorio aveva negato a *defensores*, e altri funzionari di rango minore, ogni potere di imprigionamento (*reos in carcerem non mittant*) per i reati di latrocinio, violenza, omicidio, stupro, ratto e adulterio, obbligandoli a inviare *mox* i rei colti in flagranza, insieme ai loro accusatori, davanti al giudice competente. C.Th. 9.2.5: *Impp. Honorius et Theodosius AA. Caeciliano praefecto praetorio. Defensores civitatum, curatores, magistratus et ordines oblatos sibi reos in carcerem non mittant, sed in ipso latrocinio vel congressu violentiae aut perpetrato homicidio, stupro vel raptu vel adulterio deprehensos et actis municipalibus sibi traditos expresso crimine prosecutionibus arguentium cum his, a quibus fuerint accusati, mox sub idonea prosecutione ad iudicium dirigant. Et cetera. Dat. XII Kal. Feb. Ravennae Honorio VIII et Theodosio III AA. cons.* Il Codice Giustiniano conserva una costituzione, che risulta *data* a Milano nel 405, il cui testo per larghi tratti si sovrappone a quello di C.Th. 9.2.5 e da questo differisce per alcune variazioni e tagli, tra cui proprio le parole *in carcerem non mittant*. Si veda C.I. 1.55.7: *Impp. Arcadius et Honorius AA. Caeciliano pp. Defensores civitatum oblatos sibi reos in ipso latrocinio vel congressu violentiae aut perpetrato homicidio stupro vel raptu vel adulterio deprehensos et actis publicis sibi traditos expresso crimine cum his, a quibus fuerint accusati, mox sub idonea prosecutione ad iudicium dirigant. D. Prid. K. Ian. Mediolani Stilichone II et Anthemio cons.* Secondo FRAKES, *Contra potentium iniuriasii*, cit., p. 172 nt. 20, si tratta senza dubbio di «editorial handling». MANNINO, *Ricerche sul defensor*, cit., p. 93 nt. 39, pensa a due provvedimenti di segno opposto dello stesso Onorio, assunti a distanza di qualche anno l'uno dall'altro, di cui solo il meno recente (C.I. 1.55.7) – per il quale, però, va segnalata l'esistenza di problemi di datazione su cui si vedano MANNINO, *Ricerche sul defensor*, cit., p. 92 e SCHIAVO, *Ricerche sugli editti*, cit., p. 154 e nt. 220 ove ulteriore bibliografia – sarebbe stato inserito nel Codice Giustiniano perché in linea con la scelta giustiniana di riconoscere ai *defensores* il potere di incarcerare escluso, invece, con C.Th. 9.2.5. Interessante l'osservazione di SCHIAVO, *Ricerche sugli editti*, cit., p. 154 s., che mette in evidenza come il potere dei *defensores* di disporre la carcerazione attestato nell'editto XXVII di Archelao, prefetto al pretorio al tempo di Giustino (si veda *supra* nt. 11), non poteva essere «in contrasto con la legislazione imperiale vigente». Dunque, mi pare che si possa desumere che già prima di Giustiniano, diversamente da quanto disposto con C.Th. 9.2.5, i *defensores* erano considerati competenti negli arresti e nella carcerazione preventiva.

⁵⁸ Diverse costituzioni attestano la pratica di incarcerazioni arbitrarie da parte di vari funzionari con compiti di polizia che non avevano la competenza a disporre: si vedano, ad es., C.Th. 8.4.2 = C.I. 12.57.1 (a. 315), C.Th. 6.29.1 = C.I. 12.22.1 (a. 355), C.Th. 6.29.8 = C.I. 12.22.4 (a. 395). Sovente, poi, i *iudices* in età tardoantica usavano il carcere come strumento di pressione per estorcere confessioni anche ricorrendo alla tortura dalla quale, eccezion fatta che nei processi per *crimen maiestatis*, erano esenti, in ragione della condizione sociale, le classi superiori, ovvero gli *honestiores*: muniti di *dignitas*, *milites auctorati*, *decuriones* (cfr. C.Th. 9.35.1, a. 369; per i decurioni si veda anche C.Th. 9.35.2, a. 376; per i senatori, Graziano nel 377 con C.Th. 9.35.3 esentò i senatori dalla tortura).

chiave di effettiva garanzia dell'imputato. Che questa sia la prospettiva giustiniana risulta confermato dalla contestuale assegnazione al vescovo di poteri ispettivi. Anche tale attribuzione in sé non è una novità assoluta: già Onorio in una costituzione del 409 aveva tracciato la via, affidando all'*antistitum christianae religionis* il controllo sull'osservanza da parte dei *iudices* delle prescrizioni ivi dettate in materia di trattamento carcerario⁵⁹. Giustiniano prosegue sulla stessa linea e va oltre. Si noti la concatenazione delle disposizioni: prima vengono definiti i funzionari competenti a ordinare la carcerazione e subito dopo, nel § 1, si conferisce al vescovo, esterno all'apparato amministrativo imperiale, un potere di controllo sulla loro attività e su quella del personale dei loro uffici⁶⁰ che, ammoniti dall'autorità episcopale, incaricata di riferire all'imperatore qualsiasi negligenza, vanno incontro a una sanzione pecuniaria di dieci libbre d'oro in caso di violazione delle regole prescritte (§§ 8-9)⁶¹.

⁵⁹ C.Th. 9.3.7 = C.I. 1.4.9: *Imp. Honorius et Theodosius AA. Caeciliano pp. Post alia: Iudices omnibus dominicis diebus productos reos e custodia carcerali videant et interrogent, ne his humanitas clausis per corruptos carcerum custodes negetur. Victualem substantiam non habentibus faciunt ministrari, libellis duobus aut tribus diurnis vel quot existimaverint, commentarienses decretis, quorum sumptibus proficiant alimoniae pauperum. Quos ad lavacrum sub fida custodia duci oportet: multa iudicibus viginti librarum auri et officii eorum eiusdem ponderis constituta, ordinibus quoque trium librarum auri multa proposita, si saluberrime statuta contempserint. Nec deerit antistitum Christianae religionis cura laudabilis, quae ad observationem constituti iudicis hanc ingerat monitionem. Dat. VIII Kal. Febr. Ravennae Honorio VIII et Theodosio III AA. cons.* Sulla costituzione, che fa obbligo ai *iudices* di interrogare, ogni domenica, i reclusi sul trattamento ricevuto dai carcerieri, e dispone a favore dei detenuti indigenti, si veda ora TRISCIUOGGIO, *La condizione dei detenuti*, cit., p. 317, che ne sottolinea l'ispirazione cristiana, e la bibliografia ivi citata in nt. 14 tra cui, in particolare, si veda M. BIANCHINI, *Cadenze liturgiche e calendario civile fra IV e V secolo. Alcune considerazioni*, in *AARC*, 6, Città di Castello, 1986, p. 256 ss.; adde SANTALUCIA, *La giustizia*, cit., 127. Per quanto attiene alle visite delle carceri, si veda anche, Const. Sirm. 13.

⁶⁰ Sul riconoscimento al vescovo di «ampi poteri di correzione e indirizzo nei confronti dei funzionari imperiali» in campo criminale e sul suo ruolo preminente rispetto al governatore in età giustiniana si veda, ora, s. PULIATTI, *Innovare cum iusta causa. Continuità e innovazione nelle riforme amministrative e giurisdizionali di Giustiniano*, Torino, 2021, p. 100 e nt. 279. Cfr. ID., *I rapporti fra gerarchia ecclesiastica e gerarchia statale nella legislazione giustiniana*, in *Studi in onore di Giovanni Nicosia*, 6, Milano, 2007, p. 304; TRISCIUOGGIO, *La condizione dei detenuti*, cit., p. 317 ss., il quale si è spinto a vedere un'analogia, «per la sua terzietà», tra il vescovo e gli odierni garanti dei diritti dei detenuti.

⁶¹ C.I. 9.4.6.8: Ὑπομνησκόντων τῶν ἐπισκόπων τοὺς ἄρχοντας εἰδότας, ὡς ὅτι καὶ αὐτοὶ καὶ αἱ τάξεις αὐτῶν δέκα λίτρας παρέξουσιν. 9. Ἀδείας διδομένης τοῖς κατὰ καιρὸν θεοφιλεστάτοις ἐπισκόποις, εἴ τινα βραθυμίαν ἴδοιεν γινομένην παρὰ τῶν κατὰ καιρὸν ἐνδοξοτάτων καὶ μεγαλοπρεπεστάτων καὶ λαμπροτάτων ἀρχόντων ἢ παρὰ τῶν πειθόμενων αὐτοῖς τάξεων, ταύτην μηνύειν, ὡς ἂν προσήκουσα κατὰ τῶν βραθυμούντων ἐνεχθείη κίνησις. Recentemente tali paragrafi della costituzione giustiniana sono stati esaminati da G. MARAGNO, *Punire e sorvegliare. Sanzioni in oro Imperatori Burocrazia*, Napoli, 2020, p. 235 ss. Sul frequente ricorso nelle costituzioni tardoimperiali «di un apparato sanzionato-

In sintesi, i vescovi sono tenuti settimanalmente ad indagare sul motivo della custodia e lo *status* dei reclusi (§ 1)⁶² al fine di evitare carcerazioni oltre determinati limiti temporali fissati dalla legge entro i quali i processi devono essere conclusi.

Gli schiavi entro venti giorni – il termine più breve fissato dalla costituzione⁶³ – devono essere *castigati* o riconsegnati ai loro padroni oppure, se questi ultimi non si presentano, devono essere rilasciati (§ 2)⁶⁴.

Per le persone di condizione libera, invece, i termini sono differenziati secondo le *causae detentionis*⁶⁵ e variano dai trenta giorni per il carcerato *dià*

rio specifico che ne assicuri l'applicazione», in ordine all'analogo campo delle «leggi criminali», si veda G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Il giudicato penale e la sua esecuzione*, in *AARC*, 11, 1996, p. 49.

⁶² Il § 1 di C.I. 9.4.6, ricostruito da Krüger sulla base di *Collectio XXV capitulorum cap. 14*, corrisponde al § 1 di C.I. 1.4.22. Probabilmente nell'espletamento di tale attività investigativa i vescovi interagivano con i *commentarienses* a cui, a partire dal IV sec. d.C., era stata attribuita una specifica competenza in materia di *custodia reorum*. In particolare, C.Th. 9.3.6 = C.I. 9.4.5 (a. 380), che esordisce con la consueta esortazione a una celere conclusione del processo, aveva fatto obbligo a tali funzionari di tenere i registri matricola in cui andavano annotati, entro trenta giorni, il numero dei detenuti, la varietà dei reati, l'ordine di carcerazione e l'età dei reclusi. Sulle finalità di C.Th. 9.3.6 si veda, da ultimo, TRISCIUOGGIO, *La condizione dei detenuti*, cit., p. 316 e la letteratura ivi citata; CENTOLA, *La disciplina dei tempi*, cit., p. 296, ove ulteriore bibliografia. Adde ZAMORA MANZANO, *Algunas particularidades*, cit., p. 305 s. Sulla competenza carceraria dei *commentarienses* e su C.Th. 9.3.6 si veda, L. MINIERI, *I commentarienses e la gestione del carcere in età tardoantica*, in *TSDP*, 4, 2011, p. 1 ss., in part. p. 16 ss. e p. 30 s. (pubblicato con il medesimo titolo, ma in una versione parzialmente diversa, anche in *Organizzare sorvegliare punire. Il controllo di corpi e delle menti nel diritto della tarda antichità*, in memoria di F. De Marini Avonzo, *AARC*, 19, Roma, 2013, p. 651 ss.), il quale, nonostante la mancanza nelle fonti successive al IV sec. di riferimenti espliciti, si pronuncia sulla base di solidi argomenti per la persistenza delle loro funzioni carcerarie nei secoli V e VI d.C. (p. 48).

⁶³ La minore durata della carcerazione preventiva dello schiavo rispetto ai termini previsti per l'uomo libero è uno degli elementi che inducono FRANCIOSI, *La detenzione* cit., p. 308 s., a ricavare che la disposizione sia espressione della «politica legislativa» giustiniana «favorevole alla classe servile».

⁶⁴ Il § 2 è stato ricostruito da Krüger sulla base di *Synopsis Basilicorum* Φ IX.4 (ed. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, in *Jus Graeco Romano* [cur. ZEPOS, ZEPOS], 5, Aalen, 1962, p. 575). BONINI, *Ricerche*, cit., p. 197 nt. 71, pur ritenendo preferibile «per la sua maggiore completezza» la *Synopsis Basilicorum*, pensa che il senso del § 2 «è forse meglio ricostruibile attraverso lo sch. 1 a Bas. 60.35.22».

⁶⁵ Nella costituzione opera una *divisio*, confermata dalla *Collectio XXV capitulorum* e dalle *Rhopai*: si distingue tra *causae pecuniariae* e *crimina* a loro volta ripartiti in *crimina non capitalia* e *crimina capitalia*. Sulla sua valenza classificatoria si veda M. NAVARRA, *Sul divieto del carcere privato nel tardo impero romano*, in *SDHI*, 75, 2009, p. 248 s. La partizione dei *crimina* riecheggia la distinzione classica dei *iudicia publica* in *capitalia* e *non capitalia* attestata in D. 48.1.2 (Paul. 15 ad ed. pr.): *Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt, quaedam non capitalia. Capitalia sunt, ex quibus poena mors aut exilium est, hoc est aquae et ignis interdictio: per has enim poenas eximitur caput de civitate. Nam cetera non exilia, sed relegationes proprie dicuntur: tunc enim civitas retinetur. Non ca-*

χρηματικὸν che non sia in grado di prestare fideiussori (§ 3)⁶⁶, ai sei mesi – sempre in mancanza di garanti – nel caso del detenuto accusato di crimine non capitale (§ 4)⁶⁷ e nell'ipotesi – in cui non sono ammessi fideiussori – del sottoposto a misura cautelare per un *crimen capitale* di cui sia stato accusato da una *publica persona*⁶⁸, ossia da un funzionario con poteri di polizia (§ 5)⁶⁹. Il termine, infine, è fissa-

pitalia sunt, ex quibus pecuniaria aut in corpus aliqua coercitio poena est. Cfr. Iust. Inst. 4.18.2: *Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt, quaedam non capitalia. Capitalia dicimus, quae ultimo supplicio adficiunt vel aquae et ignis interdictione vel deportatione vel metallo: cetera si qua infamiam irrogant cum damno pecuniario, haec publica quidem sunt, non tamen capitalia.* Bas. 60.35.22 (HEIMBACH, V, p. 704 s. = Bas. 60.35.23 SCHELTEMA, A, VIII, p. 2962 s.), che recepisce il testo della perduta costituzione giustiniana, procede con distinzioni che corrispondono solo parzialmente a quelle presenti nel testo di C.I. 9.4.6 quale ricostruito da Krüger; ad es., manca il riferimento alle *causae pecuniariae* e anche il regime dei termini della carcerazione preventiva non coincide del tutto. Su queste e altre differenze testuali si vedano MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 146 s.; BOTTA, *L'iniziativa*, cit., p. 370; NAVARRA, *Sul divieto*, cit., p. 246 s.

⁶⁶ Ovviamente, la prestazione della garanzia evitava la carcerazione preventiva. Il § 3 è stato ricostruito da Krüger attraverso lo *sch. 1 ad Bas.* 60.35.22 (HEIMBACH, V, p. 705 = SCHELTEMA *sch. 1 a B.* 60.35.23, B, IX, p. 3668 s.), che proviene dalla *summa* di Teodoro (cfr. C.G.E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX*. VI, *Prolegomena et manuale Basilicorum continens*, Lipsiae, 1870, p. 401) e, dunque, presumibilmente ha conservato un materiale più vicino all'originale degli stessi Basilici ove il riferimento alla *causa pecuniaria*, quale legittima *causa detentionis*, non è presente. La menzione delle *causae pecuniariae* ricorre invece in *Rhopai*, 11.5. La dottrina ha comunemente inteso l'espressione διὰ χρηματικόν, simile a quella ricorrente nel § 1 ἐπι χρέμασιν (che l'editore traduce rispettivamente *propter pecuniariam causam*, *propter aes alienum*), nel senso di cause civili. Si veda, nella letteratura più antica, T. MUTHER, *Sequestration und Arrest im römischen Recht*, Leipzig, 1856 (rist. Amsterdam 1969), p. 339, p. 342 s., il quale riferisce lo *sch. 1 ad Bas.* 60.35.22 al debitore che ha subito l'arresto «in Civilsachen»; cfr., nella letteratura successiva, BONINI, *Ricerche*, cit, p. 197 e nt. 72 (cause civili); MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 144 (cause civili); LOVATO, *Il carcere*, cit., p. 222 (cause per debiti). Dubbi circa la piena equivalenza di *causa pecuniaria* a causa per debiti privati sono espressi da NAVARRA, *Sul divieto*, cit., p. 249 ss. Quanto al termine massimo di carcerazione preventiva, l'*Ed. praef. praet.* 28 (Περὶ τῶν ἐπι χρηματικῆς αἰτίας ἐμβαλλομένων εἰς εἰρκτὴν), di Archelao, pone il diverso termine di dieci giorni. MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 148, non esclude «che si tratti di un'applicazione concreta e particolare delle disposizioni di C. 9.4.6». Sulla questione, si veda *supra* nt. 11. Nell'ipotesi che il processo si protragga oltre il termine di trenta giorni, il carcerato può ottenere la libertà prestando una ἐξωμοσία (*cautio iuratoria*) con la quale garantisce la presenza in giudizio fino alla fine della lite e si espone alla perdita degli οἰκεία πράγματα in caso di spergiuro. Cfr. ^{M. KASER}, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 574 e nt. 36. La costituzione, insieme ad altri testi (C.Th. 9.11.1, C.I. 9.5.1, C.I. 1.4.22, C.I. 1.4.23, C.I. 9.5.2), è stata altresì assunta a prova della sostituzione del carcere pubblico al carcere privato nell'esecuzione personale da P. VOCI, s.v. *Esecuzione forzata (dir. rom.)*, in *ED*, 15, Milano, 1966, p. 430 nt. 77. Contra s. SCHIAVO, *Esecuzione personale dei debitori e carcerazione privata nelle costituzioni imperiali di età postclassica e giustiniana*, in *Annali Univ. Ferrara*, sez. V, *Scienze giuridiche*, 21, 2007, p. 70 ss.; NAVARRA, *Sul divieto*, cit., p. 251 s., 254.

⁶⁷ Anche il § 4 è stato ricostruito da Krüger, come il § 3, attraverso lo *sch. 1 ad Bas.* 60.35.22.

⁶⁸ Sul sintagma *persona publica* si veda F. BOTTA, *L'iniziativa processualcriminale delle personae publicae nelle fonti giuridiche di età giustiniana*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi*

to in un anno allorquando il reo, accusato ancora di *crimen capitale*, ma da un privato, non abbia fornito fideiussori⁷⁰. Con tale distinzione il provvedimento evidenzia la persistenza ancora nella *cognitio extra ordinem* giustiniana del modello accusatorio: come in età tardoimperiale il processo penale viene introdotto su iniziativa di un privato o di un funzionario imperiale che, pur esente dalle formalità che gravano sull'accusato privato, ricopre il ruolo di parte processuale su cui incombe l'onere probatorio⁷¹.

dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro, *Atti del Convegno, Modena 21-22 maggio 1998* (cur. s. PULIATTI, A. SANGUINETTI), Milano, 2000, p. 285 s., il quale rileva che esso «è certamente sconosciuto ai giuristi classici e alle stesse cancellerie postclassiche» e, comunque, raro nella compilazione giustiniana. Cfr. altresì, a diverso proposito, F. GRELE, *Datio tutoris e organi cittadini nel basso impero*, in *Labeo*, 6, 1960, p. 223, ora in *Diritto e società nel mondo romano* (cur. L. FANIZZA), Roma, 2005, p. 34.

⁶⁹ Come per i §§ 3 e 4, per la ricostruzione del § 5 Krüger ha utilizzato lo *sch.* 1 ad *Bas.* 60.35.22.

⁷⁰ Tale termine ben si coordina con la durata massima del processo che non poteva protrarsi indefinitamente dovendosi la *cognitio* concludere *intra certum tempus* (si veda la rubrica di C.I. 9.44: *Ut intra certum tempus criminalis quaestio terminetur*), pari, nel momento in cui C.I. 9.4.6 è *data*, a un anno dall'*inscriptio* ed elevato, pochi mesi dopo, a due anni dalla *litis contestatio* oltre il quale il processo si estingueva per desistenza dell'accusatore. Il termine di un anno, già posto da Costantino con C.Th. 9.19.2.2 (a. 326) nel caso di processo per falso, si ricava da C.Th. 9.36.1 = C.I. 9.44.1 del 385 d.C. e da C.Th. 9.36.2 = C.I. 9.44.2 del 409 d.C.; il termine di due anni risulta da C.I. 9.44.3 (a. 529), con la quale Giustiniano prevede altresì la sanzione di 20 libbre d'oro nei confronti del giudice e del suo *officium* che, tra le lamentele delle parti, ritardano l'inizio o la prosecuzione del processo. A proposito delle due costituzioni raccolte nel titolo C.Th. 9.36, BASSANELLI SOMMARIVA, *Il giudicato*, cit., p. 55 e nt. 37 e 38, osserva bene che «l'attenzione del legislatore» non è volta «a garantire la scarcerazione o il proscioglimento del reo, una volta scaduto inutilmente il termine» – vi si allude soltanto nell'*interpretatio* a C.Th. 9.36.2 –, ma a punire l'accusatore che, ponendo in essere «manovre dilatorie», ostacolasse la conclusione del processo. Si veda anche GIGLIO, *Aspetti*, cit., p. 78 ss., secondo il quale C.Th. 9.36.2 = C.I. 9.44.2 confermò la disciplina dell'*abolitio* e innovò, in parte, quella della *tergiversatio* con la conclusione che «ancora nel tardo impero *abolitio*, *tergiversatio* al pari della *praevaricatio* impedivano al *iudex* adito di proseguire la *cognitio*, procedura che continua a non potere essere considerata 'd'ufficio'». KRAUSE, *Gefängnisse*, cit., p. 242, rimarca che l'estensione del termine per la conclusione dei processi criminali a due anni, operata con C.I. 9.44.3 è un'ammissione implicita da parte di Giustiniano del fallimento della legislazione precedente ovvero dell'obiettivo di concludere i processi entro il termine di un anno. Sul rapporto di tali provvedimenti con C.I. 9.4.6, si veda BONINI, *Ricerche*, cit., p. 226 s., che, fautore della coesistenza in età giustiniana di un processo accusatorio e di uno inquisitorio, opina che il termine biennale fissato da C.I. 9.44.3 si applichi esclusivamente nel processo accusatorio «in tutti i casi in cui l'accusato non è stato o non è più sottoposto a carcerazione preventiva» per avere prestato garanti immediatamente o in un momento successivo.

⁷¹ Sulla persistenza del modello processuale di tipo prevalentemente accusatorio nella *cognitio* criminale di età tardoimperiale si veda, per tutti, s. GIGLIO, *Il problema dell'iniziativa nella cognitio criminale. Normative e prassi da Augusto a Diocleziano*², Torino, 2009, p. 9 ss., in particolare p. 26 ss. e p. 208; ID., *Aspetti*, cit., in particolare p. 1-15 e p. 178 ss. L'A. segue la tesi di L. MER, *L'accusation*

Questo il quadro normativo che risulta dal testo di C.I. 9.4.6 pr.-5 come ricostruito da Krüger.

Dal tenore complessivo del provvedimento, risulta che la preoccupazione dalla quale Giustiniano era stato mosso era duplice: in primo luogo, quella della legalità della detenzione, dipendente dall'autorità di chi l'ha disposta, che costituisce il contenuto minimo della garanzia della libertà personale; in secondo luogo, quella di certezza dei termini massimi di *custodia*, su cui vigilano i vescovi per assicurare la buona amministrazione della giustizia e, di conseguenza, a tutela degli *inclusi*: il che va di pari passo con l'obiettivo di contenere la durata del processo⁷². Ponendo termini massimi di carcerazione preventiva, entro i quali la causa deve essere decisa, si tutela la libertà personale che non può essere sacrificata indefinitamente e si sollecita il giudicante a giungere entro determinati limiti temporali alla pronuncia della sentenza. Il superamento dei termini, su cui vigilava l'autorità ecclesiastica, determinava la perenzione della custodia carceraria e comportava dunque la scarcerazione.

dans la procédure penale du Bas-Empire romain, thèse pour le doctorat, Rennes, 1953 (su cui si veda la Rec. di G. CRIFÒ, *Procedimento criminale nel Basso Impero*, in *Index*, 2, 1971, p. 389 ss.) di contro a quella parte autorevole della dottrina (in primis M. LAURIA, *'Accusatio-Inquisitio'. Ordo - cognitio extra ordinem - cognitio: rapporti ed influenze reciproche*, in *AAN*, 56, 1934, p. 304 ss., ora in *Studii e ricordi*, Napoli, 1983, p. 277 ss.) che all'opposto sostiene la prevalenza del modello inquisitorio. A proposito del carattere della *cognitio* criminale in età giustiniana, si veda distesamente BOTTA, *L'iniziativa*, cit., p. 361 ss. (con un quadro delle principali posizioni della dottrina, preceduto a p. 289 ss. da un'ampia rappresentazione del dibattito intorno alla conformità del sistema processuale criminale tardoantico al modello inquisitorio o accusatorio) e in part. p. 367 ss., ove prende in esame C.I. 9.4.6.4-5 a sostegno della tendenziale rispondenza in età giustiniana al modello accusatorio dei processi su iniziativa dell'*officium*, tenuto a fornire la prova, aventi per oggetto *crimina publica*. Viene così confutata l'opinione, tra altri, di BONINI, *Ricerche*, cit., p. 199 e nt. 77, secondo cui da C.I. 9.4.6.5 risulterebbe l'alternativa fra processo inquisitorio, promosso d'ufficio, e processo accusatorio, promosso dall'accusatore privato. Sull'esonazione delle *personae publicae* dalle formalità previste per la presentazione dell'accusa da parte di un privato, ossia dai *solemnia accusationis*, e sul complesso problema della loro punibilità in caso di mancata prova della colpevolezza dell'imputato nel diritto giustiniano e bizantino si veda ZANON, *Le strutture*, cit., p. 107 s. e, principalmente, BOTTA, *L'iniziativa*, cit., p. 376 s. nt. 244, con discussione delle fonti. In precedenza, Costanzo II con C.Th.9.1.7 (a. 338) e con C.Th. 6.29.1 (a. 355) aveva stabilito la riflessione della pena a carico degli ufficiali di polizia: in proposito si veda GIGLIO, *Il problema dell'iniziativa*, cit., p. 13, p. 45 ss., p. 187; *Aspetti*, cit., p. 97 ss.

⁷² La disposizione appare coerente con la politica giustiniana di contenimento dei tempi della giustizia formalizzata in C.I. 9.44.3 (a. 529) per le *causae criminales* e in C.I. 3.1.13 (a. 530) per le *causae pecunariae*. Sul punto si vedano MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 140; e da ultimo, PULIATTI, *Innovare*, cit., p. 296 ss. L'esigenza non è nuova: già Costantino con C.Th. 9.3.1 pr. = C.I. 9.4.1 pr. (a. 320) aveva disposto che il processo doveva svolgersi *statim* e concludersi in tempi rapidi *ut noxius puniatur, innocens absolvatur*. Sul provvedimento costantiniano si veda *supra* § 3; in particolare, si veda CENTOLA, *La disciplina dei tempi*, cit., p. 292 ss., al quale si rinvia anche per i successivi interventi normativi in materia nel IV e V sec. d.C.

zione del detenuto⁷³.

Su tale base si è ritenuto, forse con eccessivo entusiasmo, di potere affermare che il sistema tendeva «a salvaguardare in massimo grado il principio della libertà personale»⁷⁴. Se non che ad essere sommamente tutelata era la libertà non di tutti gli accusati, ma di quelli che, essendo in grado di prestare fideiussori, potevano essere scarcerati. Soltanto nel caso di accusa formulata da una *publica persona* per un *crimen capitale*, rimanendo esclusa la possibilità di ottenere la rimessione in libertà tramite garanti, il trattamento dei rei non era condizionato dalla posizione sociale. In sintesi, la disciplina della carcerazione preventiva se era dettata dall'oggettiva *causa detentionis*, tuttavia nei fatti rifletteva le disuguaglianze del tempo⁷⁵. Salva la suddetta eccezione, la permanenza in carcere per alcuni era evitabile, per altri – i più deboli che non erano in condizione di prestare garanzia fideiussoria della comparizione in giudizio – non lo era.

5. La disparità sussisteva già nella scelta di sottoporre il reo alla custodia in carcere anziché ad altra misura cautelare tra quelle attestate in un frammento, tratto dal secondo libro del *De officio proconsulis* di Ulpiano, raccolto dai compilatori giustinianeî nel titolo *De custodia et exhibitioe reorum* del Digesto.

D. 48.3.1 (Ulp. 2 de off. proc.): De custodia reorum proconsul aestimare solet, utrum in carcerem recipienda sit persona an militi tradenda vel fideiussoribus committenda vel etiam sibi. Hoc autem vel pro criminis quod obicitur qualitate vel propter honorem aut propter amplissimas facultates vel pro innocentia personae vel pro dignitate eius qui accusatur facere solet.

Ulpiano riferisce la prassi – ne è spia il *solet* – seguita dal proconsole in provincia al cui apprezzamento è lasciata la scelta tra quattro forme di custodia cautelare di decrescente afflittività che permangono ancora in età tardoantica⁷⁶: in alternativa al

⁷³ Vale la pena di ricordare che il codice Rocco, avendo soppresso i termini massimi di carcerazione preventiva, abolì l'istituto della scarcerazione per decorrenza dei termini, introdotto dal codice del 1913.

⁷⁴ Così BONINI, *Ricerche*, cit., p. 200, che mitiga l'affermazione con l'ulteriore precisazione «s'intende rispetto a modelli precedenti». Anche per FRANCIOSI, *La detenzione*, cit., p. 309 ss., il fine precipuo di Giustiniano è quello di tutelare la libertà individuale.

⁷⁵ In tale senso, anche NERI, *I marginali*, cit., p. 452.

⁷⁶ Per una parziale coincidenza con le forme di custodia già enumerate da Ulpiano si veda AUG., *Tract. In ev. Ioh.* 49.9, ove sono presenti carcere e *custodia militaris*, ma non l'affidamento a fideiussori attestato però da LIB. or. 46.3. In proposito si veda NERI, *I marginali*, cit., p. 427 ss. Ulteriori testimonianze tardoantiche in V. MAROTTA, *L'elogium nel processo criminale (secoli III e IV d.C.)*, in *Crimina et delicta nel tardoantico. Atti del Seminario di studi, Teramo, 19-20 gennaio 2001* (cur. F. LUCREZI, G. MANCINI, Milano, 2003, p. 81 s. nt. 39).

carcere – la forma più severa di custodia – può disporre la *militaris custodia* oppure rimettere la comparizione del reo a fideiussori⁷⁷ o ancora, secondo l'interpretazione dominante, lasciarlo a piede libero con conseguente autoresponsabilità della comparizione in giudizio⁷⁸. In breve, la carcerazione preventiva non è l'unico modo di assicurare la presenza del *reus* al processo. È compito del giudice, dunque, scegliere la misura cautelare più adeguata, tenendo conto di una pluralità di fattori: la *qualitas criminis* (ossia la natura e, va da sé, la gravità del crimine), l'*honor*, le *amplissimae facultates*, l'*innocentia*, la *dignitas* dell'accusato⁷⁹. L'entità del sacri-

⁷⁷ Su tale forma di custodia cautelare, che ha precedenti nell'arcaico *vadimonium*, si veda MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 106 s. Cfr. SYMM. *epist.* 10.43: *Statui, ut Felix vadibus, qui Fulgentio non essent cogniti, traderetur*. Condivisibile l'ipotesi che i fideiussori avessero poteri di vigilanza sull'accusato, tenuto conto che della *exhibitio* rispondevano in prima persona.

⁷⁸ Cfr. con D. 48.3.3 (Ulp. 7 de off. procons.): *Divus Pius ad epistulam Antiochensium graece rescripsit non esse in vincula coiciendum eum, qui fideiussores dare paratus est, nisi si tam grave scelus admisisset eum constet, ut neque fideiussoribus neque militibus committi debeat, verum hanc ipsam carceris poenam ante supplicium sustinere*. Il giurista severiano fa riferimento a un'*epistula* di Antonino Pio che, nel riservare la custodia carceraria preventiva agli autori di crimini talmente gravi da escludere sia la prestazione di garanti sia la *custodia militaris*, non contempla il *committere sibi*. Sul passo e sulle differenze con Ulp. D. 48.3.1, anche rispetto ai criteri di scelta della misura cautelare, si veda LOVATO, *Il carcere*, cit., p. 20 s., che a proposito dei termini *carcer* e *vincula*, ricorrenti nel testo come sinonimi, ipotizza un fenomeno di sineddoche. Sulle forme di custodia alternative alla carcerazione si vedano, per tutti, MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 330 s., p. 331 nt. 2 [= *Le droit pénal*, cit., 1, p. 387 s., p. 388 nt. 1]; HITZIG, s.v. *Custodia*, in *PWRE*, 4.2, Stuttgart, 1901, c. 1897 s.; e tra gli studi più recenti MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 106 ss.; NERI, *I marginali*, cit., p. 426 ss.; HILLNER, *Prison*, cit., 126 ss. Sul *committere sibi* siamo poco informati. Per opinione dominante corrisponde ad una sorta di libertà sulla parola (si veda, così già, G. HUMBERT, s.v. *custodia*, in *DS*, 1.2, Paris, 1887, p. 1673): una forma lieve, dunque, di *custodia* di cui è probabile che potesse in specie giovare l'accusato che godeva di una buona *fama* (in senso analogo, MAROTTA, *L'elogium*, cit., p. 83 nt. 39, in fine: «reputazione di persona rispettabile e dabbene»). Cfr. *sch. 3 ad Bas.* 60.35.1 (HEIMBACH, V, p. 696): *vel sibi committi. Cum signis quibusdam apparet, nihil deliquisse eum*, su cui MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 108. Non manifestamente infondata, a mio avviso, l'interpretazione di R.J. POTHIER nelle *Pandette di Giustiniano* (riordinate da), 6, Venezia, 1835, p. 468, il quale riferisce il *sibi* al proconsole, pensando ad una custodia presso lo stesso governatore provinciale: il che implicherebbe l'inesistenza di un «affidamento» allo stesso imputato della propria comparizione.

⁷⁹ A proposito dei criteri che nella prassi guidavano il governatore nella scelta della misura cautelare si vedano MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 108 s.; LOVATO, *Il carcere*, cit., p. 11 ss. e bibl. ivi citata, in particolare R. RILINGER, *Humiliores-Honestiores. Zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit*, München, 1988, p. 90 ss. HILLNER, *Prison*, cit., p. 131, osserva che, purtroppo, Ulpiano «did not say which aspect merited which form of custody»; il che, a mio avviso, dipende dal fatto che nella valutazione discrezionale del funzionario potevano entrare in gioco tutti o, comunque, più di uno dei criteri enunciati che risultano, almeno in parte, ancora in Ed. Theod. 13: *Nisi forte aut minoris sint crimina in quibus fideiussor praeberi debeat, aut reus adeo nobilis vel splendidi honoris sit, ut suae committi debeat dignitati*. Riferisce la *dignitas* all'accusatore anziché all'accusato MAROTTA, *L'elogium*, cit., p. 81, ma l'espressione *pro dignitate eius qui accusatur* non lascia spazio a tale

ficio della libertà personale dipende pertanto dalla sussistenza di elementi oggettivi e soggettivi che, considerati singolarmente o in combinazione tra loro, potevano giustificare la concessione di forme di custodia più lievi del carcere che – così a me pare – nel processo della *cognitio*, sul piano giuridico formale, tendenzialmente non è la regola ma, piuttosto, una misura eccezionale, estrema per crimini gravi⁸⁰. La scelta del *proconsul* non è arbitraria, ma risponde a criteri consolidatisi nella prassi giudiziaria la cui applicazione assicura il corretto esercizio del potere discrezionale del giudice all'atto di definire la misura e garantisce, caso per caso, il dovuto riguardo alla libertà personale.

Tuttavia, nella scelta della misura cautelare entrano in gioco fattori (*l'honor*, le *facultates*, la *dignitas*⁸¹) che per lo più avvantaggiano i ceti più elevati e benestanti che potevano giovare di forme più miti di custodia⁸².

interpretazione.

⁸⁰ Cfr. D. 48.3.3 (si veda *supra* nt. 78). Sulle «misure cautelari coercitive» quali «strumenti eccezionali» e di durata limitata, fin dall'esperienza giuridica romana si veda M. SCOGNAMIGLIO, *Lucio Vettio e i limiti alla carcerazione preventiva*, in *RDR*, 18, 2018, p. 29 s., che se ne occupa in specie per l'età repubblicana (p. 32 ss., ove ult. bibl.) con richiamo della tesi mommseniana, assai discussa, secondo cui nel processo delle cd. *quaestiones perpetuae*, salvo deroghe, non c'era possibilità di ricorrere alla carcerazione preventiva che sarebbe poi stata reintrodotta nelle *cognitiones extra ordinem* dell'età del Principato.

⁸¹ Y. RIVIÈRE, *Carcer et vincula: la détention publique à Rome (sous la République et le Haut Empire)*, in *MEFRA*, 106, 1994, p. 645, a proposito di D. 48.3.1 parla di una scelta compiuta dal «magistrat» «en fonction du rang de l'accusé». Il che non esclude quanto asserito da J.L. ZAMORA MANZANO, *La administración penitenciaria en el derecho romano. Gestión, tratamiento de los reclusos y mejora de la custodia carcelaria*, Madrid, 2015, p. 85 ss., p. 92, che il criterio principale di scelta della misura cautelare fosse quello della gravità del reato: anche se il livello sociale ed economico del *reus* determinava un trattamento preferenziale, tuttavia, come risulta tra l'altro da D. 48.3.3 (si veda *supra* nt. 78), esso non implicava l'esonero dalla carcerazione preventiva in caso di delitto grave.

⁸² La *custodia militaris*, che compare nel passo come la prima alternativa al carcere ed è anch'essa misura intrinsecamente coercitiva, seppure meno afflittiva, per le modalità in cui era esercitata – il reo in attesa di giudizio veniva affidato ad almeno due *milites* responsabili della sua comparizione (cfr. D. 48.3.14 [Mod. 4 de poen.]) – non si prestava a un utilizzo generalizzato. Sulla misura, creata in età imperiale, si vedano HITZIG, s.v. *Custodia*, cit., c. 1898; HUMBERT, s.v. *custodia*, cit., p. 1672 s. e nt. 4; MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 106 ss., secondo i quali essa consentiva una qualche libertà di movimento e la facoltà di gestire i propri affari. SYMM. *rel.* 49.2: *Secundum haec scita legum agens in rebus Africanus accusationem professus Campano et Hygino clarissimis viris violentiae crimen obiecit. Continuo, ut severitas exigebat, reos custodia militari dissimulata dignitate circumdedit [...]*, attesta l'applicazione, in epoca tardoantica, della *custodia militaris* a persone di rango senatorio. Sul testo, per altri profili, si veda s. GIGLIO, *Alcuni aspetti della legislazione di Costantino*, in *Costantino prima e dopo Costantino/Constantine before and after Constantine* (cur. G. BONAMENTE, N. LENSKI, R. LIZZI TESTA), Bari, 2012, p. 246 s. Cfr. HILLNER, *Prison*, cit., p. 127 ss., che, sulla base di fonti giuridiche e letterarie tarde, conclude che i testi del IV sec. d.C. e successivi che menzionano la *custodia militaris* fanno riferimento alla supervisione non soltanto di soldati ma anche di funzionari imperiali e personale a loro subordinato (p. 129). Tale latitudine di soggetti competenti può far pensare

Ma c'è un altro elemento che può venire in considerazione: l'*innocentia personae*. Indipendentemente dall'*honor*, dalle *facultates*, dalla *dignitas*, tra i motivi per i quali il giudice può adottare una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere c'è l'*innocentia* del reo che, ovviamente, non consiste in un'anticipazione del giudizio, ma discende dalla sua buona *fama* e cioè dall'*anteacta vita* con valore prognostico⁸³ della probabile innocenza.

Ovviamente, sarà la sentenza ad accertare la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, ma intanto spetta al giudice stimare in concreto se e in quale misura sia adeguato e proporzionato sacrificare la libertà della persona sottoponendola a carcerazione preventiva. In astratto, la condizione sociale, economica, giuridica del *reus* e l'*innocentia personae* erano elementi che potevano tutti incidere sull'apprezzamento del giudice. In pratica, una scrupolosa e prudente valutazione dei trascorsi della persona non era affatto scontata nei confronti di chi apparteneva ai ceti sociali più umili e deboli. In altre parole, l'*innocentia personae*, legata alla irreprensibilità della condotta dell'individuo, finiva con il retrocedere nella valutazione prognostica rispetto agli altri fattori elencati da Ulpiano ai fini della scelta della mi-

a un'ampia utilizzabilità della misura che, secondo Hillner, era riservata «for those charged with minor crimes, or tax debtors, even if of lower status, or for those who had to travel to court» e alla quale nella tarda antichità, diversamente che nel Principato, erano sottoposti sempre più frequentemente individui di rango senatoriale (p. 131). Tuttavia, secondo NERI, *I marginali*, cit., p. 428 s., la *custodia militaris*, sia quella affidata ai *milites* sia quella affidata agli *officiales*, era impiegata «parcamente e presumibilmente in prevalenza nei confronti di *honestiores*» (p. 429). In questo senso, si veda anche PAVÓN TORREJÓN, *La cárcel*, cit., p. 202. Sminuisce la differenza tra carcere e *custodia militaris* A. CENDERELLI, *Scritti romanistici*, Milano, 2011, p. 329 nt. 19, senza considerare che il carcere dava luogo non solo a restrizione della libertà, ma a maltrattamenti per ottenere la confessione degli incriminati, così come ha osservato NAVARRA, *Sul divieto costantiniano del carcere per i debitori fiscali*, cit., p. 462 s. Analogamente, l'affidamento a fideiussori che avrebbero assicurato la *exhibitio* dell'accusato era accessibile soltanto a chi, in ragione della propria condizione, poteva fornire garanti.

⁸³ Diversamente MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 108 s., intende il parametro come riferito a «presunzioni a favore o contro» l'innocenza dell'accusato. Si avvicina all'interpretazione da me proposta sopra nel testo, A.H.M. JONES, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford, 1972, p. 117, il quale individua il «character» dell'accusato che, anche se non esplicitato dall'A., mi pare corrisponda al criterio dell'*innocentia*, tra gli elementi che il governatore deve considerare nella scelta della misura cautelare. Più correttamente MAROTTA, *L'elogium*, cit., p. 81, parla di «reputazione» dell'accusato. Il motivo dei precedenti del reo viene ripreso in età moderna anche da esponenti del giuspositivismo, tra cui il criminologo Enrico Ferri nel suo *Discorso alla Camera* per i lavori preparatori del codice di procedura penale del 1913, in *Commento al Codice di procedura penale* (cur. L. MORTARA et al.), 3, Torino, 1915, p. 353, per restringere l'applicazione della presunzione d'innocenza: «... la famosa presunzione di innocenza deve valere di più per i giudicabili, che hanno buoni precedenti, che non sono recidivi, che hanno commesso reati moralmente non perversi, e non sono pericolosi ...; e deve valere meno per gli altri; perché è ingenuo mettere come fondamento della procedura la presunzione di innocenza, quando avete colto in flagranza un ladro abituale o un omicida, già condannato per reati di sangue».

sura cautelare. Per l'età tardoantica – che è quella che qui interessa – la testimonianza di Libanio è eloquente: i piccoli contadini sono preda di facili accuse di potenti, arrestati e imprigionati senza troppi scrupoli ⁸⁴.

6. Tutto questo è ancora diritto vigente in età giustiniana.

Va da sé che un regime della carcerazione preventiva che consente in una pluralità di casi la rimessione in libertà su cauzione accentua le diseguglianze: se l'accusato non ha prestato fideiussori al momento dell'arresto può, comunque, fornirli in un momento successivo ossia mentre è recluso, ad eccezione, come si è visto, nel caso di accusa capitale da parte di *publica persona* ⁸⁵.

Fin dal momento dell'arresto, la *custodia* in carcere, quindi, era soltanto una delle possibili misure cautelari e la sua applicazione dipendeva dalla discrezionalità del giudicante. Almeno per alcuni vi si ricorreva ove il giudice avesse ritenuto opportuno non ricorrere alle altre misure perché ritenute inadeguate rispetto al *crimen* o alla *persona*. Richiamare a tale proposito la previsione del vigente codice di procedura penale ⁸⁶ sarebbe totalmente antistorico: nel sistema processuale romano non si persegue lo scopo di realizzare una piena «individualizzazione della coercizione cautelare» ⁸⁷, ma ciò nonostante possono intravedersi *in nuce* quei principi di adeguatezza e proporzionalità della misura da adottare che ispirano oggigiorno il nostro ordinamento, mirando al minor sacrificio necessario della libertà personale. Il che, comunque, è ancora troppo poco per non avvertire discontinuità. La distanza netta fra antico e moderno esiste: sta nel diverso valore della libertà di *honestiores* e *humiliores* che traspare dall'incidenza di *honor, facultates* e *dignitas* nella scelta della misura cautelare.

Insisto sul punto perché, a mio avviso, è decisivo per giungere, attraverso la

⁸⁴ LIB. *or.* 45.3-6. Dal prosieguito dell'orazione del retore antiocheno si ricava un fosco quadro di detenuti, in specie di umile condizione per accuse di reati comuni, che restavano in carcere fino alla morte *sine iudicio*. In proposito si vedano A.H.M. JONES, *The Later Roman Empire (284 - 602)*, 1, Oxford 1964, trad. it. – *Il tardo impero romano (284 - 602 d.C.)* – 1, Milano, 1974, p. 742; MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 136; BANFI, *Acerrima indago*, cit., p. 146 ss. Cfr. anche CASSIOD. *var.* 7.1.15.

⁸⁵ Anche secondo BONINI, *Ricerche*, cit., p. 199 s. nt. 79, in caso di *crimen non capitale* o di accusa di un *crimen capitale* da parte di privati il carcere poteva essere evitato non solo prestando garanti dopo l'avvenuta carcerazione, ma ancora prima dando immediatamente garanzie. Conclude, pertanto, per l'obbligatorietà del carcere preventivo «soltanto nel caso di accusa capitale da parte della pubblica autorità», ipotizzando però ulteriormente che «nel caso di accusa di un *crimen capitale* da parte di un privato», sia «l'ordine di carcerazione» dell'accusato che offriva garanti sia «la liberazione dal carcere preventivo attraverso l'intervento di garanti» fossero lasciati alla discrezionalità del magistrato.

⁸⁶ Art. 275, co. 3, c.p.p.: «la misura cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata».

⁸⁷ Individuato da C. Cost. n. 265/2010.

lettura coordinata di *Digesta* e *Codex Iustinianus*, alla ricostruzione unitaria della normativa giustiniana in materia. Soltanto dopo se ne potrà valutare l'eventuale collegamento con il principio della presunzione d'innocenza.

Posto, sulla base di C.I. 9.4.6, che nessuno può essere incarcerato senza un ordine magistratuale che provenga dall'autorità che ne ha il potere e la competenza; osservato che C.I. 9.4.6 tace sui presupposti della 'ordinanza' di custodia; acclarato, sulla base di D. 48.3.1, che il giudice può, in presenza di determinati elementi, sottoporre l'imputato a una misura cautelare diversa dal carcere, in ogni caso anche gli *inclusi* potranno essere assolti⁸⁸.

Anche se non è escluso che innocenti siano privati della libertà personale, la colpevolezza deve essere sempre accertata in giudizio alla stregua del principio *in dubio pro reo*, cosicché, in caso di insufficienza delle risultanze probatorie, l'accusato potrà essere assolto.

Il che, tenendo presente la pluralità di significati – corrente nella dottrina moderna – della presunzione d'innocenza, equivale ad attestazione di operatività del principio inteso come «regola di giudizio» che riguarda il campo delle prove⁸⁹.

Invece, quanto alla scelta della carcerazione a titolo di custodia cautelare tra le altre forme disponibili, essa sembra presupporre l'accertamento di indizi che lasciano ipotizzare un probabile comportamento criminoso dell'accusato⁹⁰. Ecco allora che nel sistema romano di età giustiniana, non diversamente da quello classico, non c'è spazio per quel contrasto, che ancora oggi ad alcuni appare netto

⁸⁸ Sicuramente in carcere ci sono i *confessi*: lo attesta D. 48.3.5 (Ven. Saturn. 2 de iudic. publ.): *Si confessus fuerit reus, donec de eo pronuntietur, in vincula publica coiciendus est*; anche i rei colti in flagranza e gli accusati di crimini gravi e quelli nei cui confronti il giudice nel ponderare gli elementi di scelta della misura cautelare propende, sulla base dei cattivi precedenti, per una valutazione prognostica negativa dell'*innocentia personae*. Resta aperto il problema se il giudice nel valutare quale misura cautelare adottare nei confronti di un reo accusato di un *crimen capitale*, da una *publica persona*, avrebbe dovuto necessariamente disporre la carcerazione preventiva senza alcun margine di libero apprezzamento. Il dettato del § 5 di C.I. 9.4.6 esclude che in caso di accusa di crimini capitali, dunque gravi, formulata da una *publica persona*, la carcerazione preventiva sia evitabile per mezzo di garanzie fideiussorie. La normativa riguarda, però, il rilascio dell'imputato già condotto in carcere.

⁸⁹ In proposito si veda, per tutti, ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., p. 28 ss., il quale rileva come «i due modi d'intendere la presunzione hanno una matrice storico-culturale assai diversa» radicata «nel legalitarismo degli illuministi continentali» quanto alla presunzione d'innocenza come regola di trattamento dell'imputato, «nel pragmatismo della gnoseologia giudiziaria anglosassone» quanto alla presunzione d'innocenza come regola di giudizio; significati che non si escludono a vicenda ma possono coesistere e sono strettamente interdipendenti. Cfr. PAULESU, *La presunzione*, cit., p. 11.

⁹⁰ La scelta della carcerazione a titolo preventivo presuppone che il giudice, in sede di *custodiarum cognitio*, abbia accertato il *fumus* della colpevolezza dell'accusato da sottoporre a giudizio. Sulla *custodiarum cognitio* si veda V. MAROTTA, *Mandata principum*, Torino, 1991, 168 ss.; ID., *L'elogium*, cit., p. 79 ss., cui si rinvia anche a proposito della necessità di sufficienti indizi di prova per l'apertura della fase dibattimentale (p. 95).

e pressoché insanabile, tra principio della presunzione di innocenza e carcerazione preventiva ⁹¹.

In quest'ottica appare coerente e pienamente intellegibile che nel § 6 di C.I. 9.4.6 emerga espressamente la presunzione di colpevolezza. A ben guardare, nella costituzione giustiniana non si evoca mai il principio della presunzione d'innocenza, si fa richiamo invece al suo contrario per giustificare il superamento dei termini massimi di carcerazione preventiva che, in talune situazioni, poteva perdurare fino alla conclusione del processo. Laddove vi siano forti elementi che possano fare presumere la colpevolezza dell'accusato la carcerazione preventiva non incontra limiti temporali ⁹², fungendo sia da strumento sostanzialmente afflittivo rispondente alle necessità istruttorie, sia da mezzo di prevenzione speciale e di garanzia dell'esecuzione della pena che sarà eventualmente – molto probabilmente – irrogata.

In tutti gli altri casi prevale l'esigenza di ridurre i tempi processuali a cui si collega la disciplina dei termini di carcerazione ⁹³. Le ragioni di fatto possono essere molteplici e di varia specie, quali, a titolo di esempio, contenere il sovraffollamento delle carceri che complicava l'esercizio della sorveglianza e peggiorava le condizioni di vita dei detenuti, contrastare la corruzione dilagante nell'amministrazione carceraria, arginare abusi dei funzionari giudicanti e del loro *officium* il cui operato, per volontà dell'imperatore, è sottoposto al controllo vescovile. Al presule è così riconosciuto un ruolo politico funzionale all'obiettivo, anch'esso politico, di assicurare

⁹¹ Sulla superficialità di analisi che conducono a intravedere una contraddizione tra l'art. 27, c. 2 e l'art. 13 Cost., e sulla non necessità di superare la presunta antinomia attribuendo alla presunzione di «non colpevolezza» un significato sostanzialmente diverso da quello espresso dalla locuzione «presunzione d'innocenza» si veda ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., p. 33 ss. La questione dell'inconciliabilità fra l'istituto della carcerazione preventiva e il principio della presunzione d'innocenza è tuttavia antica: in proposito, si veda FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 561 e 566, con particolare riferimento alla posizione di V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, 1, Torino, 1931, p. 180 s., il quale, proprio per l'imprescindibilità della carcerazione preventiva, riteneva la presunzione di innocenza «paradossale e irrazionale» al punto di provocatoriamente porre la questione sul perché non abrogare l'istituto cautelare se si deve presumere l'innocenza dell'imputato: provocazione raccolta *de iure condendo* dallo stesso Ferrajoli (p. 566), con l'auspicare «un processo senza detenzione preventiva», laddove PAULESU, *La presunzione*, cit., p. 71 nt. 189, fa appello al «fascino» dell'enunciazione formulata da F. CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 4, Firenze, 1909, p. 312, che definiva la carcerazione preventiva una «necessaria ingiustizia».

⁹² Secondo PUGLIESE, *Le garanzie*, cit., p. 618, la clausola del § 6 limita, ma non pone nel nulla i principi garantisti sottintesi alle prescrizioni dei precedenti paragrafi. In senso adesivo alla posizione di Pugliese si veda MESSANA *Riflessioni*, cit., p. 145.

⁹³ Lo «stretto rapporto» emerge già dal provvedimento di Costantino del 320 d.C., C.Th. 9.3.1; è confermato nella costituzione di Teodosio I del 380, C.Th. 9.3.6, e ancora in C.Th. 9.1.18 (a. 396). In tal senso si veda, ora, CENTOLA, *La disciplina dei tempi*, cit., p. 294 s., p. 296, p. 298.

il buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia e la legalità del giudizio penale.

Tale scopo va di pari passo con la funzione del processo di verifica dell'ipotesi di colpevolezza che si coniuga con valutazioni umanitarie, già appartenenti allo stoicismo e riprese dai Padri della Chiesa in chiave etico-religiosa. Di tutto questo si avvantaggia la persona, la cui libertà individuale, che non ha più nulla a che vedere con la *libertas* del *civis* divenuto oramai da tempo *subiectus*, risulta tutelata contro l'eccessiva durata della carcerazione preventiva attraverso il perseguimento della tempestività e dell'efficienza del processo⁹⁴. Un processo che non riesca ad accertare prontamente la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato è un processo che non funziona e lascia ampio spazio a detenzioni cautelari senza fine che si traducono in vere e proprie misure punitive in palese contrasto con l'essenziale funzione di custodia del carcere affermata da Ulpiano in un frammento⁹⁵, assai noto e discusso, che, in quanto raccolto nel Digesto, rappresenta volontà normativa dello stesso Giustiniano.

In tale prospettiva, si verifica di fatto una sovrapposizione tra l'interesse pubblico alla repressione dei reati e l'interesse individuale dell'accusato a garanzie processuali. Se, però, l'imputato recluso potesse giovare della perenzione della custodia carceraria anche in presenza di indizi tali da potere fare presumere la sua colpevolezza, l'eventuale sentenza di condanna rischierebbe di risultare ineseguibile. In un tale caso, la carcerazione preventiva oltre i termini massimi è ineluttabile.

Non è, dunque, la libertà personale il bene direttamente tutelato dalla normativa giustiniana né la presunzione d'innocenza a ispirarla apertamente. Mai invocata, quest'ultima sembra invero derivare dal rilievo dato dal 'legislatore' ai principi di legalità e di certezza del diritto funzionali al raggiungimento del reale proposito della nuova disciplina. L'obiettivo di Giustiniano non è proclamare il principio della presunzione d'innocenza, ma in continuità con indirizzi presenti da Costantino in poi nella legislazione tardoimperiale, è combattere in modo stringente

⁹⁴ A proposito della inefficienza e della brutalità della giustizia penale romana in età tardoantica si veda, per tutti, JONES, *Il tardo impero romano*, cit., p. 741. Sul mutamento della politica giustiniana, che si registra nelle *Novellae*, con l'abbandono dell'obiettivo di un processo rapido ed efficace a favore della funzione deterrente di pene più severe, V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*³, Napoli, 1998, p. 176 ss.

⁹⁵ Cfr. D. 48.19.8.9 (Ulp. 9 de off. procons.): *Solent praesides in carcere continendos damnare aut ut in vinculis contineantur: sed id eos facere non oportet. Nam huiusmodi poenae interdictae sunt: carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet.* L'interpretazione tradizionale del passo, secondo la quale – in breve – esso vieterebbe l'uso penale del carcere, è stata posta in discussione, in particolare, da MESSANA, *Riflessioni*, cit., p. 120 ss. e da LOVATO, *Il carcere*, cit., p. 93 ss. (in part. p. 128 ss.), p. 229 ss., per i quali, invece, il frammento riguarderebbe l'imposizione dei *vincula* in funzione punitiva. In proposito, si vedano però le considerazioni di NERI, *I marginali*, cit., p. 420 s. Sul passo anche HILLNER, *Prison*, cit., p. 135 ss.

gli arbitri e le disfunzioni dell'amministrazione della giustizia penale che calpesta-no la dignità dell'uomo di cui l'imperatore si fa garante ⁹⁶.

Il che non significa affatto che il principio della presunzione d'innocenza fosse sconosciuto o inoperante: basti pensare al diverso trattamento riservato, anche con intenti propagandistici, da Costantino all'*exhibitus* incarcerato rispetto al detenuto, già condannato, in attesa dell'esecuzione della pena e, soprattutto, al rilievo assunto fin dall'età traianea, come estrinsecazione processuale della regola dal canone dell'*in dubio pro reo*, ossia come «regola di giudizio». Significa, piuttosto, che il suo collegamento con la disciplina dei termini massimi di carcerazione, fissati per la prima volta da C.I. 9.4.6, espone a suggestioni modernizzanti consone a una prospettiva garantistica a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Senza escludere l'esistenza in Roma antica di situazioni paragonabili ai diritti umani ⁹⁷, sembra prevalere l'esigenza concreta del potere imperiale di controllare per mezzo dell'autorità religiosa i propri funzionari incaricati di amministrare la giustizia e di garantire efficienza e legalità del processo penale.

L'indisponibilità di strumenti azionabili direttamente dalla persona privata della libertà per opporsi a detenzioni illegali o a ritardi nella sottoposizione a giudizio è, a me pare, la cartina di tornasole per capire la distanza tra rappresentazioni moderne e giustinianee delle garanzie dell'imputato.

⁹⁶ In proposito, si veda, per tutti, G. CRIFÒ, *Per una prospettiva romanistica dei diritti dell'uomo*, in *DRA*, 12, 2004, p. 158, che «negli interventi costantiniani fino appunto a Giustiniano» vede «una chiara dimostrazione di un superiore rispetto dell'uomo sentito e garantito a Roma».

⁹⁷ Lo *status quaestionis* è ora tracciato da L. SOLIDORO, *Formazione e trasformazione dei diritti umani. Il contributo dell'esperienza romana e l'attuale uso della categoria 'persona'*, in *TSDP*, 12, 2019, p. 1 ss. Una risposta positiva al problema in CRIFÒ, *Per una prospettiva*, cit., p. 149 ss.