



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Giovanna Coppola Bisazza

**Traiano,
l'affermarsi del principio del *favor rei* e il suo
consolidarsi anche in campo privatistico**

Numero XII Anno 2019
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, G. Durante, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi, in ruolo o in quiescenza, cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulta privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

**TRAIANO,
L’AFFERMARSI DEL PRINCIPIO DEL ‘FAVOR REI’ E
IL SUO CONSOLIDARSI ANCHE IN CAMPO PRIVATISTICO***

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive* – 2. *I precedenti della ‘regula in dubio pro reo’* – 3. *Il rescritto traiano tramandatoci da Ulpiano* – 4. *Altre pronunce di Traiano in materia* – 5. *La generalizzazione della ‘regula’*

1. *Considerazioni introduttive*

Si deve ad uno dei fondatori della penalistica italiana, Francesco Carrara, il noto aforisma secondo il quale i Romani «giganti nel diritto civile», sarebbero stati «pigmei nel diritto penale»¹. L’affermazione dell’illustre autore non era priva di fondamento. Sotto il profilo processuale, infatti, dal Montesquieu dell’*Ésprit de lois* al Beccaria dei *Delitti e delle pene*, al Feuerbach e via dicendo, l’esperienza romana nel settore penale era considerata solo barbarie da accantonare. Riguardo poi al diritto sostanziale, giudizi lusinghieri non sono stati espressi nemmeno da parte degli stessi studiosi dell’esperienza romana delle epoche passate. Persino il Mommsen, che al diritto penale romano dedicò la prima

* Questo contributo ricalca in larga misura il contenuto della relazione tenuta in occasione del Convegno su *‘La giustizia di Traiano. Dalla realtà alla leggenda’*, svoltosi a Reggio Calabria dal 3 al 5 novembre 2017. Esso è destinato agli *Atti del Convegno*, in corso di pubblicazione, ove comparirà, con alcune modifiche, col titolo *Traiano e la presunzione d’innocenza*.

¹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, I, Lucca, 1891, 99.

ricostruzione storica moderna, lo qualificò «pessimo e in parte veramente infame»². E pure il Ferrini, nel suo tentativo di raccogliarlo in un sistema organico, ebbe a dire che «il diritto punitivo romano mancava di coesione», presentava «molteplici lacune che lasciavano larga parte all'arbitrio»³.

Era dunque inevitabile che, in considerazione di tali premesse, dalla pratica e dalla scienza penalistica moderne non venisse nessuna richiesta, nessuno stimolo, nessun apporto critico al travaglio della romanistica, che pure ha, soprattutto in questi ultimi decenni, intensificato la sua attenzione verso l'antica esperienza criminale romana⁴. La convinzione che si è venuta sviluppando presso gli studiosi di diritto positivo è stata, infatti, quella secondo cui i principi sui quali poggia il diritto penale moderno siano derivati fundamentalmente dall'Illuminismo, quel movimento riformatore che, durante il XVIII secolo, minò le

² Questo giudizio il Mommsen lo esprime nella prolusione zurighese del 1852. Esso parrebbe però essere stato superato con la pubblicazione del *Römisches Strafrecht* del 1899, ove l'a. ravvisa in taluni momenti dell'esperienza criminalistica romana «un'etica di garanzia dei diritti di libertà individuali»: così T. MASIELLO, *Mommsen e il diritto penale romano*, Bari, 1997, 75. Sulle motivazioni politiche sottese a tale cambiamento cfr. altresì V. GIUFFRÉ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*⁵, Napoli, 1988, 73.

³ C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1902 (rist. Roma, 1976), 9, il quale però si premura di aggiungere che «esso è tuttavia tale da meritare l'attenzione e lo studio dei moderni e da offrire notevoli insegnamenti».

⁴ Ancora oggi, in uno dei più autorevoli manuali di diritto penale si legge, infatti, che nel diritto penale romano «mancò una elaborazione scientifica paragonabile, sia pure lontanamente, a quella del diritto civile»: così F. MANTOVANI, *Diritto penale: parte generale*, Padova, 2015, 23. Per una «riabilitazione» dell'esperienza romana nel campo del diritto criminale cfr. però già E. FERRI, *La riabilitazione del diritto penale romano. Studi sulla criminalità*², Torino, 1926, 375 ss.; più di recente v. altresì F. GIANNITI, *Criminalistica. Le discipline penalistiche e criminologiche nei loro collegamenti*, Milano, 2011, 1 ss.

fondamenta dell'*Ancien Régime* e la struttura politica, socio-economica e giuridica su cui esso si ergeva. Eppure quanto poco corretto sia questo modo di ragionare lo si può asserire tranquillamente sol che si dia uno sguardo più attento alle fonti romane. Ne è un esempio quanto può ricavarsi da alcuni brani, letterari e giuridici, che si riferiscono ad una tra le più importanti innovazioni introdotte dall'imperatore Traiano nel campo di cui si discute: la presunzione d'innocenza.

Tra i meriti che possono ascrivere a questo Imperatore vi è sicuramente quello di aver saputo amministrare la giustizia con grande moderazione, nel rispetto dei diritti dei cittadini⁵. In questa logica vanno inquadrare infatti le diverse iniziative prese in materia, sia nel settore del diritto civile⁶ che del diritto criminale, ove il *princeps* si mostrò, in più occasioni⁷, un 'garantista'. Basta ricordare

⁵ Eloquente un denario dell'epoca che simboleggia l'imperatore da un lato e la giustizia dall'altro, assisa in trono e reggente una bilancia e la cornucopia, simbolo della ricchezza che deriva dall'equità: cfr. F. COSTABILE, *Storia del diritto pubblico romano*³, Reggio Calabria, 2013, 399.

⁶ Dalla misura volta a far sì che i padri, che usavano maltrattare i figli, fossero costretti ad emanciparli (Pap. 11 *quaest.* D. 37.12.5), a quella presa contro i tutori nella gestione dei beni dei minori (Paul. 54 *ad ed.* D. 41.4.2.8), a quella diretta a favorire la *manumissio* fedecommissaria (Ulp. 5 *fideicomm.* D. 40.5.26.7). L'Imperatore promise pure, sempre con un editto, la metà dei beni posseduti arbitrariamente da un erede incapace, purché il possessore si autodenunciasse prima di essere, a sua volta, denunciato al fisco (Paul. 1 *de iure fisci* D. 34.9.5.20; Paul. 7 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 49.14.13 pr.-1; 6; 8; Iun. Maur. 3 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 49.14.15.3; Ulp. 18 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 49.14.16; Val. 5 *fideicomm.* D. 49.14.42 pr.-1; Paul. *l. sing. de tac. fideicomm.* D. 49.14.49).

⁷ L'unico provvedimento che sembrerebbe contraddire quest'orientamento è quello adottato contro gli schiavi, che le fonti attestano essere stati da lui ammessi alla tortura anche contro la moglie del padrone, contro il padrone condannato e, quasi fossero partecipi dello *scelus* compiuto, pure contro il padrone stesso (cfr. Ulp. 8 *de off. procons.* D. 48.18.1.11;12;19). Sul tema cfr. da

l'editto con cui fu comminata la pena prevista dalla *lex Cornelia* contro quanti impoverivano l'annona usando *staterae adulterinae*⁸; il provvedimento con cui vennero puniti i ricettatori degli abigei con la relegazione per dieci anni dal territorio italico⁹; quello con cui si considerò peculato la sottrazione di qualsiasi cosa dal patrimonio di una *civitas*¹⁰. Il *princeps* dispose pure di ridurre le turpi elargizioni dei candidati *ambitus lege*, diminuendo anche la loro capacità di spesa, pretendendo che almeno un terzo del loro patrimonio fosse investito in terreni siti in suolo italico¹¹. Dichiarò di non voler accogliere più accuse di lesa maestà¹², *crimen* che non intese applicare nemmeno ai cristiani¹³. Proibì di condannare in

ultima A. BELLODI ANSALONI, 'Ad eruendam veritatem'. *Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, Bologna, 2011, 252 ss.

⁸ Ulp. 8 *de off. procons.* D. 47.11.6.1: *Onerant annonam etiam staterae adulterinae, de quibus divus Traianus edictum proposuit, quo edicto poenam legis Corneliae in eos statuit, perinde ac si lege testamentaria, quod testamentum falsum scripsisset signasset recitasset, damnatus esset.*

⁹ Ulp. 8 *de off. procons.* D. 47.14.3.3: *Receptores abigeorum qua poena plecti debeant, epistula divi Traiani ita cavetur, ut extra terram Italiam decem annis relegantur.*

¹⁰ Marc. 14 *inst.* D. 48.13.5.4.(4.7): *Sed et si de re civitatis aliquid subripiat constitutionibus principum divorum Traiani et Hadriani cavetur peculatus crimen committi et hoc iure utimur.*

¹¹ Plin. *ep.* 6.19.4: *... nam sumptus candidatorum, foedos illos et infames, ambitus lege restrinxit; eosdem (scil. candidati) patrimoniū tertiam partem conferre iussit in ea, quae solo continentur ..*, su cui v. da ultimo A. TRISCIUOGLIO, *Studi sul 'crimen ambitus' in età imperiale*, Napoli, 2017, 52 ss., con altra bibliografia.

¹² Su questo ci informa Plin. *ep.* 10.82(86): *Traianus Plinio 1-2: 1. Potuisti non haerere, mi Secunde carissime, circa id, de quo me consulendum existimasti, cum propositum meum optime nosse non ex metu nec terrore hominum aut criminibus maiestatis reverentiam nomini meo adquiri. 2. Omissa ergo ea quaestione, quam non admitterem, etiamsi exemplis adiuvaretur ...*

¹³ Plin. *ep.* 10.96-97. Sulla questione v., tra i più recenti, R. TEJA, 'Conquirendi non sunt. Traiano', *Plinio y los cristianos*, in *Traiano emperador de Roma*, a cura di J. Gonzalez, Roma, 2000, 481 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Sul fondamento giuridico delle persecuzioni dei cristiani*, in *Cristiani nell'impero romano. Giornate di Studio*, S.

contumacia¹⁴; ordinò di ridurre al minimo il carcere preventivo, sollecitando gli interrogatori¹⁵; vietò che durante gli interrogatori si facessero all'imputato domande capziose o suggestive¹⁶; fu ostile alle denunce anonime¹⁷ e sancì definitivamente il principio per cui non fosse giusto condannare in casi opinabili.

Bene, proprio su quest'ultimo aspetto intendo soffermarmi, un profilo, quello della presunzione d'innocenza, che pone in evidenza lo sforzo compiuto da Traiano, il massimo concepibile nei limiti della mentalità antica, di attenersi al rispetto della *libertas*, dai

Lucio del Sannio-Benevento 22, 29 marzo e 5 aprile 2001, Napoli, 2002 (Relazione presso l'Associazione di Studi Tardoantichi del 17 febbraio 2009, disponibile online all'indirizzo: <http://www.studiotardoantichi.org>, sez. conferenze, 11 ss.); F. COSTABILE, *I processi contro i cristiani e la coerenza giuridica di Traiano*, in 'Fides' 'Humanitas' 'Ius', in *Studi in onore di L. Labruna*, II, Napoli, 2007, 1169 ss., con bibliografia; ID., *Storia*, cit., 395 ss.; D. ANNUNZIATA, 'Opulentia ecclesiae'. *Alle origini della proprietà ecclesiastica*, Napoli, 2017, part. 11 ss.

¹⁴ Ulp. 7 *de off. procons.* D. 48.19.5 pr. (su cui vedi oltre § 3).

¹⁵ Ulp. 7 *de off. procons.* D. 2.12.9: *Divus Traianus Minicio Natali rescripsit ferias a forensibus tantum negotiis dare vacationem, ea autem, quae ad disciplinam militarem pertinent, etiam feriatibus peragenda: inter quae custodiarum quoque cognitionem esse.* Sul testo cfr. per tutti A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano dai Severi a Giustiniano*, Bari, 1994, 53 s. Sul tema della carcerazione preventiva in diritto romano, con particolare riferimento all'età repubblicana, si veda il recente contributo di M. SCOGNAMIGLIO, *Lucio Vettio e i limiti alla carcerazione preventiva*, in *RDR*, 18, 2018, 1 ss., ove altra bibliografia sull'argomento.

¹⁶ Ulp. 8 *de off. procons.* D. 48.18.1.21: *Qui quaestionem habiturus est, non debet specialiter interrogare, an Lucius Titius homicidium fecerit, sed generaliter, quis id fecerit: alterum enim magis suggerentis quam requirentis videtur, et ita divus Traianus rescripsit*, su cui, da ultimi, A. BELLODI ANSALONI, *Alle origini del divieto di domande suggestive ai testimoni*, *Scritti in onore di G. Melillo*, I, a cura di A. Palma, Napoli, 2009, 85 ss. (anche in 'Ad eruendam veritatem', cit., 145 ss.); F. FASOLINO, *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza*, in *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, a cura di L. Solidoro, Torino, 2016, 47 s.

¹⁷ Cfr. Plin. *ep.* 10.97(98).2: *Sine auctore vero propositi libelli <in> nullo crimine locum habere debent Nam et pessimi exempli nec nostri saeculi est.*

romani intesa come un valore, e che precorre, sia pure in maniera del tutto embrionale, le idee illuministiche, nell'ottica delle quali il canone *in dubio pro reo* assurso a valore umano, e come tale non più legato alla *civitas*.

2. I precedenti della *'regula in dubio pro reo'*

Conviene intanto ricordare come il richiamo alla mancanza di prove concrete, argomento da spendere per tentare di far assolvere il proprio assistito, fosse stata una tattica retorica utilizzata nella pratica forense già ai tempi di Cicerone¹⁸: di essa si avvale infatti lo stesso oratore nella *pro Roscio Amerino*, l'arringa pronunciata nell'80 a.C. in difesa di un giovane nobile di Ameria, accusato di parricidio.

L'accusa celava vantaggi di personaggi influenti dell'epoca (tra cui quelli di Lucio Cornelio Crisogono, potente liberto del dittatore Silla) i quali intendevano impossessarsi delle vaste proprietà terriere di Sesto Roscio padre, facendo ricadere sul figlio,

¹⁸ Sull'oratoria forense ciceroniana cfr. G. PUGLIESE, *Cicerone tra retorica e diritto*, in *Studi in onore di A.C. Jemolo*, Milano, 1963, 561 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1985, 561 ss.); G. BROGGINI, *L'arte forense di Cicerone*, in *Jus*, 14, 1963, 109 ss.; più di recente v. altresì E. NARDUCCI, *Cicerone e l'eloquenza romana. Retorica e progetto culturale*, Roma-Bari, 1997; ID., *Cicerone. La parola e la politica*, Bari, 2009; G. SPOSITO, *Il luogo dell'oratore. Argomentazione topica e retorica forense in Cicerone*, Napoli, 2001; *adde Eloquenze ed astuzie della persuasione in Cicerone. Atti del 5 'Symposium Ciceronianum Arpinas': Arpino 7 maggio 2004*, a cura di E. Narducci, Firenze, 2005, e *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, a cura di B Santalucia, Pavia, 2009. In generale, sulla dottrina retorica romana cfr. poi il recente volume di A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, 'actor veritatis'.* *Studi di retorica e deontologia forense*, Bologna, 2016, con ampia bibliografia sul tema.

unico erede legittimo, la responsabilità dell'omicidio del genitore¹⁹. Cicerone, ancora agli inizi della sua carriera di avvocato, non dovette tralasciare alcuna strategia per garantire al suo assistito la migliore difesa possibile. Dopo aver parlato in generale del *crimen* di cui era accusato il suo cliente, un crimine estremo, al quale non si può credere con leggerezza, né il giudizio può basarsi su una semplice congettura, né su testimonianze poco sicure, né la sentenza può essere determinata da un accusatore di talento, rappresentando esso un misfatto contro natura, connotato da tratti di empietà e disumanità tali da far assimilare il parricida ad un *monstrum* o un *portentum*, e che, conseguentemente, parricida non si diventa all'improvviso, ma dopo un passato ricco di malefatte, una vita di depravazione²⁰, che porta ad avvicinare il parricida ad uno squilibrato mentale²¹, Egli riferisce un episodio di cronaca recente, destinato a diventare un caso di scuola²², che probabilmente doveva essere ancora presente nella memoria dei giudici:

Cic. *pro Rosc. Am.* 23.64-65: 64. *Non ita multis ante annis aiunt*

¹⁹ Cfr. in proposito il recente contributo di F. FASOLINO, *Regole*, cit., 39 ss.

²⁰ Sulla rilevanza della condotta e della vita del reo antecedente al reato commesso nell'esperienza processuale romana cfr. N. DONADIO, *Documentum supplicii* e *documentum criminis*. *Il corpo del reo tra precetto e sanzione nel mondo antico*, Napoli, 2017, 54 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza dell' 'anteacta vita' nell'esperienza processuale romana tra insegnamento retorico, pratica forense e considerazione giurisprudenziale e normativa*, in *AUPA*, 60, 2017, 117 ss.

²¹ Cic. *pro Rosc. Am.* 22.62-63.

²² L'episodio in parola è riportato, infatti, anche da Val. Max. 8.1.13: ... *Cum parricidii causam fratres Caelii dicerent splendido Tarracinae loco nati, quorum pater T. Caelius in cubiculo quiescens, filiis altero cubantibus lecto, erat interemptus, neque aut servus quisquam aut liber inveniretur, ad quem suspicio caedis pertineret, hoc uno nomine absoluti sunt, quia iudicibus planum factum est illos aperto ostio inventos esse dormientes. Somnus innoxiae securitatis certissimus index miseris opem tulit: indicatum est enim rerum naturam non recipere ut occiso patre supra vulnera et cruorem eius quientem capere potuerint.*

T. Caelium quendam, Terracinensem, hominem non obscurum, cum cenatus cubitum in idem conclave cum duobus adolescentibus filiis isset, inventum esse mane ingulatum. Cum neque servus quisquam reperiretur neque liber, ad quem ea suspicio pertineret, id aetatis autem duo filii propter cubantes ne sensisse quidem se dicerent, nomina filiorum de parricidio delata sunt. Quid poterat tam esse suspiciosum aut tam inauditum? Neutrumne sensisse? Ausum autem esse quemquam se in id conclave committere eo potissimum tempore cum ibidem essent duo adolescentes filii, qui et sentire et defendere facile possent? Erat porro nemo, in quem ea suspicio conveniret. 65. Tamen, cum planum iudicibus esset factum aperto ostio dormientis eos repertos esse, iudicio absoluti adolescentes et suspicione omni liberati sunt. Nemo enim putabat quemquam esse qui, cum omnia divina atque humana iura scelere nefario polluisset, somnum statim capere potuisset, propterea quod, qui tantum facinus commiserunt, non modo sine cura quiescere, sed ne spirare quidem sine metu possunt.

Non molti anni fa – racconta l’Arpinate – un tal T. Celio di Terracina, persona abbastanza nota, cenò e se ne andò a dormire con i suoi due giovani figli nella stessa stanza: l’indomani mattina fu trovato soffocato. Nessun’ombra di sospetto su nessuno, né schiavo né uomo libero; ma nonostante i due giovani figli, che pure gli dormivano accanto, affermassero di non essersi accorti di niente, furono ugualmente denunciati sotto l’accusa di parricidio. Quale altro elemento avrebbe potuto destare un sospetto più fondato o essere più incredibile? Possibile che nessuno dei due si fosse accorto di nulla? Che qualcuno avesse osato entrare in quella stanza, soprattutto quando vi si trovavano i due ragazzi che potevano facilmente sentire e correre in aiuto? Per di più, non c’era nessuno che potesse essere sospettato di quel delitto. Pur tuttavia i giudici, acquisita la certezza che all’apertura della porta i figli erano stati trovati a dormire tranquillamente, li assolsero, dissipando ogni ombra di sospetto che gravava su di loro; ché, a giudizio di tutti, non poteva esistere un uomo capace di prendere immediatamente

sono dopo aver violato tutte le leggi divine e umane con un delitto sì orrendo; chi infatti commette un'azione sì nefanda, ben lungi dal poter riposare tranquillamente, non potrebbe nemmeno respirare senza sentirsi prendere dalla paura.

I giudici, allora, di fronte al dubbio sorto dall'atteggiamento tenuto dai figli, trovati a dormire serenamente accanto al padre che, secondo l'accusa, avrebbero appena ucciso, in mancanza di altre prove concrete, ritennero di dover assolvere i ragazzi nei cui confronti vi erano solo sospetti, peraltro generati esclusivamente in via congetturale dalle medesime circostanze oscure dell'accaduto.

È forse troppo affermare che Cicerone, pur non invocando espressamente il principio di non colpevolezza, ne avrebbe fornito comunque un'applicazione tangibile, ponendo in luce così la sua non estraneità al mondo del diritto dell'epoca²³. Il richiamo alla mancanza di prove certe sembra abbia costituito piuttosto per l'oratore solo un valido argomento retorico cui appigliarsi a fini processuali. Un argomento, tra l'altro, probabilmente già sfruttato in passato con successo, dato che, nell'episodio da Lui rammentato, i giudici, per quella stessa ragione, si convinsero ad assolvere i due giovani, i quali, viste le circostanze, difficilmente avrebbero potuto compiere un sì terribile misfatto. Su questa base Cicerone conclude conseguentemente che il parricidio, “quanto meno è credibile se

²³ «Difficilmente», si è detto, «Cicerone, da avvocato alle prime esperienze, ma desideroso di affermarsi, in un processo così delicato e complesso, sia per la gravità dell'accusa mossa al suo assistito, sia per l'intervento, contro quest'ultimo, di potenti personaggi da dietro le quinte, avrebbe messo a rischio il buon esito del suo patrocinio utilizzando tattiche difensive che, se correlate all'invocazione di principi innovativi o, comunque, poco diffusi e noti, probabilmente non avrebbero sortito alcun effetto positivo sui giudici, rischiando addirittura di essere controproducenti rispetto all'obiettivo finale di far scagionare l'imputato»: così F. FASOLINO, *Regole*, cit., 41.

non è evidente, tanto più va punito se è provato” (*pro Rosc. Am.* 24.69)²⁴.

²⁴ Alla c.d. presunzione d'innocenza è oggi strettamente connesso anche il canone per cui l'onere della prova spetta all'accusa, non alla difesa. A ciò si arrivò pure nel mondo romano, come vedremo più oltre, ma solo in seguito al consolidarsi del principio di non colpevolezza che, come si è detto, ai tempi dell'Arpinate era invocato solo come espediente retorico. Diversamente orientata è tuttavia la dottrina più recente, che si basa in proposito su un'altra orazione di Cicerone: la *pro Cluentio*. Quest'ultima fu pronunciata nel 66 a.C., dinnanzi alla *quaestio de sicariis et veneficiis*, in difesa del discendente di una facoltosa ed influente famiglia di *equites* di Larino, Aulo Cluenzio Abito, accusato di aver ucciso per avvelenamento il suo patrigno. Ecco il punto che ci interessa: Cic. *pro Cluent.* 1.3.7: *Ego me, iudices, ad eam causam accedere quae iam per annos octo continuos ex contraria parte audiatur atque ipsa opinione hominum tacita prope convicta atque damnata sit, facile intellego; sed si qui mihi deus vestram ad me audiendum benivolentiam conciliarit, efficiam profecto ut intellegatis nihil esse homini tam timendum quam invidiam, nihil innocenti suscepta invidia tam optandum quam aequum iudicium, quod in hoc uno denique falsae infamiae finis aliqui atque exitus reperiatur.* Di fronte a tante difficoltà, afferma Cicerone, mi conforta il pensiero che voi, quando porgete l'orecchio alle accuse, avete l'abitudine di esigerne integralmente la confutazione dall'avvocato difensore, ritenendo che non tocchi a voi concedere all'imputato, in ordine all'assoluzione, più di quanto il suo difensore sia riuscito a ottenere con la confutazione delle accuse e a dimostrare inoppugnabilmente con la sua parola. Per quanto invece concerne l'invidia, dovete pronunciarvi tra noi e la controparte in base non già alla riflessione sul contenuto delle nostre argomentazioni, bensì sulla loro opportunità; le accuse specifiche espongono, infatti, esclusivamente Cluenzio al rischio della condanna, mentre l'invidia coinvolge tutti. A questo riguardo si è detto che Cicerone avrebbe fatto riferimento, criticandola, alla prassi secondo la quale sarebbero state le giurie giudicanti a pretendere che fosse il difensore dell'imputato a scagionarlo dalle accuse rivoltegli, prassi scaturita dal comportamento normalmente tenuto dagli avvocati difensori, i quali non si sarebbero limitati ad esigere dalla controparte la prova dell'accusa, bensì si sarebbero affannati a provare essi stessi l'innocenza del proprio assistito. Il che avrebbe determinato un vero e proprio capovolgimento del ruolo delle parti nel processo, con riferimento appunto all'onere della prova, che Cicerone

Che comunque la scelta strategica difensiva di Cicerone non fosse avventata, ma poggiasse su una riconosciuta prudente disposizione mentale dei giudicanti, e quindi su una realtà di fatto in base alla quale, se non si fosse raggiunta la convinzione assoluta

contesta, invocandone una corretta applicazione: così F. FASOLINO, *Regole*, cit., 43 ss., sulla scia di V. GIUFFRÉ, *Imputati, avvocati e giudici nella «pro Cluentio» ciceroniana*, Napoli, 1993, 191 ss.; ID., *Legalità, terzietà, presunzione di innocenza a Roma Antica*, in *Divagazioni intorno al diritto romano*, Napoli, 2014, 29 ss. Ma, a mio avviso, il discorso di Cicerone non riguarda l'onere della prova, avendo ad oggetto semplicemente da un lato la confutazione dell'accusa intentata, per la quale bisognava dare dimostrazione dell'inesistenza del crimine commesso dall'accusato e la confutazione di una voce pubblica ostile all'accusato, la c.d. *invidia*, in riferimento alla quale i giudici avrebbero dovuto dare ascolto non a quanto l'avvocato difensore avrebbe potuto dire a discolpa del suo cliente, ma a quanto fosse opportuno dire, trattandosi, nel primo caso, di tutelare l'interesse del solo accusato, nel secondo, invece, di salvaguardare un interesse dell'intera collettività a non far prevalere ostilità tendenziose contro i propri membri. Qui, dunque, Cicerone si limita semplicemente a distinguere tra la prova dell'insussistenza del crimine, che spetta sempre all'accusato, e la smentita di una voce pubblica a lui ostile, della quale era doveroso che se ne occupassero anche i giudici: in tal senso cfr. d'altronde già G. PUGLIESE, *Un nuovo esame della ciceroniana «pro Cluentio»*, in *Labeo*, 15, 1994, 249 s. Che la procedura penale romana peccasse, per certi versi, d'incoerenza, è del resto dimostrato anche dal fatto che ancora ai tempi di Plinio si concedeva solo all'accusatore il diritto di obbligare a comparire i testimoni a proprio favore, non all'accusato, il quale doveva accontentarsi invece dei soli volontari. In base a quanto afferma Quintiliano (*inst. orat.* 5.7.9), infatti, vi erano due generi di testimoni: quelli volontari, che erano a disposizione di entrambe le parti, e quelli che, invece, nei pubblici giudizi ricevevano un'intimazione a comparire, concessi solo agli accusatori: cfr. sul punto F. TRISOGLIO, in *Opere di Plinio Cecilio Secondo*, I, Torino, 1973, 584, nt. 468, ma soprattutto F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del Senato*, Milano, 1957, 105 ss.; U. VINCENTI, «*Duo genera sunt testium*» *Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova, 1989, 43 ss., part. 68 s.; da ultimo A. TRISCIUOGGIO, *Studi*, cit., 44 e nt. 122, con altra bibliografia. Su questa problematica v. oltre § 4, *Plin. ep.* 5.20.

circa la colpevolezza dell'accusato, non sarebbe stato opportuno pronunciare una sentenza di condanna, trova conferma in una notizia che ci proviene da un'*epistula ad Lucilium* di Seneca:

Sen. ep. 10.81.26: *Quemadmodum reus sententiis paribus absolvitur et semper quidquid dubium est humanitas inclinatur in melius, sic animus sapientis, ubi paria malefactorum merita sunt, desinit quidem debere, sed non desinit velle debere, et hoc facit quod qui post tabulas novas solvunt.*

La lettera tratta dei benefici e della gratitudine. In questo contesto Seneca pone una correlazione tra quanto avveniva nell'ambito delle giurie giudicanti, ove a parità di voti l'imputato era assolto, e l'*humanitas* che deve sempre ispirare l'uomo saggio, il quale dovrà mostrarsi incline ad interpretare nel senso migliore ciò che è dubbio. La notizia, al di là delle implicazioni che il filosofo ne trae, permette di concludere che, quanto meno a partire dal processo accusatorio delle *quaestiones*, di fronte a collegi giudicanti che non riuscivano a raggiungere una maggioranza in un senso o nell'altro, si fosse soliti assolvere appunto l'imputato²⁵. Già nella realtà processuale della tarda repubblica e del primo principato, dunque, i casi indefiniti dovettero essere risolti nella prassi in modo favorevole al reo²⁶.

²⁵ La votazione delle giurie permanenti avveniva, infatti, deponendo in un'urna una tavoletta con su scritto A (*absolvo*) o C (*condemno*). Al presidente della giuria non restava che proclamare l'assoluzione o la condanna dell'imputato che, quindi, sulla base della notizia che ci dà Seneca, poteva anche essere prosciolto nel caso di parità di voti. In questa ipotesi, in ultima analisi, si avvantaggiava sempre l'imputato. Sulla procedura di votazione delle diverse *quaestiones* v. per tutti B. SANTALUCIA, in M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano, 1989, 286; V. GIUFFRÉ, *La repressione*, cit., 84.

²⁶ Il che, *a fortiori*, dovette accadere in sede di *cognitio extra ordinem*, in seguito, appunto, all'affermarsi del principio della 'presunzione d'innocenza'. Su ciò ci informa, infatti, Paul. 17 *ad ed.* D. 42.1.38: *Inter pares numero iudices si dissonae*

3. Il rescritto traiano tramandatoci da Ulpiano

La presunzione d'innocenza fece comunque il suo ingresso ufficiale nel mondo giuridico grazie soprattutto alle idee portate avanti da esponenti della corrente stoica come Seneca, a giudizio del quale, appunto, *semper quidquid dubium est humanitas inclinatur in melius*²⁷. Proprio agli inizi del II sec. si colloca, infatti, la prima affermazione formale del principio del quale stiamo discutendo. Trattasi di un rescritto dell'imperatore Traiano, tramandatoci dal giurista Ulpiano e contenuto in un brano del suo settimo libro *de officio proconsulis*, successivamente raccolto dai Compilatori in

D. 48.19.5 pr.: *Absentem in criminibus damnari non debere divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit. Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Traianus Adsidio Severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari. Adversus contumaces vero, qui neque denuntiationibus neque edictis praesidium obtemperassent, etiam absentes pronuntiari oportet secundum morem privatorum iudiciorum. Potest quis defendere haec non esse contraria, quid igitur est? melius statuatur in absentes pecuniarias quidem poenas vel eas, quae existimationem contingunt, si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse et usque ad relegationem procedi: verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metallum vel capitis poenam, non esse absentibus irrogandam.*

sententiae proferantur, in liberalibus quidem causis, secundum quod a divo Pio constitutum est, pro libertate statutum obtinet, in aliis autem causis pro reo. Quod et in iudiciis publicis obtinere oportet. Sul testo cfr. A. LÓPEZ PEDREIRA, *Algunas reflexiones acerca de la presunción de inocencia en el ámbito penal romano, Fundamenta iuris. Terminologia, principios e interpretatio*, Almería, 2013, 381 s.

²⁷ Sul concetto di *humanitas* rinvio ai miei *Studi sulla 'pro herede gestio'*, II. *La valutazione dell' 'animus' nel «gerere pro herede»*, Milano, 1999, 127 s. e nt. 137; adde altresì F. FASOLINO, *Regole*, cit., 45; 48 s., con altra bibliografia.

Il giurista di Tiro ci dà notizia di alcuni importanti provvedimenti presi dall'Imperatore nel settore del diritto criminale. Nel primo rescritto, indirizzato ad un tal Giunio Frontone, Traiano avrebbe sancito il principio che non è possibile condannare l'accusato che risulta assente in un procedimento penale²⁸. Nel secondo, indirizzato questa volta ad un certo Adsidio Severo, si sarebbe espresso nel senso che neppure si può condannare sulla base di semplici sospetti: in tale ipotesi, infatti, come si dice espressamente nel testo, 'è sicuramente preferibile che il colpevole di un delitto rimanga impunito, piuttosto che un innocente venga ingiustamente condannato'. Il frammento continua poi con l'illustrare le direttive date dall'Imperatore circa la disciplina da adottare nelle ipotesi in cui gli imputati fossero assenti ovvero contumaci, prescrivendo che, conformemente a quanto già avveniva nel processo civile, contro costoro fosse consentito comminare sanzioni di tipo patrimoniale ma non pene gravi quali la condanna ai lavori forzati o quella di morte²⁹, potendosi, tuttavia, giungere sino alla *relegatio in insulam* nei confronti di colui che, nonostante le diverse intimidazioni ricevute, si fosse rifiutato di presenziare al processo³⁰.

²⁸ Su quest'aspetto si rinvia al lavoro monografico di L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, Roma, 1992, 15 ss.; 97 ss.; 125 s.; adde A. BELLODI ANSALONI, *Riflessioni sulla condotta processuale di Gesù davanti a Pilato*, in *Studi in onore di G. Nicosia*, I, Milano, 2007, 458 s. e nt. 37; S. SCIORTINO, *Sull'assenza dell'imputato nel processo criminale romano*, in *AUPA*, 60, 2017, 218 ss., con ampia bibliografia sul tema.

²⁹ Cfr. in questa direzione anche Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.15.1, che riporta il principio alla *lex Iulia de adulteriis*, riguardo però agli assenti *rei publicae causa*; cfr. altresì Marc. 2 *publ.* D. 48.5.17.1, che riferisce di analoghi provvedimenti presi dai *divi Severus et Antoninus*; vedi, infine, C. 9.2.6, contenente una costituzione dell'imperatore Gordiano, accolta pure da Giustiniano.

³⁰ Il passo in discussione è stato attenzionato dalla dottrina, sotto il profilo che ci riguarda, anche in passato: v. M.A. DE DOMINICIS, *Ancora sulla formula*

Certo, non è possibile sapere con sicurezza se la frase *satius-dammari* fosse già contenuta nel rescritto ovvero debba attribuirsi ad Ulpiano, come in effetti si è ritenuto più probabile, potendo aver voluto il giurista enunciare con essa la *ratio* sottesa al rescritto imperiale. Non può escludersi comunque che con tale espressione si sia voluto sintetizzare un principio che si era venuto consolidando nel tempo grazie alle pronunce imperiali in questa direzione e in base al quale, per poter emettere una sentenza di condanna, bisognava acquisire prove effettive e certe in ordine alla colpevolezza dell'imputato. Né è poi privo di significato il fatto che la regola sia stata esposta nel libro *de officio proconsulis*, opera rivolta ai governatori delle provincie nell'esercizio delle loro funzioni, tra le quali rientrava appunto anche l'amministrazione della giustizia.

Da quanto riferito da Ulpiano si ricava dunque come il canone secondo il quale, in caso di semplici *suspiciones*, si dovesse decidere in senso favorevole all'imputato, sia stato ufficializzato per la prima volta in sede di *cognitio extra ordinem*. Detta formalizzazione dovette inoltre avere una matrice stoica ed ideologica ben precisa, alla quale l'Imperatore ritenne opportuno ispirarsi. Se, infatti, all'*in dubio pro reo* si appoggiava già Cicerone come espediente retorico utile ai fini della discussione della causa e volto alla difesa del suo cliente, se ad esso era solito ispirarsi il magistrato nei processi innanzi alle *quaestiones*, in caso di parità di voti emessi dai componenti le giurie permanenti, il *'favor rei'* si trasformò in vero e proprio principio di diritto nel clima culturale e filosofico che caratterizzò l'impero

dubitativa, in *Arch. pen.*, 21, 1965, 535 s.; di recente cfr. altresì A. LÓPEZ PEDREIRA, *Algunas reflexiones*, cit., 373 ss., part. 378 s.; F. FASOLINO, *Alle origini del principio 'in dubio pro reo'*, in *Scritti per A. Corbino*, II, Tricase (LE), 2016, 567 ss., part. 570 ss.; ID., *Regole*, cit., 45 ss.; G. CIVELLO, *Recensione a Regole e garanzie*, cit., in *Arch. pen.*, 2017, 2, 3 s.; A.M. MANDAS, *Il processo contro Paolo di Tarso. Una lettura giuridica degli atti degli apostoli (21.27-28.31)*, Napoli, 2017, 217, nt. 231.

romano tra il I e III sec. d.C.³¹, trovando in Traiano il suo più valido assertore.

4. Altre pronunce di Traiano in materia

Due episodi riferiti da Plinio nel suo epistolario confermano d'altronde appieno l'attendibilità della notizia ulpiana circa l'orientamento di Traiano in materia³².

Il primo riguarda il processo intentato dai Bitini contro il proconsole Rufo Vareno³³, accusato di *repetundae*, un processo celebrato poco tempo dopo quello di Giulio Basso, in cui gli stessi Bitini avevano voluto Vareno come avvocato³⁴. Il processo si svolse innanzi al Senato di Roma³⁵. Plinio, difensore di

³¹ Sulla matrice stoica del principio ha insistito di recente anche F. FASOLINO, *Regole*, cit., 47 ss.

³² Non ritengo opportuno, in questa sede, entrare nel merito della dibattuta questione riguardante l'opera pliniana, se essa cioè sia il frutto di una corrispondenza reale o fittizia, trattandosi di un dibattito estremamente complesso ed articolato, anche se propenderei per la natura reale della stessa, visto che le *epistulae* volte ad illustrare importanti processi in cui Plinio fu coinvolto nella veste di avvocato o di giudice, come appunto quelle alle quali faremo riferimento, in effetti sembrano presentarsi come il resoconto di una esperienza giudiziaria realmente vissuta. Sull'argomento rinvio al recente contributo di F. PROCCHI, *Plinio il Giovane e la difesa di C. Iulius Bassus. Tra norma e persuasione*, Pisa, 2013, 55 ss.; 69 e 125, con ampia letteratura sul tema.

³³ Su questo personaggio e sul suo processo cfr. A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary*, Oxford, 1966 (rist. Oxford, 1968), 352 ss.; 359 ss.; 369; 390; 407 ss. Altra bibliografia in F. PROCCHI, *Plinio il Giovane*, cit., 42, nt. 96.

³⁴ Su cui v. *amplius* F. PROCCHI, *Plinio il Giovane*, cit., 52 ss.

³⁵ Sulla funzione giudiziaria penale del Senato nell'età del Principato cfr. per tutti F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale*, cit., 20 ss.; più di recente, EAD., 'Cognitio senatus'. *Origini, competenze, forme processuali*, in *Gli*

Vareno³⁶, racconta che quest'ultimo aveva reclamato l'autorizzazione anche per sé di citare testimoni a propria difesa, una richiesta *nec lege comprehensam nec satis usitatam*³⁷, ma alla fine accolta su proposta di Cornelio Prisco:

Plin, *ep.* 5.20.1³⁸: *Iterum Bithyni: breve tempus a Iulio Basso, et Rufum Varenum proconsulem detulerunt, Varenum, quem nuper adversus Bassum advocatum et postularant at acceperant. 2: Inducti in senatum inquisitionem postulaverunt. Varenus petit, ut sibi quoque defensionis causa evocare testes liceret; recusantibus Bithynis cognitio suscepta est. Egi pro Vareno non sine eventu ...*

Tale autorizzazione, tuttavia, fu contestata soprattutto da Licinio Nepote, già pretore nel 105 d.C.³⁹ che, in una successiva adunanza del Senato, riportò la discussione sulla questione, anche se ormai decisa:

Plin, *ep.* 6.5.1: *Scripseram tenuisse Varenum, ut sibi evocare testes liceret; quod pluribus aequom, quibusdam iniquom et quidem pertinaciter*

ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. 'Princeps' e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano, Atti Convegno Copanello 5-8 giugno 1996, Napoli, 1999, 369 ss.; F. ARCARIA, 'Senatus censuit'. Attività giudiziaria ed attività normativa del Senato in età imperiale, Milano, 1992, 15 ss., con altra letteratura sul tema.

³⁶ Del collegio difensivo facevano parte, assieme a Plinio, *Iunius Homullus* e *Catius Fronto*: cfr. F. PROCCHI, *Plinio il Giovane*, cit., 42; 85.

³⁷ Vedi sopra, nt. 24.

³⁸ La missiva è indirizzata a *Cornelius Ursus*, al quale sono indirizzate anche *ep.* 6.5 e 13, riguardanti lo stesso caso: su questo personaggio cfr. A. STEIN, voce '*Cornelius Ursus*', in *RE*, 4.1, Stuttgart, 1900, 1591, e, da ultimo, F. PROCCHI, *Plinio il Giovane*, cit., 73 s., con altra bibliografia.

³⁹ Cfr. A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters*, cit., 308 s.; 336; 359 s., che lo qualifica «expert in criminal law»; M. PANI, *Potere e valori a Roma fra Augusto e Traiano*, Bari, 1992, 127 s. e nt. 34.

visum, maxime Licinio Nepoti, qui sequenti senatu, cum de rebus aliis referretur, de proximo senatus consulto disseruit finitamque causam retractavit.

La querelle non finì lì⁴⁰. Il decreto senatorio che concedeva anche all'accusato il diritto di obbligare a comparire i testimoni a suo favore fu impugnato innanzi ai Consoli, sotto la cui presidenza operava *extra ordinem* il Senato, dagli stessi Bitini, i quali presentarono ufficialmente le loro lagnanze all'Imperatore. Quest'ultimo, essendo lontano da Roma, rimandò la questione al Senato che, con grande coerenza, riconfermò l'antica decisione⁴¹.

Ma la cosa davvero rara e sorprendente agli occhi di Plinio fu che ad un certo momento i Bitini decisero di lasciare cadere l'accusa:

Plin. ep. 7.6.1-7: 1. *Rara et notabilis res Vareno contigit, sit licet adhuc dubia. Bithyni accusationem eius ut temere incohatam omisisse narrantur.* «Narrantur» dico? *Adest provinciae legatus, attulit decretum concilii*

⁴⁰ Plin. ep. 6.5.2: *Addidit etiam petendum a consulibus, ut referrent sub exemplo legis ambitus de lege repetundarum, an placeret in futurum ad eam legem adici, ut sicut accusatoribus inquirendi testibusque denunciandi potestas ex ea lege esset, ita reis quoque fieret: cfr. anche F. DE MARINI AVONZO, La funzione, cit., 106 s.; U. VINCENTI, «Duo genera sunt testium», cit., 50 s.; 69; A. TRISCIUOGLIO, Studi, cit., 43 s. (ove altra bibliografia).*

⁴¹ Plin. ep. 6.13. 1-5: 1. *Umquamne vidisti quemquam tam laboriosum et exercitum quam Varenum meum? Cui, quod summa contestatione impetraverat, defendendum et quasi rursus petendum fuit.* 2. *Bithyni senatus consultum apud consules carpere ac labefactare sunt ausi atque etiam absenti principi criminari: ab illo ad senatum remissi non destiterunt. Egit Claudius Capito irreverenter magis quam constanter, ut qui senatus consultum apud senatum accusaret. Respondit Fronto Catius graviter et firme.* 3. *Senatus ipse mirificus; nam illi quoque, qui prius negarant Vareno, quae petebat, eadem danda, postquam erant data, censuerunt.* 4. *singulos enim integra re dissentire fas esse, peracta, quod pluribus placuisset, cunctis tuendum.* 5. *Acilius tantum Rufus et cum eo septem an octo, septem immo, in priore sententia perseverarunt. Erant in hac paucitate non nulli, quorum temporaria gravitas vel potius gravitatis imitatio ridebatur.*

ad Caesarem, attulit ad multos principes viros, attulit etiam ad nos, Vareni advocatos. 2. Perstat tamen idem ille Magnus; quin etiam Nigrinum, optimum virum, pertinacissime exercet. Per hunc a consulibus postulabat, ut Varenius exhibere rationes cogeretur. 3. Adsistebam Vareno iam tantum ut amicus et tacere decreveram. Nihil enim tam contrarium, quam si advocatus a senatu datus defenderem ut reum, cui opus esset, ne reus videretur. 4. Cum tamen finita postulatione Nigrini consules ad me oculos retulissent, «scietis», inquam, «constare nobis silentii nostri rationem, cum veros legatos provinciae audientis». Contra Nigrinus: «ad quem missi sunt?» Ego: «ad me quoque; habeo decretum provinciae». 5. Rursus ille: «potest tibi liquere». Ad hoc ego: «si tibi ex diverso liquet, potest et mihi, quod est melius, liquere». 6. Tum legatus Polyaenus causas abolitae accusationis exposuit postulavitque, ne cognitioni Caesaris praeiudicium fieret. Respondit Magnus iterumque Polyaenus. Ipse raro et breviter interlocutus multum me intra silentium tenui. 7. Accepi enim non minus interdum oratorium esse tacere quam dicere, atque adeo repeto me quibusdam capitibus reis vel magis silentio quam oratione accuratissima profuisse.

I Consoli, aderendo all'istanza di Polieno, presidente della seconda ambasceria venuta a ritirare l'accusa, riservarono allora tutta la questione all'Imperatore:

Plin. ep. 7.6.14: ... Consules, ut Polyaenus postulabat, omnia integra principi servaverunt, cuius cognitionem suspensus exspecto. Nam dies ille nobis pro Vareno aut securitatem et otium dabit aut intermissum laborem renovata sollicitudine iniunget.

Al tribunale imperale sarebbe spettato dunque di decidere se accogliere la nuova proposta e far cadere l'accusa, o disporre perché il processo di *repetundae* continuasse. Di ciò ci dà notizie Plinio in:

Plin. ep. 7.10.1-3: 1. Quia ipse, cum prima cognovi, iungere extrema quasi avulsa cupio, te quoque existimo velle de Vareno et Bithynis reliqua

cognoscere. Acta causa hinc a Polyaeno, inde a Magno. 2. Finitis actionibus Caesar «neutra» inquit «pars de mora queretur; erit mihi curae explorare provinciae voluntatem». 3. Multum interim Varenus tulit. Etenim quam dubium est, an merito accusetur, qui an omnino accusetur, incertum est!

Innanzi a Traiano parlarono da una parte Polieno, e dall'altra Magno, capo della delegazione bitinica che era venuta a Roma a sporgere querela contro Vareno. terminate le arringhe, l'Imperatore dichiarò: *neutra pars de mora queretur; erit mihi curae explorare provinciae voluntatem*. Data la contraddittoria posizione delle due delegazioni, giustamente Egli desiderava riflettere sulla decisione ultima da prendere. Plinio non ci informa, in effetti, dell'esito conclusivo della vicenda, lasciando tuttavia ben sperare il suo cliente con una chiara riflessione generica sulla sua presunzione d'innocenza, plausibilmente consapevole del fatto che, di fronte a casi ambigui, il suo Imperatore si sarebbe ispirato al principio *in dubio pro reo: etenim quam dubium est, an merito accusetur, qui an omnino accusetur, incertum est!*

Più esplicito è il riferimento alla presunzione d'innocenza nel secondo episodio, quello relativo alla vicenda di Flavio Archippo:

Plin. ep. 10.58(66) C. Plinius Traiano Imperatori 1-4: 1. *Cum citarem iudices, domine, conventum incobaturus, Flavius Archippus vacationem petere coepit ut philosophus. 2. Fuerunt, qui dicerent non liberandum eum iudicandi necessitate, sed omnino tollendum de iudicum numero reddendumque poenae, quam fractis vinculis evasisset. 3. Recitata est sententia Veli Pauli proconsulis, qua probabatur Archippus crimine falsi damnatus in metallum. Ille nihil proferebat, quo restitutum se doceret; adlegabat tamen pro restitutione et libellum a se Domitiano datum et epistulas eius ad honorem suum pertinentes et decretum Prusensium. Addebat his et tuas litteras scriptas sibi, addebat et patris tui edictum et epistulam, quibus confirmasset beneficia a Domitiano data. 4. Itaque, quamvis eidem talia*

crimina applicarentur, nihil discernendum putavi, donec te consulerem de eo, quod mihi constitutione tua dignum videbatur. Ea, quae sunt utrimque recitata, his litteris subieci.

Plinio era stato nominato governatore della Bitinia⁴² e, in tale qualità, amministrava la giustizia in quella provincia. Egli si trovò allora a dover giudicare il caso di Flavio Archippo, di mestiere filosofo, che, essendo stato inserito nelle liste dei giudici del tribunale del governatore, chiese a Plinio di esserne dispensato appunto *ut philosophus*. Ma la richiesta non ebbe l'accoglimento sperato: *fuertunt*, infatti, *qui dicerent* che Archippo, non tanto si sarebbe dovuto esentare dall'obbligo di giudicare, quanto piuttosto si sarebbe dovuto cancellare del tutto dall'albo dei giurati per essere sottoposto alla pena alla quale era stato condannato per reato di falso dal proconsole Velio Paolo, e alla cui esecuzione si era sottratto⁴³. A sostegno delle loro affermazioni gli accusatori ottennero da Plinio di leggere pubblicamente la sentenza con la quale Velio Paolo aveva condannato Flavio Archippo *in metallum* per *crimen falsi*. Dal canto suo il filosofo, non avendo alcun documento con cui dimostrare di essere stato *restitutus* nella sua onorabilità, *pro restitutione* adduceva una petizione da lui rivolta a

⁴² Sul governatorato pliniano nella provincia senatoria della Bitinia cfr. per tutti A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters*, cit., 80 ss.

⁴³ Sull'episodio v. A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters*, cit., 641 s. Ma cfr. anche V. MAROTTA, *Multa de iure sanxi? Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano, 1988, 229 s.; G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano, 1994, 427 ss., e, più di recente, F. ARCARIA, 'Referre ad Principem'. Contributo allo studio delle 'epistulae' imperiali in età classica, Milano 2000, 198 ss.; ID., «Cognoscere, iudicare, promere et exercere iustitiam». 'Princeps', giudici e 'iustitia' in Plinio il Giovane, Napoli, 2019, 90 ss.; E. GERMINO, *Un caso di esenzione dai 'munera' tra Vespasiano e Traiano. Alcune considerazioni*, in *Scritti in onore di G. Melillo*, I, cit., 451 ss.; ID., *Una vicenda giudiziaria nel carteggio tra Plinio e Traiano*, in *SDHI*, 76, 2010, 3 ss.; cenni in A. LÓPEZ PEDREIRA, *Algunas reflexiones*, cit., 379, nt. 37.

Domiziano, delle lettere di quest'ultimo, molto lusinghiere per lui, e un decreto della città di Prusa. A questi attestati egli affiancava anche una lettera a lui inviata dallo stesso Traiano, cui aggiungeva un *edictum* di Nerva, confirmatorio delle concessioni fatte dai precedenti imperatori⁴⁴, ed una *epistula* ove venivano ribaditi i benefici che Domiziano gli aveva accordato⁴⁵ e che, indirettamente,

⁴⁴ Plin. ep. 10.58(66) *Edictum divi Nervae* 7-9: 7. *Quaedam sine dubio, Quirites, ipsa felicitas temporum edicit, nec exspectandus est in iis bonus princeps, quibus illum intellegi satis est, cum hoc sibi civium meorum spondere possit vel non admonita persuasio, me securitatem omnium quieti meae praetulisse, ut et nova beneficia conferrem et ante me concessa servarem.* 8. *Ne tamen aliquam gaudiis publicis afferat haesitationem vel eorum qui impetraverunt diffidentia vel eius memoria qui praestitit, necessarium pariter credidi ac laetum obviam dubitantibus indulgentiam meam mittere.* 9. *Nolo existimet quisquam, quod alio principe vel privatim vel publice consecutus <sit> ideo saltem a me rescindi, ut potius mihi debeat. Sint rata et certa, nec gratulatio ullius instauratis egeat precibus, quem fortuna imperii vultu meliore respexit. Me novis beneficiis vacare patiantur, et ea demum sciant roganda esse quae non habent.* Sull'editto in esame rinvio a G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 427 s., con bibliografia, cui adde E. GERMINO, *Un caso*, cit., 452 ss.; ID., *Una vicenda*, cit., 10 s.

⁴⁵ A parte l'editto di Nerva, la nostra lettera contiene, infatti, tre *epistulae*: 10.58(66) *Epistula Domitiani ad Terentium Maximum*. 5: *Flavius Archippus philosophus impetravit a me, ut agrum ei ad .C. circa Prusiadam patriam suam emi iuberem, cuius reditu suos alere posset. Quod ei praestari volo. Summam expensam liberalitati meae feres. Eiusdem ad Lappium Maximum*. 6: *Archippum philosophum, bonum virum et professioni suae etiam moribus respondentem, commendatum habeas velim, mi Maxime, et plenam ei humanitatem tuam praestes in iis, quae verecundiae a te desideraverit. Epistula eiusdem (scil. Nervae) ad Tullium Iustum*. 10: *Cum rerum omnium ordinatio, quae prioribus temporibus incobatae consummatae sunt, observanda sit, tum epistulis etiam Domitiani standum est.* Come può ben notarsi, rispetto ai documenti preannunciati manca la sentenza di condanna di Velio Paolo, la petizione di Archippo, il decreto di Prusa e la lettera di Traiano. Al riguardo A.N. SHERWIN-WHITE, *The letters*, cit., 642, suppone che «the dossier has been limited to the perfect presentation of a problem»; ma la supposizione non è parsa convincente a F. TRISOGLIO, in *Opere*, cit., 1038 nt. 354, il quale giustamente osserva come siano stati estrapolati dal contesto in esame proprio quegli «atti che potevano apportare una luce diretta sulla posizione di Archippo» e siano

sarebbero serviti da prova della continuità delle attestazioni di stima di cui egli era stato fatto degno da parte di Domiziano anche sotto il principato di quello⁴⁶.

Visto il delitto così grave di cui Archippo era stato accusato, Plinio ritenne opportuno sottoporre la questione al vaglio dell'Imperatore, perché fosse da lui definita.

Quale sia stato l'esito della vicenda si desume da due successive *epistulae*.

Plin. *ep.* 10.59(67). *C. Plinius Traiano Imperatori: Flavius Archippus per salutem tuam aeternitatemque petit a me, ut libellum, quem mihi dedit, mitterem tibi. Quod ego sic roganti praestandum putavi, ita tamen, ut missurum me notum accusatrici eius facerem, a qua et ipsa acceptum libellum his epistulis iunxi, quo facilius velut audita utraque parte dispiceres, quid statuendum putares.*

Plinio inviò dunque a Traiano la memoria difensiva di Flavio

rimasti documenti generici come «un regalo, una raccomandazione ed i due atti di Nerva che non concernono minimamente il filosofo». Sulla base della constatazione che anche da *epist.* 10.59; 60.2 mancano l'accusa di Furia Prima e l'apologia di Archippo, l'A. pertanto conclude che, quantunque non si possa scartare l'ipotesi «della perdita casuale», «è più probabile che sia stato volutamente omesso quanto riguardava soltanto il filosofo». Su tutta la documentazione addotte da Flavio Archippo in sua difesa v. di recente la dettagliata descrizione fattane da E. GERMINO, *Una vicenda*, cit., 9 ss.; *adde* ID., *Un caso*, cit., 456 ss.

⁴⁶ Per questa indiretta conferma Plinio adduceva, infatti, l'*epistula* di Nerva al proconsole della Bitinia Tullio Giusto, che è stata da noi riportata nella nota precedente.

Archippo ed il *libellus* di accusa di Furia Prima⁴⁷ perché, ascoltate le ragioni di entrambe le parti, il *Princeps* potesse pronunciarsi circa la decisione che bisognava adottare⁴⁸.

Plin. ep. 10.60(68). *Traianus Plinio* 1-2: 1. *Potuit quidem ignorasse Domitianus, in quo statu esset Archippus, cum tam multa ad honorem eius pertinentia scriberet. Sed meae naturae accommodatius est credere etiam statui eius subventum interventu principis, praesertim cum etiam statuarum ei honor totiens decretus sit ab iis, qui <non> ignorabant, quid de illo Paulus proconsul pronuntiasset.* 2. *Quae tamen, mi Secunde carissime, non eo pertinent, ut, si quid illi novi criminis obicitur, minus de eo audiendum putes. Libellos Furiae Primae accusatricis, item ipsius Archippi, quos alteri epistulae tuae iunxeras, legi.*

Benché il memoriale dell'accusatrice lo avesse davvero impressionato, tanto da fargli supporre che Domiziano, nel momento in cui aveva mostrato la sua magnanimità nei confronti di Archippo, fosse stato all'oscuro della situazione in cui questi si trovava di fronte alla giustizia, Traiano, in conformità alla sua innata cautela, fu tuttavia indotto, dati gli elementi contraddittori di cui era venuto a conoscenza, ad interpretare ugualmente l'intervento domiziano a favore del filosofo come volto ad una

⁴⁷ Sulla capacità delle donne di intentare un'accusa penale cfr. L. MER, *L'accusation dans la procédure pénale du Bas-Empire*, Rennes, 1953, 69 ss. In particolare, su Furia Prima, v. V. MAROTTA, '*Multa*', cit., 230.

⁴⁸A questo proposito V. MAROTTA, '*Multa*', cit., 230, ritiene che all'Imperatore sia stato deferito il giudizio e gli atti relativi perché fosse Lui a prendere la decisione da adottare. In ultima analisi, l'a. individua nella *constitutio principis* una vera e propria *sententia*. Diversamente orientato F. ARCARIA, '*Referre ad principem*', cit., 199 ss., a giudizio del quale l'*epistula* imperiale non aveva altro scopo che quello di *regere* la propria attività giudiziaria, spettando allo stesso richiedente la decisione da adottare; poco chiara, al riguardo, la posizione di E. GERMINO, *Una vicenda*, cit., 28 ss. (v. anche *Un caso*, cit., 465 s.).

reintegrazione nella sua precedente posizione giuridica. Non potendo giungere ad una soluzione sicura, l'Imperatore preferì dunque confermare lo *status quo ante*, favorevole all'imputato. E ciò anche se, nell'esplicita autorizzazione a riaprire un nuovo processo nel caso fossero sorte altre imputazioni, s'intravede un invito indiretto da parte del *Princeps* a che Plinio tenesse comunque d'occhio quell'individuo, assolto solo per insufficienza di prove⁴⁹.

⁴⁹ Dalle parole di Plinio possiamo dunque desumere come Traiano non si sia spinto oltre: se pertanto Archippo, sulla base della sua originaria richiesta, fosse stato anche esentato dall'obbligo di giudicare, non è detto. Ora, chi ritiene che già ancor prima di Traiano i filosofi godessero di immunità, è stato spinto da questo silenzio a concludere che «probabilmente Traiano non aveva voluto impegnarsi con formule generiche, e aveva al solito preferito che, tacitamente, se un diritto acquisito esisteva, i suoi sudditi, medici, grammatici, oratori, filosofi, continuassero a goderne» (così C. BARBAGALLO, *Lo Stato e l'istruzione pubblica nell'impero romano*, Catania, 1911, 115 ss., part. 117; ma cfr. pure P. DESIDERI, *Dione di Prusa. Un intellettuale greco nell'impero romano*, Messina-Firenze, 1978, part. 145 s.; 402 s.). Ma questa interpretazione non mi pare convincente, così come del resto non del tutto convincente mi sembra la tesi secondo cui, proprio dal caso di Flavio Archippo, si potrebbe dedurre la risalenza a Traiano della *vacatio* relativa alla nostra categoria di intellettuali (così S. PRICOCO, *L'editto di Valentiniano I sui filosofi*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, 703 e nt. 43; S. F. BONNER, *L'educazione nell'antica Roma. Da Catone a Plinio il giovane*, Roma, 1986, 203). Credo, infatti, che Plinio abbia avuto di mira, nel trasmettere alla suprema autorità il giudizio e gli atti relativi, il far pronunciare Traiano sull'atteggiamento da tenere riguardo alla questione concernente l'eventuale espiazione da parte di Archippo della sua condanna alle miniere per il reato di falso commesso e nulla più. D'altronde, sulla richiesta di *vacatio* dal servizio di giudice avanzata dal filosofo, Traiano non mostra di pronunciarsi; pertanto, potrebbe anche darsi che questa fosse semplicemente un'aspirazione personale di Archippo e che almeno fino a Traiano non esistesse una norma generale a vantaggio dei filosofi (cfr. sul punto G. COPPOLA, *Cultura*, cit., part. 432 s. Di diverso avviso, più di recente invece E. GERMINO, *Un caso*, cit., 458 ss., il quale afferma che «La richiesta del filosofo, nei termini in cui la riferisce Plinio – “[...] *Flavius Archippus vacationem petere coepit ut philosophus*” –, sembra presupporre

Ancora una volta, dunque, e in maniera più esplicita, Traiano mostrò d'ispirarsi, nella sua pronuncia, al principio *in dubio pro reo*.

5. La generalizzazione della 'regula'

Sulla linea di Traiano si posero anche gli imperatori successivi,

l'esistenza di una disposizione di carattere generale» che, a suo giudizio, potrebbe risalire a Nerva). Non bisogna tuttavia dimenticare che spesso gli intellettuali potevano conseguire dall'Imperatore anche concessioni particolari. L'esempio di Polemone (Phil. V. S. 1.25[533]) è, a questo proposito, significativo. Egli ottenne, infatti, da Traiano la concessione di viaggiare come signore assoluto, senza oneri finanziari, per mare e per terra; in più ottenne altri *privilegia* da Adriano (cfr. sul punto ancora G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 461 s.). Né va trascurato che, se pure non fossero stati ancora ampliati, ai tempi di Traiano, i *beneficia* elargiti a favore di retori e grammatici anche agli appartenenti alla cerchia dei *philosophi*, l'atteggiamento tenuto da questo imperatore nei confronti di essi dovette essere molto più benevolo rispetto a quello tenuto in passato dagli esponenti della dinastia Flavia, soprattutto da Domiziano. Si legga, infatti, quanto Plinio scrive in un passo del suo *Panegyricus* 47.1-2: 1. *Quid? Vitam, quid? Mores iuventutis quam principaliter formas! Quem honorem dicendi magistris, quam dignationem sapientiae doctoribus habes! Ut sub te spiritum et sanguinem et patriam receperunt studia! Quae priorum temporum immunitas exiliis puniebat, cum sibi vitiorum omnium conscius princeps inimicas vitii artes non odio magis quam reverentia relegaret.* 2. *At tu easdem artes in complexu, oculis, auribus habes. Praestas enim, quaecumque praecipunt, tantumque eas diligis, quantum ab illis probaris.* La *dignatio* nutrita verso i *doctores sapientiae* (cioè i filosofi) e l'*honor* riservato ai *magistri docendi* (cioè i retori), mostrano come con Traiano si fosse già sulla via maestra per il riconoscimento ufficiale di un'attività quale la filosofia, vista non più come una minaccia per lo Stato, bensì, assieme alla retorica, come un'attività altamente spirituale. Toccherà comunque al suo successore, Adriano, il compito di estendere i *beneficia* attribuiti a favore di grammatici e retori anche ai filosofi: cfr. G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 434 ss.; adde EAD., *I 'magistri' e l' 'hospitalitas'*, in *Iura*, 58, 2010, 155 ss.

a cominciare da Adriano. Lo conferma, seppure indirettamente, il seguente brano:

Marc. 2 de iud. publ. D. 48.3.6 pr.-1: pr.: *Divus Hadrianus Iulio Secundo ita rescripsit et alias rescriptum est non esse utique epistulis eorum credendum, qui quasi damnatos ad praesidem remiserint. Idem de irenarchis praeceptum est quia non omnes ex fide bona elogia scribere compertum est. 1. Sed et caput mandatorum extat, quod divus Pius, cum provinciae Asiae praeerat, sub edicto proposuit, ut irenarchae, cum adprehenderint latrones, interrogent eos de sociis et receptatoribus et interrogationes litteris inclusas atque obsignatas ad cognitionem magistratus mittant. Igitur qui cum elogio mittuntur, ex integro audiendi sunt, etsi per litteras missi fuerint vel etiam per irenarchas perducti. Sic et divus Pius et alii principes rescripserunt, ut etiam de his, qui requirendi adnotati sunt, non quasi pro damnatis, sed quasi re integra quaeratur, si quis erit qui eum arguat. Et ideo cum quis ἀνάκρισιν faceret, iuberi oportet venire irenarchen et quod scripserit, exsequi. Et si diligenter ac fideliter hoc fecerit, conlaudandum eum; si parum prudenter non exquisitis argumentis. Simpliciter denotare irenarchen minus rettulisse: sed si quid maligne interrogasse, aut non dicta rettulisse pro dictis eum compererit; ut vindicet in exemplum, ne quid et aliud postea tale facere moliatur.*

Nella procedura *extra ordinem*, ufficiali e agenti di polizia avevano il potere di rendere edotti i giudici circa la commissione di attività criminose. Marciano ricorda in proposito un rescritto con il quale l'imperatore Adriano, rimarcando il contenuto di precedenti interventi imperiali presi nella stessa direzione, esortava i giudici a non credere ciecamente alle *epistulae* accusatorie, nelle quali i sospetti autori di un reato venivano presentati come già condannati. Il medesimo principio, continua Marciano, era applicato anche per gli *elogia* degli irenarchi: *quia non omnes elogia ex fide bona scribere compertum est*. Il giurista prosegue poi citando il contenuto di un *caput mandatorum* ove si asseriva che Antonino Pio, quando presiedette la

provincia d'Asia, con un editto aveva altresì stabilito che gli irenarchi, incaricati di reprimere il brigantaggio e altri illeciti che potevano mettere a repentaglio la sicurezza o la tranquillità di una città o di una regione, arrestati i colpevoli, fossero tenuti ad interrogarli circa l'esistenza di complici e favoreggiatori. Il risultato dell'inchiesta, l'*elogium*, appunto, inviato al giudice competente con lettera chiusa e sigillata, non doveva ritenersi bastevole ai fini di una condanna, dovendo il sospettato essere riascoltato e dovendo lo stesso funzionario inquisitore giustificare le sue accuse, adducendo prove certe di colpevolezza. Se queste fossero mancate o l'irenarca avesse riferito, come dette, cose non dette dall'accusato, sia Antonino Pio che, sulla sua linea, anche *alii principes*, stabilirono che il funzionario venisse ripreso *ne quid et aliud postea tale facere moliatur*⁵⁰.

Le fonti a nostra disposizione attestano dunque come sia Traiano che i suoi successori intervennero molte volte al fine di orientare l'operato dei giudici verso il riconoscimento di maggiori garanzie nei confronti degli imputati. Un orientamento, questo, che trovò il plauso dei giuristi, i quali non disdegnarono di farlo loro, non solo nelle cause penali, ma anche nei procedimenti civili.

Di questa estensione fanno fede due brani, il primo dei quali è di un giurista che si presume fosse già vivente sotto Adriano, Gaio. Il frammento è stato inserito dai Compilatori, probabilmente non a caso, nel titolo dedicato alle *regulae iuris*: trattasi di

⁵⁰ Sul passo di Marciano cfr., per altri aspetti, tra gli altri, anche V. MAROTTA, 'Multa', cit., 292 ss.; S. PIETRINI, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V Secolo)*, Milano, 1996, 46 s.; G. ZANON, *A proposito di D. 46.3.6 (Marc. 2 «de iudic. publ.»)*, in *Index*, 26, 1998, 169 ss.; EAD., *Le strutture accusatorie della 'cognitio extra ordinem' nel principato*, Padova, 1998, 111 ss. *Adde*, più di recente, G.D. MEROLA, *Per la storia del processo provinciale romano. I papiri del medio Eufrate*, Napoli, 2012, 97ss., con altra bibliografia.

Gai 5 *ad ed. prov.* D. 50.17.125: *Favorabiliores rei potius quam actores habentur.*

Secondo il giurista, dunque, sono considerati più meritevoli di *favor* i *rei* rispetto agli *actores*, cioè i debitori nei processi civili, così come si è visto esserlo gli imputati nei processi penali. Una tendenza, quella di Gaio, volta al *favor rei*⁵¹, che, se anche percepibile in giuristi a lui anteriori⁵², si fa *regula*, appunto, proprio con lui.

Nella stessa direzione si muove pure Paolo in

Paul. 14 *ad Plaut.* D. 44.7.47: *Arrianus ait multum interesse, quaeras, utrum aliquis obligetur an aliquis liberetur: ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum: ubi de liberando, ex diverso, ut facilius sis ad liberationem.*

Rifacendosi al pensiero di Arriano⁵³, il giurista severiano, infatti, sostiene che quando è questione di obbligazione bisogna essere più propensi a negarla, avutane occasione. Ove invece trattasi di liberare occorre essere più inclini alla liberazione.

In queste asserzioni si riflette d'altronde ancora una volta un'esigenza di matrice stoica, quella di venire incontro alla parte più debole del rapporto obbligatorio, cioè a quei debitori che, spesso

⁵¹ Cfr. per tutti R. QUADRATO, *'Favor rei' ed 'aequitas'. La 'regula' di D. 50.17.125*, ora in *'Gaius dixit'. La voce di un giurista di frontiera*, Bari, 2010, 179 ss.

⁵² Cfr. part. Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.13, che riporta il pensiero di Labeone, Ulp. 70 *ad ed.* D. 50.17.154; ma v. anche Pomp. 22 *ad Sab.* D. 50.17.33. *Amplius* sul punto R. QUADRATO, *'Favor rei'*, cit., 183 e ntt. 24 e 25.

⁵³ Sul passo, cfr. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, 252, a giudizio del quale esso costituirebbe una manifestazione verso il *favor debitoris*, attribuibile non al «misterioso» Arriano, bensì alla «tendenza del nuovo diritto»; v. altresì G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, 406 s., e, più di recente, R. QUADRATO, *'Favor rei'*, cit., 183, nt. 26.

non in grado di adempiere, erano costretti pur sempre ad un asservimento personale ai creditori visto che, come *addicti*, potevano essere indotti a prestare i loro servigi finché il debito non fosse stato estinto⁵⁴.

Connesso all'aspetto sostanziale della *regula* della quale qui si discute, *regula* che, ovviamente, fu riaffermata in epoca postclassico-giustiniana, in conseguenza del diffondersi e del successivo istituzionalizzarsi della religione cristiana⁵⁵, è plausibile

⁵⁴ Cfr. ancora R. QUADRATO, *'Favor rei'*, cit., 187 ss.

⁵⁵ Di contro a quanto affermato in queste pagine, in passato, sulla scia dell'opinione allora dominante circa i rapporti tra diritto romano e cristianesimo (su cui fondamentale l'opera di B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, soprattutto il vol. III, cit., 217 ss.), il canone di cui si discute è stato attribuito a concezioni postclassiche e giustiniane, sulle quali avrebbero avuto una preponderante influenza i principi propri dell'etica cristiana. In tal senso si era espresso soprattutto M.A. DE DOMINICIS, *'Brev. Pauli sententiarum' IV,12,§5 e l'origine romano-cristiana del principio «in dubiis pro reo»* (In tema di riforma della formula dubitativa), in *Arch. pen.*, 18, 1962, 411 ss., sulla base, appunto, del passo delle Paul. Sent. 4.12.5, ove si legge: *Communem servum unus ex sociis vinciendo, futurae libertati non nocebit. Inter pares enim sententia, clementior severiori praefertur: et certe humanae rationis est favere miserioribus, prope et innocentes dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possunt.* A questo proposito l'a. affermava, e a nostro avviso giustamente, come il passo non possa attribuirsi al giurista Paolo, ma ad «uno dei tanti elaboratori apocrifi di qualche tardo anonimo occidentale». Infatti, l'affermazione in esso contenuta, secondo la quale, se uno dei condomini del servo comune pone in catene il servo, ciò non può pregiudicare la futura libertà concessa allo stesso schiavo dall'altro condomino, stride pienamente con i principi propri del diritto classico. La manomissione, per essere pienamente efficace avrebbe invero richiesto la contestuale volontà di entrambi i condomini e non quella di uno solo di loro. Tant'è che in un § precedente della stessa opera (Paul. Sent. 4.12.2, ma v. anche Tit. Ulp. 1.18), è ribadito che *unus ex dominis manumittendo latinum facere non potest* il servo comune. La regola contenuta in Paul. Sent. 4.12.5, secondo la quale la sanzione punitiva cui era soggetto lo schiavo comune non precludeva che questi potesse conseguire la libertà in quanto *inter pares enim sententias, clementior severiori praefertur*, tuttavia, non

si sia consolidato il suo aspetto processuale, cioè quello in base al quale l'onere della prova circa la colpevolezza di un soggetto spetta all'accusa. Un indizio in tal senso può rinvenirsi, oltre che nel su riferito passo di Marciano, anche nelle parole riportate in un altro passo di Paolo. Trattasi di

Paul. 69 *ad ed.* D. 22.3.2: *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat.*

Per il giurista, infatti, il rischio della mancata prova deve gravare su chi accusa; ne deriva pertanto che se costui non riesce a provare la colpevolezza del convenuto (o dell'accusato), non ci può essere condanna e il convenuto (o l'accusato) va quindi assolto⁵⁶.

si spiega solo come «un riflesso, seppure abnorme, in materia di manomissione del servo comune di quella accentuazione del *favor libertatis* che tipicizza il diritto nei secoli IV-V d.C. in Occidente», quanto piuttosto anche e soprattutto come espressione del pieno accoglimento, nel tardo antico, pure in questo settore del diritto privato, del principio del *favor rei*, elaborato, grazie anche agli influssi della morale stoica, dai giuristi del II-III sec. d.C., sulla scia degli interventi imperiali in questa direzione, di cui si è discusso nel testo. Tant'è che lo stesso De Dominicis, di fronte al rilievo avanzato *per epistulam* da H. Schultz, secondo cui i prodromi del principio *in dubiis pro reo* sarebbero appunto da ricercare nel rescritto traiano su riportato, ha dovuto optare per una soluzione (invero molto opinabile!) di compromesso, per cui mentre il principio traiano sarebbe valso solo in caso di semplici *suspiciones*, nel § del *Breviarum* si sarebbe andati oltre, «sino cioè a preferire, nei casi in cui manchi l'assolutezza della prova contro l'imputato la «*sententia clementior*»: più precisamente, l'*absolutio* di questi ... anziché il ricorso alla meschina «*absolutio*» per insufficienza di prove»: cfr. M.A. DE DOMINICIS, *Ancora sulla «formula dubitativa»*, cit., 534 s. Sull'applicazione del nostro principio nel tardo antico v. anche A. LÓPEZ PEDREIRA, *Algunas reflexiones*, cit., 380 ss.; F. FASOLINO, *Alle origini*, cit., 575 ss.; ID., *Regole*, cit., 51 ss.

⁵⁶ Sul passo e sul principio in esso espresso v. da ultimo F. FASOLINO, *Regole*, cit., 53 ss. D'altronde, ancora oggi presunzione d'innocenza ed onere della

ABSTRACT

L'autrice prende in esame il sorgere e l'affermarsi del principio del *favor rei* che, da argomento retorico utilizzato a fini processuali nella tarda repubblica, venne a trasformarsi in vero e proprio principio di diritto nel clima filosofico e culturale che caratterizzò l'impero romano tra il I ed il III secolo d.C., trovando in Traiano il suo più valido assertore, per poi estendersi anche nei procedimenti civili grazie alla giurisprudenza del tempo.

The author examines the origin and affirmation of the principle of *favor rei* which, from a rhetorical argument used for procedural purposes in the late republic, has been transformed into a real principle of law in the philosophical and cultural climate that characterized the Roman Empire between the first and third centuries AD, finding in Trajan its most valid supporter, and then

prova a carico dell'accusa si ritiene debbano andare di pari passo in quanto espressione dello stesso principio: *in dubio pro reo*. È la colpevolezza, invero, che deve essere dimostrata e che forma oggetto del giudizio, non l'innocenza che invece è presunta sin dall'inizio. Sulla base di questi presupposti la presunzione d'innocenza è riferita, infatti, anche nel nostro Ordinamento, sebbene attraverso una perifrasi negativa, nel comma 2 dell'art. 27 della Costituzione: *L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*. Mentre in termini positivi si è pronunciato il legislatore europeo nell'art. 48, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali, ove si legge che *Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata*. Detta presunzione d'innocenza, dichiarata pure dall'art. 6, § 2, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), è stata altresì ribadita dal legislatore europeo con la Direttiva del 12 febbraio 2016, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea l'11 marzo 2016, n. L. 65, su cui cfr. *amplius* F. FASOLINO, *Regole*, cit., 33 ss.

spread into civil proceedings thanks to the jurisprudence of the time.

L'auteur examine l'origine et l'affirmation du principe de *favor rei* qui, à partir d'un argument rhétorique utilisé à des fins procédurales dans la république tardive, s'est transformé en un véritable principe de droit dans le climat philosophique et culturel qui a caractérisé l'Empire romain entre le premier et le troisième siècle de notre ère, trouvant en Trajan son soutien le plus valable, puis s'est étendu aux procédures civiles grâce à la jurisprudence du temps.

Giovanna Coppola Bisazza
Professore ordinario di Diritto romano
Università degli studi di Messina
E-mail: gcoppola@unime.it

