

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLVI

ANNA BELLODI ANSALONI

*AD ERUENDAM
VERITATEM*

PROFILI METODOLOGICI E PROCESSUALI
DELLA *QUAESTIO PER TORMENTA*



Bononia University Press

Opera stampata con il contributo di



Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

© 2011 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 88-7395-638-9

Impaginazione: Irene Sartini

Stampa: Editografica - Rastignano (BO)

Prima edizione: luglio 2011

A Giuseppe

INTRODUZIONE

L'espressione *ad eruendam veritatem*, che ancora vanta cospicua fortuna tra gli studiosi del processo¹, ricorre alla lettera nella definizione ulpiana di interrogatorio *cum tormentis* (*quaestio*) riportata in D. 47.10.15.41 (Ulp. 77 *ad ed.*): "*Quaestionem intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem*"².

¹ Per l'impiego dell'espressione nella dottrina moderna, basti paradigmaticamente il rinvio a F. CORDERO, *Procedura penale*⁸, Milano, 2006, che vi ricorre non solo nei luoghi di rievocazione della storia del processo, ma anche nella descrizione dei vari strumenti probatori. Merita, in questa sede, di essere riportata la plastica trattazione della tortura nel paragrafo dedicato allo 'Stile inquisitorio' (p. 24): "*Parole cotte*. È un mezzo classico *ad eruendam veritatem* la tortura. Ignota alla vecchia prassi accusatoria (sviluppata da matrici germaniche), figura nel *Corpus Iuris*: ovvio che i penalisti la importino; il ritardo d'oltre un secolo, rispetto alla diffusione dello scibile romanistico, dipende dalla solita inerzia del dato positivo. Ma sarebbe emersa anche se non l'accreditassero testi venerabili: è troppo congeniale al nuovo sistema e somiglia anche alle ordalie, da cui non risulta nettamente distinta alla prima apparizione nota (Statuti veronesi, 1228); resistendo ai tormenti, l'inquisito purga gli indizi. Superfluo notare quanto renda, come stimolo ai flussi verbali che alimentano la macchina inquisitoria (altra questione l'attendibilità, dove manchino riscontri obiettivi); e immette nella pratica giudiziaria un modello induttivo-sperimentale conforme alla cultura duecentesca: '*cum quis in perturbatione ponitur*', nota poi Bacone, gli interni d'anima affiorano più che se fosse quieto. È il tema dell'incipiente letteratura penalistica nell'anonimo e verosimilmente collettivo, '*Tractatus de tormentis*', post 1260: '*inquisitio... ad eruendam veritatem per tormenta et corporis dolorem*' (formula coniata da Ulpiano); acquisita all'arsenale penalistico, vi dura mezzo millennio".

² Essa è ripresa anche nel terzo libro *regularum* di Modestino, come si legge in D. 22.5.7 (Mod. 3 *reg.*): *Servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est*. Su tali passi si tornerà ampiamente nel corso del lavoro.

Il contesto è il commento all'editto sulle *iniuriae quae servis fiunt*, nel cui ambito Ulpiano giustifica l'impiego del *dolor* e dei *tormenta* alla luce del fine della ricerca della verità.

Come vedremo nel I capitolo, è probabile che il pensiero del giurista severiano, qui applicato al settore delle indagini private, risentisse dell'ampio uso che dell'interrogatorio *cum tormentis* veniva fatto nel contesto della *cognitio extra ordinem* criminale, nel quale l'attitudine dello strumento all'estorsione di informazioni aveva trovato una copertura ideologica in linea con il nuovo sistema processuale.

Ma proprio al cospetto del processo criminale echeggia il famoso interrogativo "*quid est veritas?*"³. Se le risposte a molti dubbi sono rese ardue dalle innumerevoli implicazioni del concetto di 'verità', questo, avvicinato al fenomeno processuale, illumina impietosamente le complessità ed i paradossi di quell'enigma chiamato 'diritto', al cui interno è forse ancora più difficile immobilizzarne l'immagine.

Le moderne culture giuridiche occidentali considerano ormai patrimonio acquisito il dato che ravvisa nella ricerca della verità la fonte ultima di legittimazione della giurisdizione⁴. La dottrina pro-

³ Il potente interrogativo che Giovanni (Gv. 18.38) pone sulla bocca del Prefetto della Giudea Ponzio Pilato riesce ad esprimere il dramma interiore e al contempo l'arroganza del funzionario romano, chiamato a celebrare uno dei processi più importanti della storia. Per alcune riflessioni in tema mi sia consentito rinviare al mio *Riflessioni sulla condotta processuale di Gesù davanti a Pilato*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, I, Milano, 2007, p. 475 ss. (ivi bibliografia).

⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*⁹, Roma-Bari, 2008, p. 43. Del resto, il fondamento sostanziale risiede nelle concezioni democratiche della giustizia. In un'ottica interdisciplinare, P. HÄBERLE, *Diritto e verità* (trad. di F. Fiori), Torino, 2000, osserva che, dopo l'esperienza negativa dello stato totalitario, lo stato costituzionale esige la tematizzazione dei problemi di verità. Pertanto, "l'immagine dell'uomo dello stato costituzionale sottintende un cittadino che necessita di verità e che è in possesso degli strumenti per ricercarla e conquistarla" (p. 110). In quest'ottica, la sequenza degli ideali di "verità, giustizia, bene comune" non rappresenta una pretesa eccessiva anche perché non può essere disgiunta dalla consapevolezza che si tratta di "valori di approssimazione", che indicano vie e procedure che ammettono ontologicamente la possibilità di errori e fallimento, proprio perché l'uomo stesso è fallibile e lo stato non può né deve pretendere di curarlo. Pertanto, mentre lo stato autoritario crede nell'esistenza di una verità assoluta prerogativa del potere, nello stato di diritto l'unica forma di verità è la certezza che promana come risultato del contraddittorio tra tesi opposte avanzate in posizioni paritarie nelle forme processuali vigenti. In particolare, ai fini del discernimento della verità processuale, il momento più significativo, ma anche più difficile, del processo è certo quello della formazione della prova, nel quale la 'conoscenza'

cessualistica moderna ha autorevolmente osservato che il principio di verità è ribadito costantemente in tutte le teorie che configurano il ruolo e il fondamento del processo nella ricerca della ‘decisione giusta’⁵. Una giustizia che non ponga il conseguimento della verità tra i suoi obiettivi di metodo e di merito è destinata a sfociare nel sopruso e nell’arbitrio, annullando il fine di tutela della legge sostanziale e le garanzie della legge processuale⁶. In questo senso, il processo esprime uno straordinario lavoro, illuminato da pari fascino, sotto il profilo sia narrativo sia etico: meccanismo che si prefigge come finalità primaria la scissione del vero dal falso, è un sofisticato macchinario il cui scopo è selezionare, tra le storie proposte dalle parti in competizione, quella munita del più alto grado di attendibilità al fine di estrarne una verità che, secondo criteri di congruenza narrativa e probatoria, superi i punti di vista e le prospettive particolari e appaia razionalmente giustificata⁷.

della ‘realtà’ è affidata a criteri di attendibilità. Esso postula la necessità di metodiche precise, che guidino, tra l’altro, nell’individuazione delle tipologie di testimoni e dello scopo dell’interrogatorio, nella conduzione dell’esame, nella selezione delle deposizioni attendibili da quelle false. Significativamente, Häberle richiama sul punto il noto concetto popperiano di “verità rilevante e interessante” (*ib.*, p. 109, nt. 14) per cui “se il giudice invita il testimone a ‘dire la verità e nient’altro che la verità’ cerca tanta verità rilevante quanta il testimone sia in grado di fornire”.

⁵ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milano, 1992, p. 36 ss.; F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Retorica processo verità*, a cura di F. Cavalla, Padova, 2005, che, nella *Prefazione* al volume, pone in rilievo come la verità, pur assumendo forme diverse in rapporto alle circostanze in cui si manifesta, mira sempre a produrre l’unico effetto di dissolvere le opposizioni che via via si formano nella prassi tra uomo e uomo, così che sia consentita la comunicazione tra i soggetti. Ora, questo fine viene perseguito con intensità particolare nel processo: anzi, ne è il principio, è ciò che costituisce il processo come momento insopprimibile della vita sociale prima e oltre le sue determinazioni empiriche ottenute con le norme giuridiche. In argomento, e in specie nel rapporto tra verità e retorica giudiziaria, vd. anche i saggi di quest’Autore in *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, a cura di M. Manzin e P. Sommaggio, Milano, 2006.

⁶ TARUFFO, *La prova*, cit., p. 48. Alle medesime conclusioni giungono anche i sostenitori delle tesi per cui funzione del processo è l’attuazione della legge intesa quale volontà del legislatore, così come coloro che vedono nel processo il luogo della risoluzione di conflitti, nel quale la soluzione non può che richiamarsi ad una giustizia al di sopra delle parti: G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, I, p. 32 ss.

⁷ N. IRTI, *Dubbio e decisione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, p. 64, definisce il diritto “il mondo della decisione” e di certo il processo è il contesto giuridico nel quale que-

D'altra parte, è altrettanto evidente come il diritto metta in moto questioni di valore e di attendibilità, ma non di verità o falsità in senso assoluto: in rapporto a fenomeni processuali la nozione di 'verità' può essere utilizzata solo in senso simbolico⁸.

La *veritas* cui sembra richiamarsi Ulpiano appare però assai lontana dalla verità "che ha il diritto di essere conosciuta"⁹, quella che

sto carattere del diritto si manifesta con maggiore evidenza. Infatti, con grande chiarezza, M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009, p. 193, spiega che "la decisione è un carattere strutturale del processo, che può essere inteso come meccanismo intrinsecamente finalizzato a produrre una decisione. Il contraddittorio processuale genera il dubbio, prospettando soluzioni diverse del conflitto tra le parti, ma il processo non può terminare lasciando questo dubbio irrisolto".

⁸ La letteratura in tema è non solo sterminata ma continuamente alimentata: per non appesantire eccessivamente, si rinvia per tutti alla solida ricostruzione del dibattito ideologico e all'illuminante analisi delle dinamiche narrative del processo in TARUFFO, *La semplice verità*, cit., *passim*. Si veda anche I. BARBAGALLO, *Il fatto, la verità e la prova*, in *Le prove*, 1, coord. da I. Barbagallo, Torino, 2007, p. 5 ss., ove si dà conto delle poliedriche sfaccettature del concetto di verità in rapporto alla sede giudiziaria. Suggestivi spunti in prospettiva storica su processo, conoscenza e verità si leggono inoltre in M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, 1973 (trad. it. Napoli, 1994). Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale che ha appassionato e appassiona ancora generazioni di giuristi ha messo a nudo concezioni e ideali divergenti e forse inconciliabili. Da un lato, si osserva che l'accertamento del giudice non può garantire la verità assoluta ma al massimo la verità processuale, ossia quella 'verità' che, *secundum alligata et probata*, appare la più 'certa'. Ne consegue che la sentenza, risultato del lungo e faticoso *iter* processuale e che viene diffusa come giudizio di 'verità', non è 'verità' bensì espressione di un giudizio di 'verificazione' di una forma di valutazione quasi estetica di concordanza, bilanciamento, corrispondenza fra rappresentazioni e osservazioni. Sul punto, di recente, S. PATTI, s.v. "Prova civile", in *Enc. Giur. Sole 24 ore*, vol. 12, Bergamo, 2007, p. 384 ss. A questa visione si contrappone la tesi per cui, contestando che il processo (anche quello civile) sia un mero strumento di risoluzione di controversie, indifferente a elementi di verità, afferma come la ricerca della verità costituisca uno degli obiettivi fondamentali del processo: per tutti, M. TARUFFO, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. Dir. proc.*, 1986, p. 237 ss. In quest'ottica si favorisce un sistema forse più lento, aperto al costante emergere del dubbio ma saldamente affidato alla logica per il suo superamento. Sul punto vd. le considerazioni di A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, p. 107 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sulla distinzione tra accertamento dei fatti e applicazione delle norme pubbliche*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, II.1, Milano, 1984, p. 629 ss.; M. TARUFFO, G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966.

⁹ Si annota che la bella immagine di Tertulliano (*Apolog.* 1.1: "...liceat veritati... ad aures vestras pervenire") è anche il titolo di un recente libro di A. BORGHESE e C. CAFFARRA, *La verità chiede di essere conosciuta*, Bologna, 2009, intensa conversazione che affronta molti interrogativi morali, spirituali e sociali che segnano la nostra epoca.

si raggiunge solo dopo un profondo e drammatico confronto con il dubbio¹⁰, e che dovrebbe faticosamente emergere al termine dell'*iter* processuale compiuto nel segno della ricerca di una conclusione degna di *fides*, idonea ad essere accolta come la ricostruzione maggiormente convincente e, pertanto, destinata ad essere accettata come *veritas* processuale.

Il percorso giudiziario violento *ad eruendam veritatem* appare piuttosto tendere a cercare soluzioni *ex machina* per risolvere *em-passe* decisorie o, peggio, a sorreggere una sovrastruttura ideologica che ricerca conferme a tesi predeterminate, che traggono forza in misura direttamente proporzionale alla *vis* impiegata sul *tortus*¹¹.

Al di là di ogni giusto e vibrato sentimento di orrore per l'aberrante pratica della tortura, soprattutto quando accostata ad un sublime valore etico-morale come quello della verità, è un dato di fatto che l'elaborazione giurisprudenziale romana, nella tensione a moderare la ferocia delle escussioni *per tormenta*, ha individuato una serie di principi di carattere metodologico-processuale destinati ad una portata ben più ampia.

L'efferatezza dello strumento e la congenita inattendibilità delle sue risultanze non hanno infatti impedito che proprio in quest'ambito così lontano e scevro da ogni parvenza di vero e di giustizia siano affiorate sollecitazioni che, grazie soprattutto all'apporto giurisprudenziale, si sono tradotte prima in semplici direttive e poi, rielaborate e generalizzate, in regole destinate a rimanere fondamentali nella materia dell'istruzione probatoria, specialmente in tema di audizione dei testimoni o, comunque, delle persone in grado di fornire apporti dichiarativi utili per la decisione.

¹⁰ L'inscindibile legame tra il dubbio e la verità è in modo sublime reso da Dante Alighieri: il desiderio di sapere genera dubbi e domande, proprio in prossimità del vero: "nasce per quello, a guisa di rampollo, / a piè del vero il dubbio" (*Paradiso*, canto IV, vv. 129-131).

¹¹ Y. THOMAS, *Arracher la vérité. La Majesté et l'Inquisition (Ier siècle, IVème siècle ap. J.C.)*, in *Le Juge et le Jugement dans les traditions juridiques européennes. Études d'histoire comparée*, Paris, 1996, p. 21, nota come la formula *eruer veritatem*... segnale avec éclat que, désormais, la vérité ne se démontre pas contradictoirement, selon les modalités traditionnelles de la dialectique controversiale, mais doit s'extraire violement du corps de celui qui, par hypothèse, la cache".

L'impronta metodologica segnata da questa elaborazione rimarrà come fondamentale punto di riferimento e finirà, anzi, per superare i confini della *quaestio*, giungendo a riguardare più in generale l'interrogatorio. Già nel III secolo d.C. appare infatti acquisita nel pensiero di giuristi e imperatori la necessità del rispetto di un giusto *modus excutiendi*, accompagnata dalla formulazione di criteri e cautele per salvaguardare la *fides* delle dichiarazioni ottenute e dall'indicazione di regole-guida per la valutazione dei risultati. L'obiettivo perseguito è mantenere priva di scalfitture la fede in quella che si vuole propagandare come ontologica attitudine dei *t tormenta* a far emergere il vero.

Cuore della presente indagine è il titolo *de quaestionibus* dei *Digesta* di Giustiniano (48.18), posto all'interno del secondo dei due *libri terribiles*, ove i compilatori hanno collazionato una densa serie di frammenti a compendio dei risultati della normativa e della riflessione giurisprudenziale classica, componendo una disciplina dello strumento che si dipana in maniera diretta sulle linee portanti del *modus* e della *fides*.

L'elaborazione giuridica restituita nel Digesto, a sua volta tributaria delle riflessioni maturate in ambito retorico, dimostra il raggiungimento di una consapevolezza moderna circa il fatto che ad essere legata al contesto processuale non è la verità in sé considerata bensì le metodologie e le tecniche che vengono impiegate per tentare di determinarla¹².

Questa è la motivazione della scelta di accostarsi al tema della tortura giudiziaria seguendo il percorso *ad eruendam veritatem*, per valorizzare e mettere in luce gli aspetti metodologici dell'elaborazio-

¹² La scelta del metodo di acquisizione e selezione delle prove su cui il giudice deve basare la propria decisione finisce infatti per avere una valenza epistemologica decisiva: la necessaria qualificazione in termini di giustizia dell'attività giurisdizionale investe sia il risultato decisorio sia il mezzo che consente a tale risultato di perseguire una decisione giusta. Sotto questo profilo, l'acquisizione probatoria si configura come il momento fondante la 'verità processuale' mentre tutto il processo appare una verifica caratterizzata da un'impronta di relatività, in quanto tutto è vaglio critico: tutto nel processo è 'prova', ossia rappresentazione e racconto che va verificato e valutato dai soggetti processuali. Cfr. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 81.

ne romana che hanno fornito un apporto teorico alle fasi dell'istruzione probatoria e della valutazione delle prove.

L'interesse alla base del presente lavoro è dunque la ricerca delle soluzioni apprestate dalla riflessione delle cancellerie e dei giuristi nella ricerca di quella *fides* che processualmente identifica il concetto di verità, come opinione retoricamente formata e giuridicamente giustificata. In questo senso, la lettura e l'esegesi delle fonti romane alle quali dobbiamo fondamentali invenzioni utili ai fini dell'arte del contraddittorio processuale¹⁵ può rappresentare un interessante contributo alla riflessione in tale settore del diritto.

Le soluzioni offerte dagli imperatori e dalla riflessione giurisprudenziale per stabilire i criteri più opportuni sul *modus tormentorum* sono presentate nel II capitolo. I parametri individuati rivelano un apprezzabile grado di perspicacia nell'elaborazione delle regole di escussione praticabili dagli inquirenti, sia pur profondamente viziate e deformate dall'aberrante strumento che viene praticato, una volta ammesso, con modalità e criteri generalmente indifferenziati verso servi e uomini liberi.

L'inadeguatezza della tortura al cospetto della *fides* è oggetto del III capitolo: ogni tentativo di giustificarla è vano, nella consapevolezza che con essa si vuole essenzialmente porre un suggello ad una 'verità', in qualunque modo formata e a discapito di ogni valutazione etico-morale.

Uno sguardo alle costituzioni accolte nelle codificazioni del V e VI secolo d.C. documenta come l'esperienza giuridica romana del tardoantico aggiunga ben poco alla dialettica tra *quaestio* e verità, riaffermando anzi il ruolo della tortura quale strumento repressivo al servizio del potere.

L'impianto dogmatico classico non viene, nella sostanza, scalfito e Giustiniano lo pone solidamente ricostruito nel titolo *De quaestionibus* (D.48.18), *sedes materiae* nel Digesto.

¹⁵ Sul contraddittorio come arte controllata di insinuare il dubbio per far apparire come 'verità' la propria verità è ricca di spunti l'analisi di G. CAROFIGLIO, *L'arte del dubbio*, Palermo, 2007.

Nel licenziare questo lavoro, desidero rivolgere un grato pensiero ai Professori Danilo Dalla, Renzo Lambertini e Gisella Bassanelli Sommariva. Molto devo ai consigli e al sostegno con i quali mi hanno sempre accompagnato e incoraggiato.

Bologna, maggio 2011

A.B.A.

CAPITOLO I

LA QUAESTIO NELL'EDICTUM DE INIURIIS QUAE SERVIS FIUNT

1. Veritas e quaestio per tormenta

*“In primisque hominis est propria veri inquisitio atque investigatio”*¹.

La riflessione di Cicerone esprime con chiara eleganza l'innata tensione dell'uomo alla ricerca del vero, perseguito con attività investigative ed inquisitive nella convinzione che questa brama di conoscenza è *“ad beate vivendum necessariam”* e che nulla è più adatto

¹ Cic., *de off.* 1.4.13. E prosegue: *“Itaque cum sumus necessariis negotiis curisque vacui, tum avemus aliquid videre, audire, addiscere cognitionemque rerum aut occultarum aut admirabilium ad beate vivendum necessariam ducimus. Ex quo intellegitur, quod verum, simplex sincerumque sit, id esse naturae hominis aptissimum...”*. L'assidua ricerca del vero caratterizza l'uomo, tanto da diventare condizione necessaria per una vita felice: da questo si comprende come la verità sia particolarmente adatta alla natura umana. Da questo desiderio di contemplare la verità sorge, come massimo valore, la grandezza d'animo e il disprezzo delle cose umane: *“Huic veri videndi cupiditati adiuncta est appetitio quaedam principatus, ut nemini parere animus bene informatus a natura velit nisi praecipienti aut docenti aut utilitatis causa iuste et legitime imperanti; ex quo magnitudo animi existit humanarumque rerum contemptio”*. Cfr. anche Cic., *de re publ.* 3.5.8; *Acad. pr.* 2.2.7; 2.18.60; 2.20.65; *de fin.* 1.1.3; 1.5.13; 2.14.46 (cfr. 2.14.43); *de nat.deor.* 1.2.4; 1.5.11-12; 3.28.71; *Tusc.* 3.20.46; 3.21.51. Sul punto, vd. le riflessioni di M. BREONE, *Storia del diritto romano*², Bari, 1987, p. 330 ss.

alla natura umana di ciò che è intimamente vero: “*verum... esse naturae hominis aptissimum*”.

L'*indagatio atque inventio veri* è il primo dei doveri che spettano all'uomo, dal cui svolgimento dipende la realizzazione di tutto ciò che è onesto: da essa nasce quella virtù di sapienza e saggezza che comporta, come proprio e peculiare compito, la ricerca e la scoperta della verità². Anzi, delle quattro parti di cui è composta l'intima essenza dell'onestà la prima, che si fonda sulla conoscenza del vero, è quella che tocca più da vicino l'essenza della natura umana. Ogni sforzo e cura deve pertanto porsi in quelle discipline che hanno per oggetto la ricerca del vero, tra le quali primeggia il diritto³.

Il problema filosofico-giusnaturalistico permea profondamente, di conseguenza, la realtà giudiziaria, poiché la ricerca del vero costituisce il fine primario del giudice: “*iudicis est semper in causis verum sequi*”⁴.

² Cic., *de off.* 1.5.15: *Sed omne, quod est honestum, id quattuor partium oritur ex aliqua. Aut enim in perspicentia veri sollertiaque versatur...* Ogni atto onesto, infatti, prosegue Cicerone, scaturisce da una di queste quattro fonti: o dall'accurata e attenta indagine del vero; o dalla tutela della società umana, dando a ciascuno il suo e rispettando lealmente i patti; o dalla grandezza e saldezza d'uno spirito sublime e fiero; o, infine, dalla moderazione e dalla temperanza nei comportamenti e nelle parole. Da queste fonti, tra loro collegate e connesse, scaturiscono determinati doveri, tra cui quello già menzionato per primo e nel quale risiedono sapienza e prudenza, ossia l'*indagatio atque inventio veri*: *Aut enim in perspicentia veri sollertiaque versatur aut in hominum societate tuenda tribuendoque suum cuique et rerum contractarum fide aut in animi excelsi atque invicti magnitudine ac robore aut in omnium, quae fiunt quaeque dicuntur ordine et modo, in quo inest modestia et temperantia. Quae quattuor quamquam inter se colligata atque implicata sunt, tamen ex singulis certa officiorum genera nascuntur, velut ex ea parte, quae prima discripta est, in qua sapientiam et prudentiam ponimus, inest indagatio atque inventio veri, eiusque virtutis hoc munus est proprium.*

³ Cic., *de off.* 1.6.18: *Ex quattuor autem locis, in quos honesti naturam vimque divisimus, primus ille, qui in veri cognitione consistit, maxime naturam attingit humanam...* 19. ... *plures in iure civili, quae omnes artes in veri investigatione versantur, cuius studio a rebus gerendis abduci contra officium est...*

⁴ Cic., *de off.* 2.14.51. Sulla deontologia giudiziaria e, più in generale, sull'*honestas* come pilastro nella ricerca processuale della verità si vedano le notazioni di P. CERAMI, “*Honeste et libere defendere*”. *I canoni della deontologia forense secondo Marco Tullio Cicerone*, in *IURA*, 49, 2002, p. 1 ss., spec. p. 10 ss., p. 23 (ora ampliato con il titolo *Le radici storiche: ars rhetorica ed esperienza forense cicero-*

La conquista del *verum*, fine dichiarato dell'*investigatio*, non è disgiunto dalla consapevolezza che l'*inquisitio*, qui intesa come attività d'indagine, non può portare al raggiungimento della verità assoluta ma soltanto del verosimile⁵. È questo lo *standard* che Cicerone addita come soglia massima di verità e, al contempo, come obiettivo minimo dell'attività forense: "*veri simile, etiam si minus sit verum, defendere*"⁶.

All'uomo, del resto, non è dato pervenire alla conoscenza del vero diritto né catturare il ritratto certo e chiaro della vera giustizia, ma soltanto intravederne un'offuscata immagine: "*Sed nos veri iuris germanaeque iustitiae solidam et espressa effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur*"⁷. Ciò nulla toglie alla complessità

niana, in P. CERAMI, G. DI CHIARA, M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Torino, 2003, p. 289 ss., spec. p. 294 ss.).

⁵ È questo, del resto, un limite connaturato all'uomo, come esemplarmente riflette Cicerone in *de orat.* 1.34.158: *...disputandumque de omni re in contrarias partis et, quicquid erit in quaque re, quod probabile videri possit, eliciendum [atque dicendum]; de off.* 2.2.7: *...Nos autem, ut ceteri alia certa, alia incerta esse dicunt, sic ab his dissentientes alia probabilia, contra alia dicimus.* 8. ... *Quid est igitur, quod me impediatur ea, quae probabilia mihi videantur, sequi, quae contra improbare atque adfirmandi arrogantiam vitantem fugere temeritatem, quae a sapientia dissidet plurimum? Contra autem omnia disputantur a nostris, quod hoc ipsum probabile elucere non possit, nisi ex utraque parte causarum esset facta contentio....* Cfr. anche *ib.*, 3.21.79; *de inv.* 2.22, 65; 2.161; *Acad. pr.* 2.38.119,121; 2.41.128; *Tusc.* 2.3.9; 5.4.11. Vd. W. BURKERT, *Cicero als Platoniker und Skeptiker. Zum Platonverständnis der Neue Akademie*, in *Gymnasium* 72, 1965, pp. 187 ss., 191 ss. È radicata la convinzione per cui una "forza innata" fa sorgere nell'uomo la coscienza del diritto naturale come della verità, anche se la scienza della natura ha ontologicamente dei limiti invalicabili. Sul giusnaturalismo ciceroniano vd. spec. G. LOTITO, *Modelli etici e base economica nelle opere filosofiche di Cicerone*, in *Società romana e produzione schiavistica*, a cura di A. Giardina, A. Schiavone, Roma-Bari, 1981, p. 96; BRETONE, *Storia*, cit., p. 330 ss.

⁶ Così prosegue, in un significativo raffronto, il brano in *Cic., de off.* 2.14.51, da poco citato.

⁷ *Cic., de off.* 3.17.69. Assai interessanti sul punto le osservazioni di F. GALLO, *La verità: valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in *Diritto@Storia* 7, 2008, che, ripercorrendo le principali posizioni dottrinarie in argomento, riflette sulle diverse sfumature che assume nelle fonti l'aggettivo *verus*, che sempre identifica la rispondenza alla realtà, in connessione alla diversità delle situazioni. In particolare, lo studioso ricerca indici utili alla valutazione della verità sottesa alla celebre definizione celsina del diritto come *ars boni et aequi* (nella relazione si trovano indicazioni della principale letteratura che si è recentemente occupata dell'argomento), essenzialmente argomentando dal dato che Celso, nella sua definizione, ha

dell'accertamento del vero e alle molteplici vie per il suo conseguimento: anzi, in ciò si dispiega al massimo l'esaltazione dell'attività del retore chiamato a scandagliare ogni questione e la pluralità di

collocato il *ius* nel genere *ars*, termine con cui i romani indicavano tutte le attività (materiali, intellettuali e miste) poste in essere dall'uomo nella realtà terrena, e sottolineando altresì il dato che Ulpiano, a cui è dovuta la nostra conoscenza della definizione celsina del diritto, la mise in collegamento sia con la giustizia sia i compiti riconosciuti ai giuristi. La sussunzione del diritto nell'*ars* ne comporterebbe, in un rapporto di logica consequenzialità, l'ontologica necessità di conformarsi alla realtà e alle concrete esigenze. In effetti, il binomio *bonum et aequum*, che esprime il fine perseguito dall'uomo con il complesso delle attività in cui si esplica la specifica *ars* detta *ius*, trova concreta espressione nelle soluzioni attinenti ai rapporti umani in cui sono coinvolti interessi e sentimenti dei soggetti formanti il raggruppamento per cui il diritto è posto. Com'è noto, la funzione della *iurisdictio* era preordinata ad assicurare, in caso di bisogno, nella decisione delle controversie, l'adeguamento al *bonum et aequum* della normativa in vigore, rafforzandola, correggendola e supplendo ad essa. Lo scopo del diritto non è infatti quello di disciplinare comunque i rapporti umani, ma di regolarli nel modo migliore possibile. La definizione celsina sottende, dunque, l'esigenza del *verus* inteso come rispondenza alla realtà e comporta di conseguenza, un'idea di *veritas* intesa come ricostruzione dei fatti più conforme alla realtà attestata dalle prove addotte. Di questo è altresì significativo l'aggettivo *aequus*, che esprime il concetto dell'eguaglianza proporzionale. In conclusione, l'A. sottolinea come la qualifica espressa dalla forma aggettivale "*vera*" esprima sempre, con diverse sfumature connesse alla diversità delle situazioni, la rispondenza alla realtà che giustifica norme e istituti giuridici. E il diritto è un elemento artificiale, sovrappontesi, come tale, alla realtà, ma, una volta posto, ne diviene parte. Sul diritto come *ars boni et aequi* la bibliografia è notoriamente sterminata: pertanto, ritengo di ricordare in questa sede spec. F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, 53, 1987, p. 7 ss. (= *Opuscula selecta*, a cura di F. Bona, M. Miglietta, Padova, 1999, p. 553 ss.); P. VOCI, *Ars boni et aequi*, in *Index*, 27, 1999, p. 1 ss. [= *Ultimi studi di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli, 2007, p. 292]; F. GORIA, *La definizione del diritto di Celso nelle fonti giuridiche dei secoli VI-IX e l'Anonimo sulla strategia*, in "*Aequitas*". *Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti convegno Trento 11-12/4/2004*, a cura di G. Santucci, Padova, 2006, p. 275 ss. Mi sento inoltre di esprimere un parere concorde con Filippo Gallo laddove, nello studio sopra citato, non ritiene di aderire alla prospettiva offerta in una recente pubblicazione da G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, 2008, specialmente laddove ogni problematica dell'esistenza umana, dalla più colta ed elevata alla più concreta e terrena, viene letta alla luce dell'"etica del dubbio", in una visione ove il dubbio è assunto a sistema generale: simile prospettiva, osserva acutamente Gallo, "è sinonimo di relativismo, parente prossimo (sotto altro aspetto, una sorta di mascheramento) del nichilismo: non c'è infatti grande differenza, ai fini dell'agire pratico, tra il ritenere che non esista la verità e il credere che essa esista, ma non sia attingibile dall'uomo. Si tratta di un atteggiamento palesemente non produttivo nel campo giuridico, sia in merito alle soluzioni generali ed astratte, sia nei riguardi delle decisioni concrete".

opinioni e di tesi sottese, ma sempre al fine di far vincere la (propria) verità, posto che la *veritas* non può che essere una: “*cum plus uno verum esse non possit*”⁸.

Nell'ambito della *veri inquisitio atque investigatio* si innesta il tema dell'acquisizione e valutazione degli elementi di prova ritenuti idonei a portare all'accertamento della *veritas* dei fatti.

Tra questi, un ruolo storicamente di rilievo è ricoperto dall'interrogatorio *cum tormentis* o *quaestio*⁹, indegnamente accostato e

⁸ Cic., *de orat.* 2.7.30. La problematica della ricerca della verità si interseca inevitabilmente, nell'*ars oratoria*, con gli obiettivi perseguiti dall'oratore in tribunale. Qui, brevemente, si ricorda che sulla finalità di quest'arte (la “*bene dicendi scientia*”: cfr., ad esempio, Cic., *Part. orat.* 79; Quint., *Inst. orat.* 2.15.34) si sviluppò un fitto dibattito filosofico-retorico, in seno al quale vengono espresse varie impostazioni concettuali: ad esempio, alcuni ravvisano lo scopo dell'eloquenza nel “guidare con la parola l'uditorio al punto prefissato dall'oratore” (così Teodette, oratore allievo di Aristotele e di Isocrate: Quint., *Inst. orat.* 2.15.10); altri nel “persuadere il giudice e guidarne il pensiero al punto da essa voluto” (Apollodoro: Quint., *Inst. orat.* 2.15.12); altri ancora (tra cui Aristotele) intendono la retorica come “la capacità di reperire tutte le argomentazioni che riescano, nel corso di un'orazione, a persuadere” (Quint., *Inst. orat.* 2.15.13), come “il parlare in maniera atta a persuadere” (Ermagora: Quint., *Inst. orat.* 2.15.14). In questa scia si colloca il pensiero di Cicerone, che afferma che fine dell'eloquenza è la persuasione: anzi, posto che l'oratore deve parlare proprio al fine di ingenerare persuasione (*de inv.* 1.6: “*dicere adposite ad persuasionem*”), questo è proprio il primo dovere dell'oratore (“*primum oratoris officium esse dicere ad persuadendum accomodate*”: *de orat.* 1.31.138). Non così Quintiliano, che ritiene preferibile considerare la retorica essenzialmente come “la scienza del parlare bene”: pertanto, l'oratore adempie al suo compito, realizzare l'essenza dell'eloquenza, non quando ottiene la vittoria ma già nel momento in cui si è espresso con sapiente eloquenza (Quint., *Inst. orat.* 2.15.38; *Inst. orat.* 2.17.23): fine primo dell'oratore è, dunque, il “parlare bene”, ossia rettamente, anche se, riflette Quintiliano, l'oratore non sa se sia vera la causa che sostiene (*Inst. orat.* 2.17.39). Di questa opinione piace sottolineare la conclusione che il maestro di retorica ne trae sul piano etico-morale: poiché essenza dell'eloquenza non è la mera “capacità di persuadere”, né compito dell'oratore è soltanto “parlare bene”, l'oratore deve essere prima di tutto un uomo retto (“*orator in primis vir bonus*”: *Inst. orat.* 2.15.33). Infatti, se la retorica è la “scienza del parlare bene”, allora l'oratore “non può parlare bene se non è onesto” (*Inst. orat.* 2.15.34). La riflessione ha origine stoica: Cic. *de orat.* 1.18.83; 3.14.55). In tema si rinvia spec. a R. BARTHES, *La retorica antica*, Milano, 1972 [rist.], p. 16 ss.; B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*¹⁰, Bergamo, 1997, p. 17 ss.

⁹ Annota F.G. WASSERSCHLEBEN, *De quaestionum per tormenta apud Romanos historia*, Berolini, 1837, p. 4. che il lessico romano non parrebbe aver conosciuto il termine ‘tortura’: *Vox tortura Romanis ignota erat, atque apud medii aevi demum scriptores nobis occurri*. La letteratura in tema di tortura giudiziaria nel diritto romano vede numerosi contributi, tra i quali si ricordano soprattutto TH. MOMMSEN,

Le droit pénal romain, II, in *Manuel des antiquités romaines*, XVIII, Paris, 1907, p. 88 ss.; A. EHRHARDT, s.v. “*Tormenta*”, in *PWRE*, VI A2, Stuttgart 1937, coll. 1780 ss.; P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, I e II, Milano, 1953-1954; L. PANSOLLI, s.v. “*Tortura*”, in *NNDI*, 19 (Torino, 1957), p. 425; R. FREUDENBERGER, *Das Verhalten der römischen Behörden gegen die Christen im 2. Jahrhundert dargestellt am Brief des Plinius an Trajan und den Reskripte Trajans und Hadrians*, München, 1967; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, p. 16 ss.; D. DALLA, *Il Manzoni e D. 40.18.1.25: riflessioni sulla tortura*, in *Atti dell’Accademia delle Scienze dell’Istituto di Bologna*, LXIV, Bologna, 1975-1976, p. 173 ss.; P.A. BRUNT, *Evidence given under Torture in the Principate*, in *ZSS*, 97, 1980, p. 256 ss.; M. MORABITO, *Les réalités de l’esclavage d’après le Digeste*, Paris, 1981, p. 234 ss.; L. SCHUMACHER, *Servus index. Sklavenverhör und Sklavenanzeige im republikanischen und kaiserzeitlichen Rom*, Wiesbaden, 1982; J.PH. LÉVY, *La torture dans le droit romain de la preuve*, in *Collatio Iuris Romani, Études Dédiées à Hans Ankum*, I, Amsterdam, 1995, p. 241 ss.; ID., *La formation de la théorie romaine des preuves*, in *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, p. 418 ss.; J. ARCE, *Sub eculeo incurvus: tortura e pena di morte nella società tardo romana*, in *AARC*, XI, 1996, p. 355 ss.; E. PETERS, *Torture*, (expanded edition), Philadelphia, 1996; THOMAS, *Arracher la vérité*, cit., p. 15 ss.; R. FASANO, *La torture judiciaire en droit romain*, Neuchâtel, 1997; J. HARRIES, *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge, 1999, p. 122 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine, La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell’età repubblicana e del I secolo dell’Impero*, Milano, 2002; AA.VV. in *La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques*, I, a cura di B. Durand, L. Otis-Cour, Lille, 2002, e, *ib.*, spec., L. ANGLIVIEL DE LA BEAUMELLE, *Les mots de la torture au IV^e siècle*, p. 295 ss.; E. KARABELIAS, *La torture judiciaire en droit byzantin*, p. 311 ss.; R. VIGNERON, *La “question” judiciaire vue par les jurisconsultes romains*, p. 277 ss.; A. TRIGGIANO, *Evidence given under torture on Aristotle and Cicero*, in *TSDP*, 2, 2009, p. 1 ss.; M. BRUTTI, *La tortura e il giudizio*, in *Index*, 38, 2010, p. 36 ss. Ulteriori contributi conferenti al tema verranno citati nel corso del lavoro. Obbligatorio, poi, è ricordare le celebri considerazioni di P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura e singolarmente sugli effetti che produsse all’occasione delle unzioni malefiche alle quali si attribuì la pestilenza che devastò Milano l’anno 1630, 1804*, e di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764. Esemplarmente il VERRI, *Osservazioni*, cit., VIII, nega che i tormenti siano un mezzo per scoprire la verità, in quanto “...alcune volte niente producono, altre volte producono la menzogna”, come dimostrano sia i fatti sia la stessa ragione: “Quale è il sentimento che nasce nell’uomo allorquando soffre un dolore? Questo sentimento è il desiderio che il dolore cessi. Più sarà violento lo strazio, tanto più sarà violento il desiderio e l’impazienza di essere al fine. Quale è il mezzo, col quale un uomo torturato può accelerare il termine dello spasimo? Coll’asserirsi reo del delitto su di cui viene ricercato. Ma è egli la verità che il torturato abbia commesso il delitto? Se la verità è nota, inutilmente lo tormentiamo; se la verità è dubbia, forse il torturato è innocente: e il torturato innocente è spinto egualmente come il reo ad accusare se stesso del delitto. Dunque i tormenti non sono un mezzo per iscoprire la verità, ma bensì un mezzo che spinge l’uomo ad accusarsi reo di un delitto, lo abbia egli, ovvero non lo abbia commesso...”. E ancora, *ib.*, IX: “...Ma è egli la verità che il torturato abbia commesso il delitto? Se la verità è nota, inutilmente lo tormentiamo; se la verità è dubbia, forse

giustificato dall'esigenza di costruire una verità processuale attendibile e condivisibile.

Nella legislazione imperiale, così come nella riflessione giurisprudenziale, è costante il richiamo alla *veritas* come fine e giustificazione ultima delle indagini e del processo: emblematico è il pensiero di Augusto che, in un noto editto con cui autorizza la *quaestio* in caso di indagini per i crimini più gravi, afferma: "*efficacissimas eas esse ad requirendam veritatem existimo*"¹⁰.

il torturato è innocente: e il torturato innocente è spinto egualmente come il reo ad accusare se stesso del delitto. Dunque i tormenti non sono un mezzo per iscoprire la verità...". Icastico è anche BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., XVI, laddove riflette: "è un voler confondere tutt'i rapporti l'esigere... che il dolore divenga il crociuolo della verità, quasi che il criterio di essa risieda nei muscoli e nelle fibre di un miserabile. Questo è il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati e di condannare i deboli innocenti. Ecco i fatali inconvenienti di questo preteso criterio di verità, ma criterio degno di un cannibale, [...] È così poco libero il dire la verità fra gli spasimi e gli strazi, quanto lo era allora l'impedire senza frode gli effetti del fuoco e dell'acqua bollente. Ogni atto della nostra volontà è sempre proporzionato alla forza della impressione sensibile, che ne è la sorgente; e la sensibilità di ogni uomo è limitata. Dunque l'impressione del dolore può crescere a segno che, occupandola tutta, non lasci alcuna libertà al torturato che di scegliere la strada più corta per il momento presente, onde sottrarsi di pena. Allora la risposta del reo è così necessaria come le impressioni del fuoco o dell'acqua. Allora l'innocente sensibile si chiamerà reo, quando egli creda con ciò di far cessare il tormento. Ogni differenza tra essi sparisce per quel mezzo medesimo, che si pretende impiegato per ritrovarla... L'esito dunque della tortura è un affare di temperamento e di calcolo, che varia in ciascun uomo in proporzione della sua robustezza e della sua sensibilità; tanto che con questo metodo un matematico scioglierebbe meglio che un giudice questo problema: data la forza dei muscoli e la sensibilità delle fibre d'un innocente, trovare il grado di dolore che lo farà confessar reo di un dato delitto. L'esame di un reo è fatto per conoscere la verità, ma se questa verità difficilmente scuopresi all'aria, al gesto, alla fisionomia d'un uomo tranquillo, molto meno scuoprirassi in un uomo in cui le convulsioni del dolore alterano tutti i segni, per i quali dal volto della maggior parte degli uomini traspira qualche volta, loro malgrado, la verità. Ogni azione violenta confonde e fa sparire le minime differenze degli oggetti per cui si distingue talora il vero dal falso". Inevitabile, dunque, la deviazione del risultato dalla verità. Prosegue, poi, il Beccaria: "Una strana conseguenza che necessariamente deriva dall'uso della tortura è che l'innocente è posto in peggiore condizione che il reo; perché, se ambidue sieno applicati al tormento, il primo ha tutte le combinazioni contrarie, perché o confessa il delitto, ed è condannato, o è dichiarato innocente, ed ha sofferto una pena indebita; ma il reo ha un caso favorevole per sé, cioè quando, resistendo alla tortura con fermezza, deve essere assoluto come innocente; ha cambiato una pena maggiore in una minore. Dunque l'innocente non può che perdere e il colpevole può guadagnare".

¹⁰ D. 48.18.8pr. (Ulp. 8 *de off. procons.*). Molto bello è anche il monito di Arcadio Carisio che, nel *de testibus*, invita il giudice a valutare i testimoni non in

L'interrogatorio *cum tormentis* costituisce così lo strumento privilegiato d'escussione, almeno di determinate categorie sociali, e conosce secoli di grande utilizzo e crudele consuetudine nel segno della ricerca della verità¹¹.

La convinzione di imprescindibilità del mezzo appare tuttavia strettamente congiunta alla consapevolezza della sua fallacità. Numerose sono le voci che esprimono ad ampio raggio, oltre a sentimenti di etica disapprovazione, ragionevoli interrogativi in merito all'effettiva corrispondenza tra *fides quaestionum* e *veritas*. Laddove *veritas* è ciò che può avere *fides*, si interpone il dubbio che la violenza connaturata allo strumento non costituisca piuttosto un ostacolo al discernimento della *veritas* stessa¹². Certo, non può non apparire quantomeno contraddittorio che si ricerchi la *veritas* mediante la tortura, con modalità quindi innegabilmente fuorvianti ed anzi atte a minare la genuinità delle risposte estorte¹³. La problematicità nel

base a fattori oggettivi, quale il numero, bensì in base alla loro *fides* poiché in tal modo "*potius lux veritatis adsistit*" (D. 22.5.21.3). Nella medesima opera, il giurista suggerisce altresì alcuni elementi utili *in excutienda veritate* e che, se ben valutati, "*ad inluminandam veritatem in lucem emergent*" (D. 48.18.10.5, Arc. *l.s. de test.*). Espressioni analoghe che riconducono l'esecuzione dei *tormenta* alla ricerca della verità ricorrono inoltre, ad esempio, in Ulpiano (D. 47.10.15.41, Ulp. 77 *ad. ed.*: "*ad eruendam veritatem*"), Modestino (D. 22.5.7, Mod. 3 *reg.*: "*ad eruendam veritatem*"), e nelle costituzioni dioclezianee in C. 9.41.8.1 (s.d.: "*in investigatione veritatis*"), C. 9.41.10 (a. 290: "*ad illuminandam veritatem*"), C. 9.41.12 (a. 291: "*veritas illuminari*"), C. 9.41.13 (a. 293: "*ad veritatis indaginem*"). Numerosi sono, altresì, i provvedimenti imperiali del IV-V secolo che, pur non dettando, come vedremo, criteri particolari in merito alla conduzione della *quaestio*, insistono sul raccordo con la verità.

¹¹ Che la tortura abbia trovato più frequente applicazione anche a causa della crudeltà di taluni imperatori è dato noto, già significativamente colto nelle fonti letterarie. Basti qui ricordare Seneca (*de ira* 3.18.3) il quale, a proposito di Caligola e delle feroci torture inflitte a senatori e cavalieri, aggiunge come le stesse più che un fine investigativo soddisfacessero un animo malvagio ("*non quaestionis, sed animi causa*"); oppure ancora, Tacito (*Ann.*, 15.44.2-5) che, nel famosissimo passo relativo alla persecuzione dei cristiani, accusa Nerone di aver ordinato torture smodate per pura crudeltà ("*non utilitate publica, sed in saevitiam unius*").

¹² Alla tematica della *fides quaestionum* è dedicato il capitolo III.

¹³ Non deve stupire la pretesa di trovare risposte ragionevoli o ragionate da parte di chi è sottoposto a tortura. Isidoro di Siviglia, nel quinto libro delle *Etymologiae*, proponeva all'interno del capitolo 27 (*de poenis in legibus constitutis*) l'etimologia di *tormenta* come ricerca della *mens* attraverso il *torquere*: *Tormenta vero, quod torquendo mentem inveniunt* (*Etym.* 5.27.22). Ma S. Agostino, nel *De civitate Dei*, XIX.6, ove tratta dell'errore negli umani giudizi quando la verità è nascosta

portare alla luce un concetto neutro di verità trasparente con profondità nelle fonti, sia giuridiche che retoriche, nella diffusa consapevolezza che “*quaestioni fidem non semper nec tamen numquam habendam... etenim res est fragilis et periculosa et quae veritatem fallat*”¹⁴.

In parallelo, deve riconoscersi che non si abiura il monito al rispetto di un'effettiva ponderazione in merito ai mezzi investigativi necessari *ad eruendam veritatem*, monito che (specialmente nei primi due secoli d.C.) si concretizza nella ricerca di criteri operativi il più possibile controllabili sia per decidere il ricorso ai tormenti sia per la valutazione delle sue risultanze. Simili direttive, peraltro, appaiono spesso improntate più a pregiudizi di ordine sociale che a considerazioni teorico-generaliste: se in un rescritto della fine del II d.C. (C. 9.41.1, a. 196) Settimio Severo e Antonino Caracalla si preoccupano di affermare che nei processi penali, eccezion fatta per i crimini più gravi (adulterio, frode al censo e *maiestas*), le dichiarazioni provenienti dai servi torturati contro il padrone non devono costituire la base di una sentenza, ancora Diocleziano e Massimiano, sul finire del III secolo, affermano l'ammissibilità del ricorso alla tortura *in investigatione veritatis* soltanto in presenza di *argumenta* verosimili e probabili e, soprattutto, quando non vi osti la condizione delle persone¹⁵.

La delimitazione di sfere soggettive di inapplicabilità della *quaestio* appare in effetti essere l'obiettivo, di carattere squisitamente politico, degli imperatori (soprattutto del periodo più tardo), le cui linee di politica giudiziaria e criminale tendono ad arginare il

(“*de errore humanorum iudiciorum dum veritas latet*”), nel disapprovare l'uso della tortura, riflette sull'ontologica incoerenza del mezzo con cui per investigare su un delitto incerto si infligge uno spasimo certo e non perché si sappia che l'esaminato sia reo, bensì perché non si sa se sia colpevole, così che l'ignoranza del giudice ricade sullo strazio di un innocente: *cum quaeritur utrum sit innocens cruciatur, et innocens luit pro incerto scelere certissimas poenas, non quia illud commisisse degegitur, sed quia commississe nescitur, ac per hoc ignorantia iudicis plerumque est calamitas innocentis*.

¹⁴ Così, esemplarmente, Ulpiano in D. 48.18.1.23 (8 *de off. procons.*). Su questo frammento e, più in generale, in riferimento ai dubbi circa l'attendibilità (“*fides*”) delle dichiarazioni rese sotto tortura vd. *infra*, cap. III, § 3. Parte della dottrina ritiene peraltro che la retorica non si fosse resa perfettamente conto delle perplessità che poteva sollevare la *quaestio* come mezzo di prova, non soltanto sotto il profilo della *fides* ma anche dell'offesa alla personalità del torturato: in tal senso, vd. di recente F. ARCARIA, *La prova giudiziaria nel diritto romano*, in *Le prove*, 1, cit., p. 47.

¹⁵ Cfr., ad esempio, C. 9.41.8, sulla quale vd. *infra*, cap. II, § 4.

diffondersi dello strumento investigativo violento, nato come pratica destinata agli schiavi ma ormai applicato anche ai liberi¹⁶.

Se è vero che, in un periodo iniziale, i *tormenta* venivano eseguiti in prevalenza sugli schiavi, ai quali tuttavia si negava contestualmente il carattere dell'attendibilità proprio in quanto tali¹⁷, l'apertura di Roma alla nuova procedura delle *cognitiones extra ordinem* aveva infatti favorito il diffondersi della pratica della tortura anche nei confronti degli uomini liberi: pur rimanendo tale utilizzo una prassi *contra legem*, priva di basi normative, essa di fatto era tollerata nel costume giuridico¹⁸. La ragione di simile estensione¹⁹

¹⁶ Unanime, la dottrina ritiene che l'utilizzo dei *tormenta* sugli uomini liberi nella repressione penale (salvo qualche rara eccezione in epoca repubblicana) avrebbe cominciato a diffondersi nella realtà processuale romana in seguito dell'avvento del Principato, soprattutto come conseguenza dell'affermarsi delle *cognitiones extra ordinem*: vd. per tutti RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 123 ss. (ivi la principale letteratura); ID., *L'acquisizione della prova per tormenta e le leges de maiestate*, in *Ius Antiquum* 13, 2004, p. 63 ss. In merito al percorso che ha condotto alla tortura anche degli uomini liberi, l'A. si discosta peraltro dalla *communis opinio* ponendo in discussione l'argomento principale, rappresentato dalla testimonianza degli storiografi, su cui fa leva la diffusa convinzione per cui almeno per tutto il I secolo del Principato tale utilizzo, per quanto diffuso, sarebbe rimasto una prassi *contra legem*, tollerata di fatto nel costume giuridico pur essendo priva di supporti normativi. In tal senso cfr. soprattutto FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 27; F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato*, Milano, 1957, p. 111; LÉVY, *La torture*, cit., p. 242.

¹⁷ Cfr. D. 22.5.7, su cui vd. cap. III, § 1.

¹⁸ Questa l'opinione unanime della dottrina, che si basa fondamentalmente sull'atteggiamento di riprovazione degli storiografi laddove riferiscono dei numerosi processi nel corso dei quali sarebbe stata impiegata la tortura per estorcere all'imputato libero una confessione. Vd. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 27; DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 111; BRUNT, *Evidence given under Torture*, cit., p. 260; V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano, 1988, p. 322; FASANO, *La torture judiciaire*, cit., p. 135; PANSOLLI, s.v. "Tortura", cit., p. 425. Recentemente, i già ricordati contributi di RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., *passim*; ID., *L'acquisizione della prova*, cit., p. 63 ss., compiuti prevalentemente sulle fonti sino al I secolo d.C., hanno offerto una prospettiva che si discosta dall'opinione tradizionale, sostenendo che la tanto affermata disapprovazione espressa al riguardo dagli storiografi non sottintenderebbe in realtà un giudizio di illegalità della tortura come strumento istruttorio bensì evidenze piuttosto la dura condanna morale nei confronti di specifiche condotte degenerative verificatesi nella pratica.

¹⁹ La tortura non era però ammessa nelle cause civili a meno che non si trattasse di questioni ereditarie (cfr., ad esempio, D. 48.18.1.6; C. 9.41.13), di tutela (C. 9.41.2) o di proprietà degli schiavi (C. 9.41.12): vd. per tutti G. PUGLIESE,

è presumibilmente da rinvenirsi nella grande discrezionalità di cui nella nuova forma processuale godevano i funzionari preposti alla giurisdizione²⁰. Tuttavia, se da un lato lo svolgimento pienamente rimesso alla discrezionalità degli organi giudicanti consente l'affiorare di nuove istanze relativamente al momento più significativo del processo, quello della formazione della prova²¹, d'altro canto l'attenzio-

La prova nel processo romano classico, in *Jus*, 11, 1960, pp. 386 ss., spec. p. 412, lavoro poi ripreso come *La preuve dans le procès romain de l'époque classique*, in *La Preuve, 1 – Antiquité*, Bruxelles, 1964, p. 284 ss. (= *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, XVI.1), ora anche in *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1985, p. 339 ss., spec. p. 386, dal cui lavoro qui si cita; BRUNT, *Evidence given under Torture*, cit., p. 256 ss.; D. LIEBS, *Der Schutz der Privatsfäre in einer Sklavenhaltergesellschaft*, in *BIDR*, 83, 1980, p. 151 ss.; ARCARIA, *La prova giudiziaria*, cit., p. 47.

²⁰ In tal senso, tra gli altri, cfr. MOMMSEN, *Le droit pénal romain*, II, cit., p. 79 ss.; C. LÉCRIVAIN, s.v. "Testimonium", in CH. DAREMBERG, E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines d'après les teste e les monuments*, V, Paris, 1912, p. 153; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, II, Bologna, 1927, p. 147; EHRHARDT, s.v. "Tormenta", cit., coll. 1780 ss.; A. MELLOR, *La torture, son histoire, son abolition, sa réapparition au XXe siècle*, Paris, 1949, p. 52 ss.; FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 22 ss.; DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 110 ss.; PANSOLLI, s.v. "Tortura", cit., p. 425; PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 372 ss.; P. GARNSEY, *Social Status and legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford, 1970, p. 143; U. BRASIELLO, s.v. "Istruzione del processo (diritto romano)", in *ED*, 23, 1973, p. 136 ss.; BRUNT, *Evidence given under Torture*, cit., p. 259; C. ROBINSON, *Slaves and the Criminal Law*, in *ZSS* 98, 1981, p. 223; MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 321 ss.; U. VINCENTI, *Duo genera sunt testium. Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova, 1989, p. 120 ss.; P. CERAMI, *Tormenta pro poena adhibita*, in *AUPA*, 41, 1991, p. 33 ss.; LÉVY, *La torture*, cit., p. 241 ss.; FASANO, *La torture judiciaire*, cit., p. 131 ss.; V. GIUFFRÉ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*⁵, Napoli, 1998, p. 160; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, p. 246; F. LUCREZI, *Postfazione a V. GIUFFRÉ, La passione di S. Potito*, in *Quaestiones, Momenti di vita processuale romana (Collana diretta da F. Amarelli e F. Lucrezi)*, 3, Napoli, 2001, p. 63 ss.

²¹ Prova che nel modello accusatorio si forma dinanzi al giudice in contraddittorio. Per conoscere la realtà secondo criterio di attendibilità si ritiene essenziale il confronto tra le posizioni opposte, secondo un modello processuale che da inquisitorio diviene accusatorio. Il modello accusatorio si caratterizza per la presenza di tre elementi essenziali: il contraddittorio, la parità processuale tra le parti e la terzietà del giudice. Con riferimento alla prova, il sistema inquisitorio si caratterizza per la prova argomentata, mentre in un processo accusatorio si ha l'argomentazione della prova in dibattimento. In tema, oltre alla letteratura già riportata in precedenza, qui si ricordano soprattutto M. LAURIA, *Accusatio-inquisitio*, in *Atti Acc. Napoli*, 56, 1934, p. 304 ss. (ora in *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, p. 277 ss.); E. LEVY, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht. I.*

ne imperiale si focalizza ben presto sui rischi connessi alla libertà valutativa, iniziando ben presto a limitare la discrezionalità del giudice nell'apprezzamento delle prove²².

La ricerca della verità viene dunque perseguita con l'individuazione di parametri teorici e pratici che governino, a seconda, l'ope-

Die Strafzumessung, in *BIDR*, 45, 1938, p. 57 ss. (= *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz, 1963, p. 433 ss.); J.PH. LÉVY, *Réflexions sur l'importance et l'intérêt des questions de preuves*, in *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, 18, 1954, p. 95 ss.; U. ZILLETTI, *Sul valore probatorio della testimonianza nella cognitio extra ordinem*, in *SDHI*, 29, 1963, p. 126, nt. 8; G. BROGGINI, *La Preuve dans l'ancien Droit romain*, in *La Preuve 1*, cit., p. 223 ss.; G.G. ARCHI, *Les Preuves dans les droit du Bas-Empire*, in *La Preuve 1*, cit., p. 389 ss. (cfr. ID., *La prova del diritto del Basso Impero*, in *IURA*, 12, 1961, p. 1 ss.); CH. N. FRAGISTAS, *Le témoignage dans le procès civil en droit byzantin*, in *La Preuve 1*, cit., p. 613 ss.; R. FEENSTRA, *La Preuve dans la civilisation romaine. Rapport de synthèse*, in *La Preuve 1*, cit., p. 635 ss.; M. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano, 1964; U. ZILLETTI, *Studi sulle prove nel diritto giustiniano*, in *BIDR*, 67, 1964, p. 167 ss.; R. HENRION, *La preuve en droit romain*, in *La preuve en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, P. Foiriers, Bruxelles, 1981, p. 59 ss.; G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il Principato*, in *ANRW*, 14.2, Berlin-New York, 1982, p. 722 ss.; D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla quaestio unilaterale alla quaestio bilaterale*, Padova, 1989; SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 189 ss.; F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari, 1996; G. ZANON, *Le strutture accusatorie nella cognitio extra ordinem*, Torino, 1998; S. PIETRINI, *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, Milano, 1996; F. BOTTA, *L'iniziativa processualcriminale delle personae publicae nelle fonti giuridiche di età giustiniana*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del convegno (Modena, 21-22 maggio 1998)*, a cura di S. Puliatti, A. Sanguinetti, Milano, 2000, p. 258 ss.; ARCARIA, *La prova giudiziaria*, cit., p. 35 ss.; F. PERGAMI, *Accusatio-Inquisitio: ancora a proposito della struttura del processo criminale in età tardoantica*, in *AARC*, XI, 2008, p. 595 ss.; F. BOTTA, "Poteri inquirenti e processo" (lezione tenuta a Napoli presso l'AST il 6 maggio 2008), consultabile sul sito www.studitardoantichi.org; ID., *Funzione inquirente e poteri istruttori nel processo tardo antico: inquirere/inquisitio nel lessico del Codex Theodosianus*, in *AA.VV., Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C. Atti del Convegno, Parma, 18 e 19 giugno 2009*, a cura di S. Puliatti, U. Agnati, Parma, 2009, p. 37 ss.; B. SANTALUCIA, *Accusatio e inquisitio nel processo penale romano di età imperiale*, in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, p. 313 ss.

²² PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 386; ZILLETTI, *Sul valore probatorio*, cit., p. 139 ss. Quest'ultimo studioso, in special modo, sottolinea come sia stata soprattutto la politica adrianea in tema di giudizio di fatto ad introdurre nelle *cognitiones* penali sempre maggiori limitazioni alla discrezionalità valutativa del giudicante al fine di meglio operarne un controllo. Sul punto vd. meglio *infra*, spec. cap. II, nt. 156.

rato dell'inquirente che pone in essere strumenti d'indagine e del giudicante che deve valutare i risultati dell'indagine stessa.

Pur nella ricerca costante di criteri di volta in volta considerati maggiormente idonei ad ottenere dichiarazioni se non vere almeno verosimili, la soluzione che spesso appare più confacente ed alla quale non si riesce a rinunciare è quella che affida il giudizio di fatto alla sensibilità e alla coscienza dell'organo giudicante. Al di là delle risultanze dei mezzi istruttori, al di là di ogni possibile investigazione, sta il pensiero per cui la verità processuale non può che essere conforme alla soggettiva e personale idea di giustizia del giudice e al convincimento che in lui crea una ricostruzione piuttosto che un'altra.

L'idea è già colta nel II secolo d.C. da Adriano che, pur nell'ambito di una politica finalizzata ad oggettivizzare l'arbitrio in materia dei giudici, non può al tempo stesso non riconoscere la finitezza e l'insufficienza di criteri di attendibilità aprioristicamente determinati degli strumenti probatori ed affida pertanto all'*animus* del giudicante la valutazione ultima circa l'effettivo valore probatorio di quanto allegato in giudizio²³.

È altresì quanto significativamente esprime Settimio Severo pochi anni dopo, nel 196 d.C., con l'espressione "*fides veritatis*" che, estrapolata dallo stretto contesto, esprime a tutt'oggi la tensione al giudizio di verità che anima la vicenda giudiziaria: il processo non pretende di raggiungere la *veritas* assoluta bensì la *fides veritatis*, non il vero assoluto ma un grado di attendibilità tale da poter essere considerato verosimile secondo determinati parametri²⁴.

In ogni caso, al di là delle voci che costantemente si levano contro la moralità del mezzo e la sua effettiva idoneità a servire il vero, la ricerca della verità resta comunque la *ratio* dichiarata dello strumento: frequenti sono le espressioni che rivelano la convinzione del ruolo essenziale svolto dalla tortura nel meccanismo *ad eruendam veritatem*. Tuttavia, quando la tortura verrà applicata anche ai liberi, la ricerca della verità dovrà, in aperta contraddizione ad ogni dichia-

²³ *Sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris*: D. 22.5.3.2 (Call. 4 *de cogn.*), su cui vd. *infra*, cap. III, § 1.

²⁴ C. 9.41.1 (Sev. et Ant. – a. 196).

razione propagandistica²⁵, arrestarsi di fronte alla *dignitas personarum*, a conferma della consapevolezza dell'insufficienza del mezzo a perseguire il vero.

2. La definizione ulpiana di quaestio in D. 47.10.15.41

La definizione più celebre dello strumento è offerta da Ulpiano all'interno del 77° libro di commento all'*edictum de iniuriis quae servis fiunt*, riportato dai giustinianeî all'interno del titolo D. 47.10.15, *de iniuriis et famosis libellis*:

²⁵ Così pervicacemente ribadita che la dottrina storico-giuridica ha finito per eleggere questa funzione investigativa quasi al rango di dogma: così CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., p. 53, che la definisce "anello rafforzativo di una catena probatoria volta ad *eruendam veritatem*". In tal senso cfr. anche G. GEIB, *Geschichte des römischen Criminalprozess*, Leipzig, 1842, p. 614 ss.; MOMMSEN, *Le droit pénal*, II, cit., p. 80 ss., p. 93, p. 347; EHRHARDT, s.v. "Tormenta", cit., coll. 1775 ss.; U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, p. 257 e nt. 28; ID., s.v. "Istruzione", cit., p. 136 ss.; FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 16 ss.; BRUNT, *Evidence given under Torture*, cit., p. 259; MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 324 ss. Va peraltro sottolineato che, almeno in un primo periodo, la *quaestio* è strumento istruttorio destinato tendenzialmente al *servus suspectus reus*, in quanto finalizzato all'ottenimento della confessione dell'imputato. Ma di *torquere testes* si parla significativamente anche per affermare che i testimoni non devono essere torturati per fornire un convincimento di falso o di verità, a meno che non siano implicati nel fatto: D. 48.18.18.3 (Paul. 5 *sent.*): *Testes torquendi non sunt convincendi mendacii aut veritatis gratia, nisi cum facto intervenisse dicuntur* (sul frammento vd. cap. II, § 4 e nt. 95). Con grande incisività, LÉVY, *La torture*, cit., p. 245, conia l'espressione "torture-témoignage" a proposito della tortura mirata solo sulla responsabilità altrui. Questo, al di là del fatto che, del resto, nella pratica non è agevole distinguere tra audizione sulla propria o sulla altrui responsabilità, essendo frequente il caso di chi, affermando o negando la propria, finisce per accusare o chiamare in correità un terzo. La necessità della presenza al fatto su cui i testi sono chiamati a deporre ritorna nel commento di R.J. POTHIER, *Pandectae Justinianae*, XX, Parisiis, 1823, p. 490, che, riprendendo Cuiacio, così definisce la *quaestio*: "*Quaestio, ut definit Cuiacius, est interrogatio quae fit per tormenta, vel de reis, vel de testibus, qui facto intervenisse dicuntur*". Così anche F.M. RENAZZI, *Elementa iuris criminalis*, III, Roma, 1802, p. 199, nt. 1, precisando che le attestazioni servili sono propriamente definite 'quaestiones': "*Quaestio jure romano dicitur etiam ipsa interrogatio quae fit per tormenta de reis vel de iis qui facto intervenisse asserentur. Item quaestiones appellabantur servorum testimonia expressa; unde proprie de servis agi quaestiones...*".

D. 47.10.15.41 (Ulp. 77 ad ed.): “*Quaestionem*” *intelligere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem. Nuda ergo interrogatio vel levis territio non pertinet ad hoc edictum. Quaestionis verbo etiam ea, quam malam mansionem dicunt, continebitur. Cum igitur per vim et tormenta habita quaestio est, tunc quaestio intellegitur.*

Come noto, l'editto si appunta essenzialmente su due condotte accumulate dall'elemento della *vis*: la *verberatio contra bonos mores* e la *quaestio iniussu domini*²⁶. La prospettiva di Ulpiano è quella di fornire una definizione che ricomprenda le fattispecie ricadenti sotto l'editto.

Segnatamente, l'elemento che caratterizza la *quaestio* è l'inflizione di un dolore fisico causato dall'impiego di violenza e di strumenti invasivi (“*tormenta et corporis dolorem... per vim et tormenta*”), tant'è che il giurista ritiene di dover precisare che dal concetto si devono escludere attività quali la *nuda interrogatio* o la *levis territio* che non comportano il ricorso alla violenza fisica²⁷.

Da un punto di vista descrittivo, Ulpiano scompone, nell'ambito dello stesso frammento, il termine *quaestio* in due endiadi: “*tormenta et corporis dolorem*” nella definizione iniziale, “*per vim et tormenta*” in quella riepilogativa, di chiusura. Elemento costitutivo ri-

²⁶ Per il testo edittoale cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889 [rist. anast. Roma, 2000], coll. 773 ss., §§ 1354-1359. Sul contenuto dell'editto vd. spec. F. RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche (Forschungen zum Römischen Recht)*, Wien, 1969, p. 77 ss.; R. WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, in ZSS, 91, 1974, p. 339 ss.; E. POLAY, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest, 1986, p. 151 ss.; M. HAGEMANN, *Iniuria. Von den XII Tafeln bis zur justinianischen Kodifikation*, Köln-Weimar-Wien 1998, p. 81 ss. Per le complesse problematiche da esso scaturenti, con speciale riferimento all'*iniuria*, al fine di non appesantire con una nota eccessivamente lunga si rinvia per tutti a M.F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002 (ivi un'accurata panoramica della letteratura in tema). Di recente, offre un quadro delle questioni principali derivanti dagli atti lesivi perpetrati nei confronti dei servi L. DESANTI, *Più iniuriae da un'ingiuria. L'oltraggio ai potestati vel affectui subiecti*, in *Ann. Fe.*, N.S., 21, 2007, p. 15 ss., spec. p. 45 ss.

²⁷ Pertanto, qualora non si configuri come *levis*, la *territio* può integrare l'elemento violento costitutivo della *quaestio*, del quale rispecchia, in sostanza, anche un effetto primario. La *levis territio* qui rilevante per Ulpiano può raccordarsi con la previsione edittoale che esclude la tutela pretoria per i casi di *levis percussio* e di *levis maledictio* riferita in D. 47.10.15.44 (Ulp. 77 ad ed.), su cui vd. *infra*, nt. 94.

corrente in entrambe le coppie è il termine *tormenta*, a sottolineare, presumibilmente, l'impiego di strumentazione invasiva e di tecniche 'professionali' finalizzate ad estorcere dichiarazioni e dunque esplicativo di quella *vis* che contraddistingue il mezzo.

Tuttavia, il giurista non propone l'equazione concettuale per cui la *quaestio* coincide con i soli *tormenta*, nel qual modo avrebbe probabilmente ristretto eccessivamente l'operatività dell'editto, bensì richiama i concetti di *dolor corporis* e di *vis* a completamento della fattispecie²⁸. In questo modo, giunge a ricomprendere nella definizione – e quindi tra le condotte sanzionate dall'editto – tutti i casi di volontaria inflizione di dolore corporale costituiti non solo dalle forme tipiche di *tormenta* ma anche da ogni altra atipica modalità di impiego di violenza sulla persona atta a cagionare dolore fisico, purché *ad eruendam veritatem*. In altre parole: la *quaestio* è un *genus* concettuale che vede al proprio interno diverse *species*, una (una sola, anche se la più importante) delle quali è costituita dai *tormenta*²⁹.

²⁸ Il vocabolo latino *vis* va qui inteso nell'accezione più estesa di violenza, differenziandosi inoltre dai casi di *vis* considerata antiggiuridica dall'ordinamento romano e sanzionati, nel corso della multiforme esperienza storica, con la predisposizione di strumenti processuali differenziati. Per un'efficace visione d'insieme sul punto vd. M. BALZARINI, s.v. "Violenza (dir. rom.)", in *ED*, 44, 1993, p. 830 ss. Proprio nel titolo D. 48.7, dedicato *Ad legem Iuliam de vi privata*, è riportato il pensiero di Labeone che, per i casi di *quaestio de servo alterius*, rinvia alla disciplina editale, come riferisce Paolo in D. 48.7.4.1 (Paul. 55 *ad ed.*): *Et si quis quaestionem de alterius servo habuisset: et ideo moderatius edicto praetoris de iniuriis utendum esse Labeo ait*. La ragione dell'applicazione della disciplina più moderata rispetto a quella della *lex Iulia* risente della diversa natura della violenza coinvolta. Sul passo vd. *infra*, § 4.

²⁹ La convinzione che la tortura rappresentasse un mezzo idoneo a rafforzare la prova fece sì che assunse essa stessa il nome di *quaestio*: BRASIELLO, s.v. "Istruzione", cit., p. 136 ss. Per le vicende del verbo *quaerere* e dei suoi derivati (tra i quali, appunto, '*quaestio*'), vd. TH. MOMMSEN, *Le droit pénal romaine*, I, in *Manuel des antiquités romaines*, XVII, Paris, 1907, p. 168, nt. 3. Una radiografia sulla valenza polisemantica del termine '*quaestio*' è stata di recente sviluppata da D. MANTOVANI, *Quaerere, quaestio. Inchiesta lessicale e semantica*, in *Index*, 37, 2009, p. 25 ss. (spec. p. 49 ss., p. 59), il quale sottolinea come, al di fuori del lessico più propriamente intellettuale, la mancanza di aggettivazione in riferimento al vocabolo comportasse interferenze di significato pur riscontrandosi nelle fonti una polarizzazione verso l'accezione di interrogatorio giudiziale, preferibilmente sotto tortura. Del resto, i *tormenta* assolvevano ad una pluralità di funzioni nell'ordinamento criminale, finendo per assumere un carattere polivalente. L'impiego della tortura quale trattamento sanzionatorio nell'ambito delle *cognitiones extra ordinem* è approfondo-

Il prosieguito del testo fornisce una specificazione delle condotte che trovano espressione in seno alla delimitazione della nozione di *quaestio*, e cioè la *nuda interrogatio* ad un estremo e la *mala mansio* all'altro.

Interclusa nelle endiadi definitorie del termine *quaestio* è la *nuda interrogatio*, in abbinamento concettuale con la *levis territio*. L'accostamento pare significativo non tanto di un'esclusione assoluta dell'uso di violenza dall'*interrogatio*, sia pur qualificata '*nuda*', quanto del fatto che in essa trova impiego una *vis* considerata di bassa invasività e, dunque, '*levis*'. Parimenti, anche il ricorso a forme di leggera violenza psicologica, quali la *levis territio*, si deve collocare al di fuori della perseguibilità a norma dell'editto *de iniuriis quae servis fiunt*, trattandosi invero di forme di intimidazione fisiologiche all'atto istruttorio.

Non trovandovi, dunque, luogo una *vis* rilevante, la *nuda interrogatio* e la *levis territio* vengono escluse da Ulpiano dalla nozione di *quaestio*.

Soluzione analoga, escludente il semplice *terreri* dall'ambito del *torquere*, si legge anche in D. 29.5.1.33, in tema di *senatus consultum Silanianum*, con specifico riferimento alla discussa esclusione dell'impubere dalla *quaestio* (e dal *supplicium*)⁵⁰:

D. 29.5.1.33 (Ulp. 50 *ad ed.*): *Impuberi autem utrum in supplicio tantum parcimus an vero etiam in quaestione? et magis est, ut de impubere nec quaestio habeatur: et alias solet hoc in usu observari, ut impuberes non torqueantur: terreri tantum solent et habena et ferula vel caedi.*

dito da CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., p. 33 ss., cui rinvio anche per la ragionata rassegna delle fonti giuridiche e letterarie. Accanto alla funzione strumentale per il chiarimento delle circostanze dell'inchiesta, la *quaestio*, adempie altresì ad uno scopo intimidatorio, rappresentando la tortura una pena dal profondo "significato deterrente ed esemplare", così D. DALLA, *Senatus consultum Silanianum*, Milano, 1994, p. 97; ID., *Il Manzoni*, cit., p. 173 ss. (il frammento ulpiano è citato a p. 186), il quale sottolinea che la tortura può assolvere eventualmente ad una più ampia "funzione intimidatoria, terroristica e repressiva" (p. 182). In tema vd. anche *infra*. Inquadra la tortura nell'ottica del cosiddetto "dual-penalty System" GARNSEY, *Social Status*, cit., p. 103 ss.

⁵⁰ Sul senatoconsulto vd. *infra* nel testo e nt. 58.

Il brano è noto per la limitazione che, secondo Ulpiano, si dovrebbe imporre alla facoltà di procedere a tortura nei confronti degli impuberi³¹. Al di là delle peculiarità della fattispecie in esso esaminata, e sulla quale si tornerà in altro momento³², quanto ora interessa rilevare è che dal brano si inferisce che non erano considerate pratiche violente, e tantomeno di tortura, quelle forme leggere di violenza fisica quali le percosse con bastoni leggeri (*habenae e ferulae*), dalla funzione essenzialmente pedagogica e, di conseguenza, rientranti nel novero degli atti di semplice *castigatio*³³. Certo, anche questi atti possono essere finalizzati alla ricerca di informazioni, configurando così un'indagine in senso lato³⁴, *sine vi et tormentis*.

L'impiego di violenza che determini nel soggetto passivo dolore fisico fa invece trasmodare i *tormenta* nella *quaestio*, come insegna Ulpiano nel passo in D. 47.10.15.41: "*cum igitur per vim et tormenta habita quaestio est, tunc quaestio intellegitur*", ove il termine *quaestio* esprime direttamente il significato di indagine tramite tortura.

Non deve essere pretermesso, a questo punto, il fatto che tale nozione pare condotta anche sull'esigenza di individuare i necessari distinguo rispetto alla seconda condotta ricadente *sub edicto*, e cioè la *verberatio*³⁵. La definizione di *quaestio* segue, infatti, nell'anda-

³¹ La modalità della risposta data dal giurista alla domanda se all'impubere vada risparmiato solo il supplizio o anche la tortura mostra come alla soluzione si sia arrivati non in via legislativa bensì interpretativa da parte della giurisprudenza. In tal senso depono la presenza del '*magis est*', indicativo della soluzione preferita da Ulpiano: così N. BELLOCCI, *La tutela dell'ordine pubblico in Ulpiano ex Senatusconsulto Silaniano*, in *Diritto@Storia* 3, 2004 (www.dirittoestoria.it).

³² Sul frammento in D. 29.5.1.33 e sulla tortura degli impuberi vd. cap. III, § 8.

³³ Di sola facoltà di *castigatio* Ulpiano parla anche affrontando il tema dell'acquisto delle *operae* da parte dell'usufruttuario, ove ricorda come, già secondo Sabino, al *fructuarius* fosse consentita soltanto questa forma limitata di violenza, finalizzata ad aumentare la produttività del servo: D. 7.1.23.1 (Ulp. 17 *ad Sab.*): ... *etenim modicam quoque castigationem fructuario competere Sabinus respondit et Cassius libro octavo iuris civilis scripsit, ut neque torqueat, neque flagellis caedat*.

³⁴ Come visto in riferimento a D. 29.5.1.25, sarebbero quindi da includere nella più ampia definizione di *quaestio* che Ulpiano accoglie nella trattazione relativa al senatusconsulto Silaniano.

³⁵ La nozione ulpiana di *verberatio*, offerta sulla base delle parole di Aulo Ofilio, si leggeva già all'interno del 56° libro *ad edictum*, sempre ulpiano, in D. 47.10.5.1, ove il giurista, dopo aver enunciato le tre condotte punite dalla *lex Cornelia de iniuriis* ("*quod quis pulsatus verberatusve domusve eius vi introita siti*")

mento del frammento, un'articolata trattazione dedicata alla *verberatio*³⁶ avvenuta *contra bonos mores*³⁷:

spiega che “*inter pulsationem et verberationem hoc interest, ut Ofilius scribit: verberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore*”. Il giurista distingue, dunque, tra *pulsare* e *verberare* richiamando il concetto del dolore, assente nella *pulsatio* e componente della *verberatio*. Sulla *lex Cornelia de iniuriis* esiste una ricca letteratura: qui si ricorda da ultima, con rinvio alla bibliografia ivi citata, C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia. Contributo allo studio della collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nell'esperienza criminale romana*, Torino, 2011, p. 82 ss.

³⁶ Si annota che Isidoro di Siviglia, nel capitolo dedicato al sistema delle pene legali, inserisce la definizione dei *tormenta* in calce alla trattazione dei *verbera* (*Etym.* 5.27.20-23), come riprendendo lo schema ulpiano. CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., p. 50, dalla constatazione trae la conclusione per cui l'erudito Dottore della Chiesa avrebbe qualificato i *tormenta* tra quei *genus poenarum* consistenti in una *coercitio corporis* al pari dei *verbera*.

³⁷ Il requisito della contrarietà ai *boni mores* è spiegato in D. 47.10.15.38 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Adicitur “adversus bonos mores”, ut non omnis omnino qui verberavit, sed qui adversus bonos mores verberavit, teneatur: ceterum si quis corrigendi animo aut si quis emendandi, non tenetur*. Nei confronti degli schiavi altrui, quindi, la *verberatio* è ritenuta conforme ai *boni mores* finché mantenuta nell'ambito dell'*emendatio* e della *correctio* (vd. anche *infra*, cap. I, nt. 90). Il contenuto oggettivo dei *boni mores*, da rapportarsi al senso ad essi dato dalla comunità e non ai costumi dell'agente, viene spiegato da Labeone a proposito del *convicium* in D. 47.10.15.5 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Sed quod adicitur a praetore “adversus bonos mores” ostendit non omnem in unum collatam vociferationem praetorem notare, sed eam, quae bonis moribus improbat quaeque ad infamiam vel invidiam alicuius spectaret*. 6. *Idem [Labeo] ait “adversus bonos mores” sic accipiendum non eius qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis*. Cfr. TH. MAYER-MALY, *Contra bonos mores*, in *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser*, München, 1986, p. 151 ss.; J. PLESCIA, *The development of the Doctrine of boni mores in Roman Law*, in *RIDA*, 34, 1987, p. 301. In tema M. FUHRMANN, s.v. “*Verbera*”, in *PWRE*, Suppl. 9, 1962, coll. 1589 ss.; L. RODRÍGUEZ-ENNES, *Sobre los orígenes de la prohibición legislativa de la verberatio Civis*, in *Estudios en homenaje al Prof. F. Hernandez-Tejero*, II, Madrid, 1994, p. 483 ss.; ID., *La “provocatio ad populum” como garantía fundamental del ciudadano romano frente al poder coercitivo del magistrado en la época republicana*, in *Studi Biscardi IV*, Milano, 1983, p. 73 ss.; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, 1996, p. 1058, che la considera un tipico esempio di “indirect iniuria”; C. CASCIONE, *Verberabilissime*, in *Index*, 25, 1997, p. 473 ss. Solo in epoca successiva alla *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, grazie all'interpretazione dei termini ‘*homo*’ e ‘*occidere*’, si giunse alla perseguibilità dell'omicidio del servo. In tema vd. per tutti M. MIGLIETTA, *Servus dolo occisus. Contributo allo studio del concorso tra actio legis Aquiliae e iudicium ex lege Cornelia de sicariis*, Napoli, 2001, p. 37 ss. Sullo sviluppo postclassico dell'*emendatio servi* vd. G. RIZZELLI, *C.Th. 9.12.1 e 2*, in *Rivista di Diritto Romano*, 5, 2005 (www.ledonline.it/rivistadiritto-romano). Di recente, si legga anche DESANTI, *Più iniuriae*, cit., p. 45 ss.

D. 47.10.15.40 (Ulp. 77 ad ed.): “*Verberasse*” dicitur abusive et qui pugnis ceciderit.

Il caso dei pugni appare costituire un’ipotesi di confine (“*abusive dicitur*”), caratterizzata da una violenza attuata con le sole mani, quindi con modalità meno offensive e dolorose rispetto all’uso di verghe o bastoni (“*loris caedere*”)³⁸. In questo passo l’esigenza definitiva riguarda direttamente le divergenze tra *verberare* e *quaerere*³⁹. Il criterio del *dolor* sopra visto non è sufficiente, in quanto trattato comune ad entrambe le fattispecie. Anche il riferimento al mancato rispetto dei *boni mores* (per la *verberatio*) e all’assenza del *iussus domini* (nella *quaestio*) non pare risolutivo in termini comparatistici, risolvendosi nella delimitazione interna delle fattispecie. Ciò che finisce, invece, per assumere rilevanza decisiva è lo scopo cui tende il *dolor* che, nella *quaestio*, deve essere caratterizzato dal fine della ricerca della verità: “*tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem*”⁴⁰.

³⁸ Secondo CURSI, *Iniuria*, cit., p. 121 ss., Ulpiano, nel commentare il lemma *verberare*, pare considerare l’ipotesi del *pugnis caedere* come ipotesi di carattere residuale; pertanto, la *verberatio* doveva più propriamente configurarsi come una percossa maggiormente devastante, perché realizzata forse con verghe o bastoni. In tal senso conforta la lettura del caso esposto in D. 47.10.15.39 (Ulp. 77 ad ed.): *Unde quaerit Labeo, si magistratus municipalis servum meum loris ruperit, an possim cum eo experiri, quasi adversus bonos mores verberaverit. Et ait iudicem debere inquirere, quid facientem servum meum verberaverit: nam si honorem ornamentaque petulanter adtemptantem ceciderit, absolvendum eum.*

³⁹ Nella ricostruzione di LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 774, la frase riportata nel passo in D. 47.10.15.40 precede la definizione di *quaestio* di cui a D. 47.10.15.41 nel seguente modo: [§ 1357] “*Verberasse*” dicitur abusive et qui pugnis ceciderit. *Quaestionem intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem. Nuda ergo interrogatio vel levis territio non pertinet ad hoc edictum. quaestionis verbo etiam ea, quam malam mansionem dicunt, continebitur. Cum igitur per vim et tormenta habita quaestio est, tunc quaestio intellegitur. Sed et si iussu domini quis quaestionem habeat, modum tamen excesserit, teneri eum debere Labeo ait.*

⁴⁰ Significativa l’indicazione etimologica in A. FORCELLINI, *Lexicon totius Latinitatis*, II, Patavii, 1940, p. 302, s.v. “*eruo*”: “*effodere, extrahere, educere... extrahere per vim*” (cfr. Tac., *Hist.* 3.83). Il verbo ha, dunque, insita l’idea dell’uso della violenza (“*motu violento eximere*”). Nel *Thesaurus Linguae Latinae*, V.2, Lipsiae 1931-1955, coll. 843 ss., si spiega che il predicato “*eruo*” deriva infatti da *ex e ruere, extrahere, educere*, nel senso di “*investigare... estirpare motu violento*”. Cfr. anche A. FORCELLINI, *Lexicon totius Latinitatis*, IV, Patavii 1940, p. 101 ss., s.v. “*re-*

In sostanza, l'endiadi *verberatio* – *quaestio* pare racchiudere, nell'ambito di rapporti privati, il complesso della violenza fisica esercitata sulle persone servili altrui con finalità sia punitive sia investigative. Ulpiano non marca quindi la distinzione tra *quaestio* e *verberatio* sotto il profilo oggettivo, ove le differenze appaiono dal confine incerto, anche se forse la *vis* impiegata nella *quaestio* appare più intensa, finanche più sofisticata. La differenza opera sul piano teleologico: a differenza della *verberatio*, in cui la violenza appare esaurire di norma il suo scopo nella brutale punizione se non nella rappresaglia, nella *quaestio* i *tormenta*, o comunque il *dolor*, appaiono una sorta di violenza 'organizzata' e finalizzata che persegue, attraverso il dolore fisico e previa predisposizione di mezzi e persone⁴¹ *ad hoc*, un fine ulteriore, rappresentato dalla ricerca della verità.

In conclusione, si può dunque affermare che, rispetto ad un ambito oggettivo potenzialmente coincidente, la distinzione opera sulla base della finalità della violenza e del *dolor*. Laddove *quaestio* e *verberatio* sono accomunate dalla *vis* e dal *dolor*, qualificandosi entrambe in termini di abuso (al di là della volontà del *dominus* la prima, al di là dei *boni mores* la seconda), si rende necessario distinguere la violenza volta alla ricerca di informazioni (concetto che esprime la traslazione concreta del concetto astratto di *veritas*) da quella scevra da questa finalità, perché mirante all'inflizione di dolore corporale per finalità punitive se non di rappresaglia.

Ritornando alla definizione ulpiana in D. 47.10.15.41, Ulpiano, dopo aver escluso la *nuda interrogatio* e la *levis territio*, comprende nella nozione di *quaestio* anche la cosiddetta '*mala mansio*'⁴², pra-

quiro": "requiro est idem fere quod quaero, diligenter quaero, rursus aut saepius quaero. quaerere et requirere hoc differtur quod requirere est diu quaerere... similiter pro inquirere, inspicere, animadvertere".

⁴¹ Sul ruolo del *tortor* vd. P. PAVÓN, *Cruenta flagella tortorum* (Mart. Ep. 2.17) o *el oficio del torturador*, in *Athenaeum. Studi periodici di letteratura e storia dell'antichità*, 95.1, 2007, p. 377 ss., il quale partendo dall'epigramma 2.17 di Marziale affronta la distinzione tra *carnifex* e *tortor* giungendo alla conclusione che il secondo lavorava al soldo dei privati come dello Stato. Anche Cicerone parla di *tormenta* come "opus *tortoris*" ("Quid opus est *tortore*?": *pro Milo* 21.57 ss.). Vd. anche *infra*, cap. III, § 2.

⁴² Sulla pratica della *mansio mala* vd. EHRHARDT, s.v. "*Tormenta*", cit., coll. 1780 ss.; ma soprattutto R. TAUBENSCHLAG, s.v. "*Mansio mala*", in *PWRE*, XIV.1, Stuttgart, 1928, coll. 1251 ss., che ne ricorda la pluralità di funzioni, quale mez-

tica di tortura la cui essenza non viene in questa sede descritta ma è data per conosciuta: “*quaestionis verbo etiam ea, quam malam mansionem dicunt, continebitur*”. Incidentalmente, si osserva che il fatto che Ulpiano senta la necessità di fornire questa precisazione pare significativo di una possibile controversia, in rapporto alla quale il giurista ritiene di prendere posizione nel senso di annoverare anche la *mala mansio* tra le forme di *quaestio*, quale “*tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem*”.

Plausibilmente, la sottoposizione dello schiavo alla *mala mansio*, di certo causativa di dolore, non era necessariamente finalizzata alla ricerca della verità. In ogni caso, la *mala mansio* non pare inclusa tra le forme tipiche di *tormenta*⁴³, ma viene ricollegata direttamente al più ampio concetto di *quaestio*, come se l’inserimento di questa annotazione particolare rappresentasse un’esemplificazione di quelle altre atipiche forme di violenza corporale cui riteniamo Ulpiano abbia inteso riferirsi.

Qualche ulteriore elemento su questa peculiare forma di tortura si legge in un altro passo ulpiano, tratto dal trentesimo libro di commento all’editto ed inserito nel titolo dedicato all’*actio depositi vel contra*:

D. 16.3.7 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*): *Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere.*

Il caso concerne il deposito di uno schiavo, consegnato in custodia perché fosse sottoposto a *quaestio*⁴⁴. Il sequestratario, spinto da

zo di tortura e quale strumento per prevenire la fuga dei detenuti (ivi le principali fonti in tema).

⁴³ Altrimenti l’espressione usata avrebbe potuto essere all’incirca del seguente tenore: “[*Tormenta*] *etiam ea, quam malam mansionem dicunt, continebitur*”.

⁴⁴ Si noti che anche in questo frammento Ulpiano considera la *mansio mala* una forma di *quaestio*, laddove non vi è alcun riferimento al termine *tormenta*.

misericordia, slega però lo schiavo depositato, già “*ad malam mansionem extensum*”⁴⁵.

Il punto di diritto attiene al tipo di responsabilità addebitabile al sequestratario⁴⁶ che, spinto da misericordia, ha liberato il servo che era già legato o disteso per la tortura. Ulpiano afferma che il comportamento del *sequester* deve essere giudicato ‘prossimo al dolo’ (“*dolo proximum esse*”): infatti, pur essendo consapevole di ciò a cui era tenuto, il comportamento misericordioso⁴⁷ scelto si di-

⁴⁵ È senz'altro drammatica la resa del participio *extensus* con la particella *ad* e l'accusativo, formula che, già grammaticalmente, evoca un movimento che si spinge fino ad un punto di tensione. Il punto di arrivo della ‘stesura’ è definito, appunto, *mala mansio*: avuto riguardo al corpo di un uomo sottoposto a tortura, evoca l'atroce immagine di una persona sottoposta alla stiratura degli arti fino ad una posizione oltre il limite della sopportazione. Sull'eculeo si richiama l'eloquente definizione di Isidoro di Siviglia, *Etym.* 5.21: “*Eculeus autem dictus quod estenda*”, che riprende lo stesso verbo ‘*extendere*’ di D. 16.3.7pr. Cfr. anche ARCE, *Sub eculeo*, cit., p. 359 ss. Una pratica del tutto simile è quella attestata nel *Martyrium Lugdunensium* riportato da Eusebio in *Historia Ecclesiastica* 5.1.27 (da *Atti e Passioni dei Martiri*, a cura di A.A.R. Bastiansen, Milano, 1988), p. 74. Il testo, nel riferire il martirio della comunità lionese negli anni 177-178 d.C., descrive alcune forme di tortura praticate dai carcerieri, tra cui lo “stiramento delle gambe fino al quinto dente” praticato sulla macchina della tortura. La pratica era inserita in un contesto di orribili vessazioni fisiche accompagnate da interrogatori finalizzati all'ottenimento di confessioni abiuranti (vedi in part. 5.1.20 e 22), condotti in forza di accuse di cene tiestee e di connubi edipici (5.1.14). L'uso dei *tormenta* nel processo contro i Lionesi è l'unico del periodo anteriore alla persecuzione di Decio, salvo il caso di Carpo e Papilo, di dubbia datazione. In tema vedi G. LANATA, *Gli atti dei martiri come documenti processuali*, Milano, 1973, p. 68 nt. 108 e p. 133 ss. Il resoconto del martirio di Carpo e di Papilo, peraltro, è uno di quelli che risultano aver subito maggiori manipolazioni, finalizzate ad accentuare la sovrumana capacità del martire di resistere a tutti i tormenti, nella delineazione di un testimone audace fino all'oltraggio, capace di affrontare le prove più tremende grazie alla forza miracolosa infusa direttamente da Cristo (*op. ult.*, cit., p. 35).

⁴⁶ Sul sequestratario vd. spec. G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro “omittendae possessionis causa”*, in *AUPA*, 40, 1988, p. 217 ss.; G. NICOSIA, *La pretesa possessio del sequestratario*, in AA.VV., *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggin*, Milano, 2002, p. 277 ss.; B. ALBANESE, *Il possesso del sequestratario*, in *AUPA*, 48, 2003, p. 45 ss. (ora in *Scritti giuridici*, 4, Torino, 2006, p. 1205 ss.), ove la principale letteratura in argomento.

⁴⁷ Cfr. D. 11.3.5pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): *Doli verbum etiam ad eum qui recepit referendum est, ut non alius teneatur, nisi qui dolo malo recepit: ceterum si quis, ut domino custodiret, recepit vel humanitate vel misericordia ductus vel alia probata atque iusta ratione, non tenebitur*. Sul rapporto tra *dolus* e *misericordia* vd. W. LITIEWSKI, *Dolus et misericordia dans le droit romain classique*, in *Archivium Iuridicum Cracoviense* 5, 1972, p. 91 ss. Sul passo in D. 16.3.7pr. vedi spec. A.D.

mostra tardivo e meglio sarebbe stato evitare, con tempestività, di assumere l'incarico piuttosto che frustrare le aspettative della controparte. La conclusione ulpiana appare dunque, pur con qualche lieve riserva⁴⁸, favorevole alla possibilità di esperire contro il depositario l'*actio depositi*⁴⁹. A ben vedere, al pietoso comportamento del *sequester* consegue un particolare effetto lesivo per il depositante: più che l'inadempimento dell'obbligazione di custodia cui è tenuto il depositario, la liberazione dello schiavo legato per la tortura annulla gli effetti costrittivi derivanti dalla forma di violenza esercitata sullo stesso e, di conseguenza, vanifica la finalità del deposito⁵⁰. In altre parole, la causa del contratto va qui individuata nell'effettuazione

MANFREDINI, *Misericordia ductus*, in *Ann. Fe.*, N.S., 5, 1991, p. 10 ss. (= *RIDA*, 39, 1992, p. 203 ss.).

⁴⁸ In tal senso pare deporre anche la tecnicamente debole espressione "*dolo proximum esse quod factum est arbitror*" con la quale Ulpiano, pur prendendo posizione a favore del dolo (pure adombrato in fondo al frammento dal verbo *decipere*), pare manifestare riserve sulla tipicità della fattispecie. Sull'espressione si veda in particolare MANFREDINI, *Misericordia ductus*, cit., p. 14 ss. Vedi anche L. MAGANZANI, *La "diligentia quam suis" del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, in *Rivista di Diritto Romano*, III, 2003, p. 113 ss.

⁴⁹ Optano per questa soluzione MANFREDINI, *Misericordia ductus*, cit., p. 12 ss., il quale osserva che il depositario "slegandolo [lo schiavo], viene meno a un suo obbligo contrattuale, che è quello di custodire uno schiavo legato", e B. ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, in *AUPA*, 23, 1953, p. 99. La particolarità della fattispecie legittima comunque la cautela circa l'applicazione della regola, esposta da Ulpiano in D. 16.3.5.1, per cui "*in sequestrem depositi actio competit*". Secondo V. ARANGIO-RUIZ, *Studi sulla dottrina romana del sequestro (I. - Sequestro volontario e sequestro giudiziale)*, in *AG* 76, 1906, p. 471 ss. (= *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, p. 61 ss.), si tratta di un caso di deposito. Cfr. G. BROGINI, *Introduction au sequester*, in *Mélanges Meylan*, I, Lausanne, 1963, p. 6, che correttamente coglie il collegamento tra deposito *apud sequestrem* e ottenimento dell'assicurazione di un mezzo di prova, quale la confessione da utilizzare nel processo. Individua una responsabilità extracontrattuale A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit II*, Halle 1895, p. 200 ss., spec. p. 227 e nt. 1, per il quale l'*actio de dolo* sarebbe sostituita da un'*actio in factum*, non perché difetti il *dolus* ma per la presenza di motivi lodevoli che avevano spinto il depositario all'azione.

⁵⁰ La fattispecie esaminata, infatti, si distingue dal caso in cui la misericordiosa liberazione dello schiavo è compiuta *ut fugeret*, e cioè allo scopo di consentirne la fuga: D. 4.3.7.7 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.*

della tortura (“*ut quaestio de eo haberetur*”) e pertanto la sua frustrazione⁵¹ determina una violazione contrattuale. In questi termini, l’atteggiamento misericordioso, quale motivo dell’inadempimento, si presenta irrilevante ai fini della valutazione di tale comportamento. La tutela della funzione d’indagine comporta, dunque, la soggezione a responsabilità contrattuale del sequestratario che, coinvolto nella fase esecutiva della tortura⁵², impedisce però il conseguimento della finalità.

Si nota, infine, che nel passo non compare alcuna considerazione di tipo patrimoniale sul valore del servo, valore che la mancata sottoposizione ai *tormenta* consente di salvaguardare: ciò ad ulteriore conferma del fatto che quanto rileva è la capacità dichiarativa del servo e che proprio la diminuzione di essa viene ritenuta meritevole di risarcimento.

Da quanto sin qui visto scaturiscono alcune domande, avuto soprattutto riguardo al particolare ambito in cui la definizione ulpiana in D. 47.10.15.41 si muove. Viene in effetti da chiedersi per quale ragione il giurista esprima la definizione della *quaestio*, ormai tipico mezzo investigativo, in un contesto prettamente privatistico e, soprattutto, per quale ragione i giustinianei ve l’abbiano mantenuta.

Come si è rilevato, Ulpiano include nel concetto di *quaestio* tutte quelle attività caratterizzate dall’inflizione di sofferenza fisica arrecata mediante due precise modalità (“*per vim et tormenta*”) che trovano il comune denominatore nella finalità con essa perseguita, la ricerca della verità: “*tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem*”. Il giurista sottolinea così, in modo che pare trascendere l’intento esplicativo, la finalità investigativa dello strumento connotata dalla ricerca della *veritas*, concetto quantomeno riferibile all’informazione nascosta ma rilevante e decisiva, e che si può ritenere

⁵¹ Si noti come il passo parli appunto di *suscipere* e di *decipere causam*.

⁵² Il *sequester* non pare essere colui cui spettasse anche l’esecuzione della tortura, apparendo anomala la fattispecie di un deposito con assunzione dell’obbligo di tortura, come correttamente nota MANFREDINI, *Misericordia ductus*, cit., p. 11, nt. 39. Verosimilmente il depositario aveva assunto solo l’obbligazione di custodire il servo nelle more della *quaestio* (eseguita da un terzo) o durante il tempo della *mansio* (tempo indeterminabile, in quanto legato all’ottenimento della dichiarazione).

equivalente, nella sostanza, a quanto può venire accettato come verità conclusiva di un processo di accertamento⁵³.

Lo stile definitorio lascia sospettare un'intenzione ideologica tesa ad abbinare la feroce prassi della tortura a superiori esigenze investigative, intenzione verosimilmente legata al contesto storico del III secolo d.C., laddove i *tormenta* trovano, nel campo privato come in quello pubblico, applicazioni sempre più indiscriminate (pensiamo ai processi *de maiestate*)⁵⁴.

Sebbene nel commentare l'editto il giurista affermi che le sofferenze fisiche inflitte mediante tortura sono imposte *ad eruendam ve-*

⁵³ Ma, come noto, in parallelo al conclamato fine della ricerca della verità si levano corrispondenti voci che pongono in dubbio l'effettiva attendibilità, e quindi la veridicità, delle dichiarazioni così ottenute. Al riguardo, appare esemplare la riflessione dello stesso Ulpiano, ma esposta all'interno dell'ottavo libro *de officio proconsulis*, riferita in D. 48.18.1.23 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Quaestioni fidem non semper nec tamen numquam habendam constitutionibus declaratur: etenim res est fragilis et periculosa et quae veritatem fallat*. Anche se il contesto è differente (infatti il passo in D. 47.10.15.41, provenendo dal commento editale, riguarda la tortura privata mentre il *de officio proconsulis* attiene alla tortura ordinata dal magistrato), pare interessante sottolineare che lo stesso giurista che addita nella ricerca della verità il fine primario della *quaestio* è anche colui che parimenti risalta l'aspetto fallace del mezzo. La scarsa *fides* che si poteva riporre nei *tormenta* come mezzo investigativo emerge d'altronde anche in quei passi che affermano, da un lato, l'insufficienza della *quaestio* di un solo servo ai fini dell'accertamento della verità, dall'altro pongono come condizione per il suo espletamento la sussistenza di altri fondati sospetti. Su questa tematica e sul frammento in D. 48.18.1.23 vd. spec. *infra*, cap. III.

⁵⁴ Sulla *maiestas* vd. per tutti MOMMSEN, *Le droit pénal*, I, cit., p. 234 ss.; D. CLOUD, *The text of Digest XLVIII, 4: ad legem Iuliam maiestatis*, in ZSS, 80, 1963, p. 206 ss.; R.A. BAUMAN, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg, 1967; ID., *Impietas in principem: A study of treason against the Roman emperor with special reference to the first century A.D.*, München, 1974, p. 275 ss.; W. SEITZ, *Maiestas: eine bedeutungsgeschichtliche Untersuchung des Wortes in der Republik und Kaiserzeit (bis ca. 200 n. Chr.)*, Innsbruck, 1973; PUGLIESE, *Linee generali*, cit., p. 750 ss.; FASANO, *La torture judiciaire*, cit., p. 141; SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 217 ss., p. 337 ss., p. 256 ss.; RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., *passim*; ID., *L'acquisizione della prova*, cit., p. 131 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La disciplina del crimen maiestatis tra tardo antico e medioevo*, in *Diritto e giustizia nel processo*, 2002, p. 361 ss. (confluito in *Crimina e delicta nel Tardo Antico. Atti del Seminario di Studi. Teramo, 19-20 gennaio 2001*, a cura di F. Lucrezi e G. Mancini), Milano, 2003, p. 123 ss.; F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro*, Napoli, 2006, p. 109 ss.; J. HEINRICH, *Zwischen falsum und (laesae) maiestas: Münzdelikte im römischen Recht*, in ZPE, 166, 2008, p. 247 ss.

ritatem, pare tuttavia possibile evidenziare come nell'ambito squisitamente domestico, cui attiene il disposto edittale, la tortura dei servi sia vista soprattutto quale lesione dei diritti del *dominus*.

Il contesto in cui la definizione viene resa potrebbe quindi indurre a ritenere che la *veritas* perseguita da chi procede alla *quaestio* sia considerabile alla stregua di un 'bene privato', circoscritta alla sfera di interesse attinente al padrone del *tortus*. Una tale lettura appare, a primo acchito, riduttiva del tema e della sua portata. Ma, a ben vedere, la sfera di interesse così individuata è suscettibile di superare i propri confini, variando morfologia a seconda delle circostanze: talora, ad esempio, il caso può vertere su un interesse del tutto personale del *dominus* a scoprire un'informazione a lui utile; altre volte, invece (anzi, la tutela pretoria nasce proprio nei casi di tortura non autorizzata dal *dominus*), la tortura appare come strumento insidioso messo in atto da terzi per ottenere, con modalità facilmente definibili come estorsive, accuse ai danni del *dominus*, ipotesi che attribuisce al tema una connotazione di portata più ampia. Ad essa non è in ogni caso estraneo un risvolto economico: è in effetti indubitabile il fatto che la *quaestio* può assumere i connotati di *iniuria* verso il *dominus*, posto che la tortura si traduce in un detrimento dell'onore e del decoro come del patrimonio dominicale.

La visuale di fondo con la quale il giurista severiano guarda alla tortura in questo commento resta, dunque, quella tipica dell'*iniuria*, ed è anche per questa ragione che Ulpiano esclude dall'alveo della *quaestio* la *nuda interrogatio* e la *levis territio*, in quanto non colpite dall'editto in discorso: si tratta di due situazioni che non paiono causare nocimenti (almeno di rilievo) alla *res* in proprietà e, di conseguenza, al *dominus*.

Resta peraltro stridente il contrasto tra l'individuazione delle condotte contro cui viene posta la tutela del magistrato edicente (*quaestio cum tormentis*) e la descrizione delle stesse in termini ideologicamente (o, se vogliamo, eticamente) giustificativi della finalità. Astrattamente parlando, si potrebbe anche ipotizzare che il fine di *eruerе veritatem* rappresenti, nel pensiero del giurista, un obiettivo atto a sanare la stessa illiceità dell'*iniuria*.

Il tono e l'impostazione della definizione, tuttavia, sembrano andare al di là della cornice puramente privatistica oggetto dell'edit-

to. Su di essa, infatti, il giurista pare operare una sorta di innesto con la concezione pubblicistica, di carattere marcatamente processuale, in linea con la funzione che ai suoi tempi ormai la *quaestio* rivestiva.

L'impressione è, dunque, che nel passo di commento *ad edictum*, e ancor più nel tessuto del titolo giustiniano, il fine dichiarato della ricerca della verità sia una sovrapposizione concettuale, non corrispondente alla finalità originaria riconosciuta al mezzo in riferimento ai casi contemplati dall'editto, volta piuttosto alla tutela dominicale⁵⁵. La tensione alla ricerca della verità con cui Ulpiano ammantava lo strumento appare piuttosto l'ottica tipica del processo *extra ordinem*, in riferimento al quale si configura anche come limite per i giudicanti.

La trattazione dell'editto sull'*iniuria* ha, dunque, sostanzialmente rappresentato l'occasione per precisare i contorni del concetto di *quaestio*, la cui enunciazione, in effetti, pare assente negli scritti giurisprudenziali sino al commento di Ulpiano, salvo – come si vedrà a breve – l'altra definizione all'interno del 50° libro *ad edictum* dello stesso giureconsulto.

Al riguardo occorre aggiungere un ulteriore tassello. Sotto il profilo casistico, la definizione ulpiana si confronta con il frammento immediatamente susseguente, ove viene richiamata un'opinione di Labeone dalla quale pare emergere un'ulteriore estensione di questa forma di *iniuria* all'uso della tortura anche in presenza di benessere del *dominus*⁵⁶:

⁵⁵ DALLA, *Il Manzoni*, cit., p. 186 ss., nota che “quando Ulpiano... definisce la *quaestio* non esita a collegarla per definizione allo scopo di raggiungere la verità”, osservando altresì che “il giurista si muove all'interno del sistema che l'ha introdotta [la *quaestio*] e giustificata come mezzo per scoprire la verità, per poi... utilizzarla, ove necessario, come mezzo punitivo, repressivo e intimidatorio. Le riflessioni critiche intorno alla tortura (di cui a D. 48.18.1.23 e i passi dei retori...) restano fini a se stesse, non avendo messo in luce che anche nella possibilità di una confessione non veridica sta una ragione del suo esistere. E nel non chiarito rapporto fra il fine apparente di mezzo istruttorio teso alla verità e quello dissimulato suggerito dall'esercizio del potere in un certo modo continuerà a perpetuarsi l'equivoco”.

⁵⁶ Si veda al riguardo la ricostruzione del testo elaborata da LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 774, § 1357, già riferita *supra*, nt. 39.

D. 47.10.15.42 (Ulp. 77 ad ed.): *Sed et si iussu domini quis quaestionem habeat, modum tamen excesserit, teneri eum debere Labeo ait.*

L'offensività del comportamento di colui che esegue una *quaestio* anche con l'assenso del *dominus* si riespande, secondo il pensiero labeoniano, nel momento in cui il torturatore travalichi il *modus* consentito (“*si... modum... excesserit, teneri eum debere*”). L'eccesso determinerà la ricaduta di simile *quaestio* nell'ambito dell'*iniuria*⁵⁷.

L'*eruerere veritatem* indicato da Ulpiano quale fine dei *tormenta et corporis dolorem* caratterizzanti la *quaestio* appare ora sovrabbondante se calibrato sull'ipotrofica tutela della persona servile. Sol tanto in parte esso fa propria ed esprime l'esigenza che la tortura dei servi non debba essere oggetto di abusi, esigenza che, forse *in nuce* nell'elaborazione edittale come nella sensibilità di giuristi ed imperatori, è con maggior certezza attribuibile nella sua fase iniziale alla tutela degli interessi dominicali.

In realtà, il richiamo ulpiano alla ricerca della verità appare criterio di carattere valutativo e giustificativo già modellato sul piano pubblico-processuale, ove meglio si attaglia. In quest'ottica si può leggere la forzatura definitoria del giurista che cerca di ricondurre ad un alveo che originariamente non le è proprio una pratica che ormai, differenziandosi dal potere punitivo, assumeva di norma connotati di ricerca di elementi destinati alla sede processuale.

E in questa sede, la verità, cercata e ottenuta con metodi violenti e dolorosi, eticamente incompatibili con la qualità di cui è portatrice, diviene invero oggetto di articolata declinazione.

Questo può fornire una risposta all'interrogativo circa il motivo per cui la più celebre definizione di *quaestio* ha trovato luogo in materia privatistica: forse il giurista intendeva esplicitare il dato che la tortura, anche domestica, non doveva più essere mera espressione della *dominica potestas* ma doveva rispondere ad una logica di

⁵⁷ Al di là della specificità della tematica in cui si muove Labeone, un dato da sottolineare è che la previsione di un *modus*, ossia di un limite da non oltrepassare, ricorda molto il criterio del '*quatenus*' che lo stesso Ulpiano richiama in D. 48.18.1pr. (frammento sul quale si veda più approfonditamente più avanti nel testo) come uno dei tre canoni fondamentali cui deve ispirarsi la disciplina del mezzo.

più ampio respiro, nel quadro di superiori esigenze investigativo-processuali.

In apparente contrasto con l'orientamento sin qui delineato è un'altra definizione di *quaestio* offerta dallo stesso Ulpiano, nel peculiare contesto disciplinato dal senatoconsulto Silariano:

D. 29.5.1.25 (Ulp. 50 *ad ed.*): *Quaestionem autem sic accipimus non tormenta tantum, sed omnem inquisitionem et defensionem mortis.*

Il provvedimento senatorio, la cui datazione è discussa ma certamente anteriore al 61 d.C., prevedeva *quaestio* e *supplicium* della *familia* servile in caso di uccisione violenta del *dominus*⁵⁸. Sui servi, infatti, gravava un preciso obbligo di difendere il padrone, la cui incolumità dovevano proteggere, e il non averla positivamente garantita era condizione sufficiente per far scattare la severa disciplina *ex Silariano*, sulla base di una presunzione di complicità a loro carico. L'estremo rigore della norma si giustifica in una dimensione che va ben oltre l'interesse e il bisogno di vendetta del singolo, configurandosi soprattutto come una necessità di tutela dell'ordine pubblico e della classe sociale dominante⁵⁹.

⁵⁸ Sul provvedimento vd. spec. DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 34 ss. (per la datazione), p. 123, p. 142 nt. 20 (per il frammento citato nel testo); G.I. LUZZATTO, *Sull'obbligo degli eredi di vendicare l'uccisione dell'ereditando*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1934, p. 543 ss.; R. MARTINI, *Alcune osservazioni sul senatoconsulto Silariano*, in *Jus*, 16, 1965, p. 365 ss.; ID., *In margine a una recente ricerca sul Silarianum*, in *Studi Sanfilippo*, III, Milano, 1983, p. 421 ss.; A. WATSON, *Roman Slave Law*, London, 1987, p. 134 ss.; J.G. WOLF, *Das Senatus Consultum Silarianum und die Senatsrede des C. Cassius Longinus aus dem Jahre 61 n. Chr.*, Heidelberg, 1988; FASANO, *La torture judiciaire*, cit., p. 105 ss.; A.D. MANFREDINI, *La casa, il tetto, l'audire e il sentire nel Silariano*, in *Ann. Fe.*, N.S., 18, 2004, p. 15 ss.; BELLOCCI, *La tutela dell'ordine pubblico*, cit., *passim*.

⁵⁹ Il riferimento alla *defensio mortis* a proposito della *quaestio servorum*, indicativo del più generale *officium* della vendetta (*ultio, vindicta*) dovuto alla memoria del defunto, rimane comunque generico, posto che espressioni simili sono comunemente usate in materia penale a significare la concezione retributiva della pena sia pubblica che privata: cfr. E. NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Milano, 1937, p. 186; LUZZATTO, *Sull'obbligo degli eredi*, cit., p. 576 ss.; F. DE ROBERTIS, *La funzione della pena nel diritto romano*, in *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, p. 178; DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 142 ss.

Nell'ambito della trattazione in merito al senatoconsulto, Ulpiano espone una raffigurazione dello strumento differente da quella elaborata nel 77° libro *ad edictum* in riferimento alle indagini in materia di *iniuriae quae servis fiunt*, ove il concetto di *quaestio*, gravato dall'elemento del *corporis dolorem* ed arrecato *per vim et tormenta*, è volto *ad eruendam veritatem* (D. 47.10.15.41).

La definizione offerta dal giurista in questo peculiare ambito appare più sfumata rispetto a quella sopra esaminata nonché rispetto a quello che è dato cogliere nella legislazione imperiale quale riportata esemplarmente, e significativamente, in D. 48.18. In questo frammento, infatti, i contorni della nozione di *quaestio* si dilatano, a ricomprendere non soltanto l'interrogatorio *cum tormentis* ma qualunque atto di natura investigativa caratterizzato dalla *defensio mortis*. La differente ottica non stupisce, qualora si pensi che simile definizione è data solo a proposito del Silaniano e con riguardo ad esso⁶⁰.

In particolare, le differenze riscontrabili nelle due definizioni esposte in D. 47.10.15.41 e D. 29.5.1.25 sono sostanzialmente tre, una negativa, caratterizzata da una mancanza, e due positive, contrassegnate da elementi aggiuntivi.

In primo luogo, laddove nel contesto dell'*iniuria* trova esplicitazione il fine della ricerca della verità ("*ad eruendam veritatem*"), la *quaestio ex senatus consulto Silaniano* non viene espressamente ricollegata alla *veritas*.

Tratto comune è, invece, l'esistenza di un'esigenza investigativa, richiamata dal termine *inquisitio* in D. 29.5.1.25, ricavabile dal contesto in D. 47.10.15.41, oltre che dall'impiego del verbo *eruerre*, dalla chiara matrice inquisitoria. Nell'ambito del senatoconsulto l'elemento materiale dell'indagine (*inquisitio*) viene infatti abbinato ad uno specifico elemento teleologico, la *defensio mortis*, dal carattere punitivo⁶¹.

⁶⁰ Cfr. EHRHARDT, s.v. "*Tormenta*", cit., col. 1776, seguito da DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 123, che rileva come in svariati passi del titolo giustiniano il termine *quaestio* abbia un significato interscambiabile con *tormenta*, del quale appare anzi un sinonimo. Sulla *defensio* (ma altrove *ultio*, *vindicta*) *mortis* come scopo fondamentale del provvedimento vd. spec. DALLA, *ib.*, p. 142.

⁶¹ La ricerca della verità non è in effetti la finalità primaria del senatoconsulto, che assolve piuttosto ad una più ampia funzione politica: DALLA, *Il Manzoni*, cit., p. 176.

Inoltre, a fronte del dato che la *quaestio* definita in D. 47.10.15.41 è esclusivamente quella violenta (“*per vim et tormenta habita quaestio*”), rimanendo espressamente escluse le fattispecie di “*nuda interrogatio vel levis territio*”, la *quaestio ex senatus consulto* presenta, invece, uno spettro esecutivo configurato in maniera tale da ricomprendere anche gli atti inquisitori non violenti (“*non tormenta tantum, sed omnem inquisitionem*”).

Questa caratterizzazione assume un significato più intenso se si pensa che la *vindicta* (o *defensio*) *mortis* spettava solamente in caso di uccisione del padrone *per vim* (D. 29.5.1.21) e non anche quando l’uccisione avveniva “*veneno vel etiam quo alio quod clam*” (D. 29.5.1.18): la *vis* si combatte con la *vis*, ma anche con tutto ciò che, pur privo di *vis*, si presenta funzionale allo scopo.

Di fronte alla non piena sovrapposizione delle due definizioni, ci si chiede se la differenza negativa – l’omesso richiamo alla *veritas* – comporti l’indebolimento del fondamento attribuito alla *quaestio* privata. Ancora, ci si chiede quale sia la portata delle differenze in eccesso.

A parere di chi scrive, non sembra possibile inferire dal passo una nozione ‘minore’ o ‘mutila’ di *quaestio*, carente sotto il profilo del fine ideale di ricerca della verità, e quindi in qualche modo in contraddizione con D. 47.10.15.41.

Se prendiamo le mosse dalle caratteristiche aggiuntive, si deve rilevare come ci si trovi di fronte ad un concetto di *quaestio* potenziato sotto due profili: da un lato, sotto il profilo esecutivo perché arricchito dalla valorizzazione degli strumenti non violenti; dall’altro, sotto il profilo finalistico, abbinato all’esigenza di rendere giustizia alla morte del padrone.

Da un punto di vista oggettivo la *quaestio ex Siliano* non risulta priva di nessuno dei suoi contenuti di accertamento, funzionali alla più generale *inquisitio*. Anzi, proprio l’esigenza di indagare sulle cause e sulla dinamica del decesso violento⁶² del *dominus* si pone con tale importanza da stimolare il ricorso anche a mezzi non vio-

⁶² La procedura *ex senatus consulto* scatta soltanto nel caso in cui sia chiaro che il *dominus* è morto in modo violento: D. 29.5.1.24 (Ulp. 50 *ad ed.*): *Item illud sciendum est, nisi constet aliquem esse occisum, non haberi de familia quaestionem: liquere igitur debet scelere interemptum, ut senatus consulto locus sit.*

lenti, inglobati nella *quaestio* proprio in quanto strumenti inquisitori e, quindi, per definizione, utili a ricercare la verità. A ben vedere, peraltro, la finalità specifica della *defensio mortis* finisce per sortire un effetto mitigante sul ricorso alla tortura, riducendo, nell'economia investigativa, il ricorso alla violenza. Se si considera che il settore in cui interviene il Silaniano vede in gioco uno degli interessi primari della società romana, la tutela dei padroni, in stretta connessione al regime successorio⁶³, si può ben comprendere come l'interpretazione giurisprudenziale sia attenta anche ai profili economici legati all'interesse alla conservazione del patrimonio, e quindi all'esigenza di limitare i pregiudizi all'integrità ed al valore degli schiavi⁶⁴.

La definizione di *quaestio* che Ulpiano offre nell'ambito della *quaestio ex Silaniano* è dunque consapevolmente distante da quella emersa in sede privata, ma solo nella misura in cui si giunge a ritenere adempiuto l'obbligo anche con il ricorso ad indagini prive di violenza o caratterizzate da un minore grado di violenza⁶⁵.

Il mancato riferimento esplicito alla ricerca della verità in D. 29.5.1.25 non sortisce pertanto l'effetto di abiurare a questo fine. *L'eruere veritatem* non sembra cedere qui il posto all'interesse, ispiratore dell'atto normativo, a scoraggiare tentativi di eversione della *dominica potestas* e, attraverso questa, dell'ordine pubblico: in un certo senso, anzi, la finalità investigativa acquista una sfumatura difensiva e vendicativa che può in parte considerarsi collimante con le finalità tipiche di prevenzione generale e di riparazione. In altre parole, la *quaestio* prevista in riferimento al provvedimento senatorio è caratterizzata dalla convivenza di interessi privati e di interessi di ordine pubblico, di prevenzione e di repressione degli attacchi al ceto dei *domini* provenienti dalla servitù così come di accertare i fatti. Questa compenetrazione rende meno necessaria, perché in un qualche modo implicita, l'esigenza di invocare la *veritas* a giustificazio-

⁶³ Il libro 50° *ad edictum* di Ulpiano non si limita infatti alla trattazione del senatoconsulto, ma concerne per la sua prima, e maggior parte, la materia ereditaria. Cfr. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., coll. 727 ss., §§ 1218-1245 (la parte dedicata al Silaniano inizia al § 1234).

⁶⁴ Così DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 123.

⁶⁵ Il riferimento è al mero *terreri* che, quantomeno in rapporto all'impubere, può talora rivelarsi misura sufficiente ad ottenere le informazioni richieste (D. 29.5.1.33). Vd. *infra*, cap. III, § 8.

ne o, comunque, a bilanciamento del ricorso alla tortura nell'ambito dell'investigazione.

L'insieme che ne risulta conferisce una sfumatura pubblica che esalta a tutto tondo l'esigenza di stabilire la verità dei fatti⁶⁶.

3. Quaestio iniussu domini e iniuria

L'individuazione della definizione ulpiana di *quaestio* all'interno della trattazione dell'*edictum de iniuriis quae servis fiunt* si configura interessante soprattutto per quanto attiene alla problematica del danno arrecato al padrone del servo torturato da terzi contro la sua volontà. La tortura eseguita da chi non è proprietario dello schiavo determina infatti, con tutta evidenza, una lesione che non può rimanere impunita.

È noto che tra le prerogative della *dominica potestas*⁶⁷, che attribuiva al padrone il *ius vitae ac necis*, rientrava anche la possibi-

⁶⁶ La qualificazione pubblica della *quaestio* apre il titolo *De senatus consulto Silaniano et Claudiano: quorum testamenta ne aperiantur*: D. 29.5.1pr. (Ulp. 50 ad ed.): *Cum aliter nulla domus tuta esse possit, nisi periculo capitis sui custodiam dominis tam ab domesticis quam ab extraneis praestare servi cogantur, ideo senatus consulta introducta sunt de publica quaestione a familia necatorum habenda*. Va in proposito sottolineato come da tale configurazione discendessero importanti deroghe alla disciplina tradizionale della *quaestio*, prima fra tutte l'eccezione al divieto di *quaestio in caput domini* (su cui vd. cap. III, § 4). In proposito, è conferente un passo di Paolo che ritiene superata la regola anche nel caso di sola scomparsa di uno dei condomini: D. 29.5.6.1 (Paul. 46 ad ed.): *Quamvis alias in caput domini servi non torqueantur, recte tamen fiet quaestio, etiamsi heredem accuserent, sive extraneus heres sive ex suis sit. 2. Si unus ex dominis non compareat, querendum est de casu eius per servos, quos communes habuerunt: magis enim de salute aut ultione domini non comparentis quam in caput praesentis torquebuntur*. DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 89, nei termini *salus* e *ultio* vede l'espressione di una "esigenza collettiva di sicurezza, prima, e di spietata sanzione, poi". La deroga ai principi generali in tema di *quaestio contra dominos*, in virtù della caratterizzazione pubblica della procedura *ex senatus consulto Silaniano*, si coglie appieno qualora si consideri che disposizione analoga operava nel caso di *crimen maiestatis*, connesso, appunto, con la sicurezza dello stato e dell'ordine sociale. Cfr. spec. C. 9.41.1 di Settimio Severo e Antonino Caracalla, su cui più avanti nel testo (cap. III, §§ 4 e 6).

⁶⁷ Le Istituzioni di Giustiniano (I. 1.8.1), riprendendo pressoché alla lettera Gai 1.52, spiegano come la potestà sui servi sia istituito di diritto delle genti, posto che "*apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae*

necisque potestatem esse". La servitù viene concepita come istituto *contra naturam* (cfr. anche I. 1.2.2., I. 1.3.2 = D. 1.5.4.1; I.1.5.pr. = D. 1.1.4; Theoph., *Paraph.* 1.2.2, 1.3.2, 1.5pr.), contrastante con il principio dello *ius naturale* per il quale *omnes homines liberi nascerentur* (I. 1.2.2.). Per una sintetica ma esauriente panoramica dell'elaborazione filosofica greca e romana in tema di servitù e diritto naturale vedi E. CAVALLINI, *Legge di natura e condizione dello schiavo*, in *Labeo* 40.1, 1994, p. 72 ss. La studiosa evidenzia come Aristotele si sforzasse di dimostrare la conformità a natura della distinzione tra padroni e schiavi (*Pol.* I.1252 ab), impostazione che vide contrapposti gli orientamenti nelle scuole epicuree e, soprattutto, nello stoicismo, pure esposte negli scritti del 'filosofo della scena' Euripide e, più tardi, del commediografo Menandro. Sul versante romano, Cicerone nel I sec. a.C. evita di criticare il sistema schiavistico romano e riprende i temi aristotelici della schiavitù quale "*naturae congruens*": "*iustum esse quod talibus hominibus sit utilis servitus et pro utilitate eorum fieri, cum recte fit*" (*de re publ.* 27.38, nel testo riasunto da Agostino, *Civ.* 19.21.34-60), ma i tentativi di conciliare la dottrina stoica con l'adesione alle leggi della *res publica romana*, basata largamente sul sistema schiavistico, non appaiono in realtà convincenti. Le idee dello stoicismo, caratterizzate da intenti filantropici, più che 'rivoluzionarie', verranno ancora sviluppate da Seneca, in particolare nell'epistola 47 a Lucilio, su cui vd. spec. G. RIZZELLI, *Lo schiavo romano: immaginario sociale e diritto*, in *BIDR*, 101-102, 1998-1999, p. 232 ss. e T. REEKMANS, *Les esclaves et leur maîtres dans les oeuvres en prose de Sénèque le philosophe*, in *Index* 10, 1981, p. 237 ss. Sul versante giurisprudenziale si deve a Giavoleno (D. 35.1.40.3, in tema di *obligationes naturales*) l'avvio nel I sec. d.C. della ripresa di temi stoici sulla dignità umana degli schiavi, sulla scia dell'insegnamento di Seneca. Anche Fiorentino rilancia l'ideale della servitù *contra naturam*, come si legge in D. 1.5.4.1 (Flor. 9 *inst.*): *Servitus est constitutio iurisdictionum, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*. Nel II secolo d.C., Antonino Pio e Marco Aurelio (si noti che quest'ultimo era seguace di Epitteto, stoico che aveva conosciuto la schiavitù ai tempi di Nerone) pur all'interno di un complesso di provvedimenti tesi ad aggravare la condizione servile legano i propri nomi a provvedimenti improntati all'attenuazione della *dominica potestas*. Pare invece estraneo al pensiero stoico ed all'elaborazione in atto presso i suoi contemporanei Gaio, il quale (Gai. 1.52) pur richiamando gli interventi di Antonino Pio in tema di uccisione del servo proprio e sulla vendita coattiva degli schiavi fuggiti per sottrarsi alla crudeltà dei padroni, riconduce all'interesse privato l'esigenza di non incrudelire sui servi, richiamando per analogia il comportamento dei *prodigi*: Gai. 1.53: *Male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicuntur bonorum suorum administratio* (sul passo vedi anche *infra*, nt. 85). Nel periodo severiano la giurisprudenza riprende temi del passato in una sintesi nuova: sul punto si rinvia all'analisi di BRETONE, *Storia*, cit., p. 345 ss. La temperie culturale è ormai attraversata dall'insegnamento stoico e dal pensiero cristiano (oltre che da influenze mitraiche): Ulpiano, che dedicherà nel libro VIII del *de officio proconsulis* un titolo dedicato alla '*crudelitas dominorum*' afferma che "...*quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*" (D. 50.17.32, Ulp. 43 *ad Sab.*). Lo segue Trifonino, riportato in D. 12.6.64 (Triph. 7 *disp.*): "*ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta*". Ulteriore consapevolezza, in vista di concrete soluzioni tecniche si rinviengono nel periodo tardoclassico soprattutto

lità di sottoporre i servi ai *tormenta*⁶⁸. Nei casi in cui ciò avveniva, la finalità perseguita si atteggiava in maniera complessa, posto che l'impiego di violenza fisica non esauriva nella repressione e nella (ri) affermazione del potere dominicale la propria ragion d'essere. Le fonti giuridiche che ricordano casi e questioni di diritto connesse alla *quaestio* privata danno conto di specifiche finalità investigative perseguite dal *dominus*. Gli stessi metodi di tortura⁶⁹ evidenziano come il ricorso ai *tormenta* non rientrasse solo nell'ambito del *ius puniendi* dominicale, ma mirasse alla ricerca di un risultato ulte-

nell'opera di Marciano (vd. ad esempio D. 1.5.5.2-3, in tema di condizione del nato da madre che non è stata sempre libera dopo il concepimento, e D. 40.11.2, sulla *natalium restitutio*). Con Giustiniano, nonostante l'ormai indiscussa affermazione dei principi del cristianesimo e pur nell'ambito di un pensiero che ormai riconduce, come abbiamo visto, la servitù a canoni di contrarietà allo *ius naturale*, il tenore formale degli insegnamenti si rifà essenzialmente al manuale gaiano. Nella compilazione giustiniana, in maniera realistica, la servitù viene ormai ricondotta a cause violente, e cioè alle guerre: vd. I. 1.2.2; Nov. 74.1 (a. 538); Nov. 89.1 (a. 539). In pratica "nemmeno l'età giustiniana, nonostante l'ormai indiscusso riconoscimento del carattere innaturale della *servitus*, arriva a compiere trasformazioni radicali come l'abolizione della *dominica potestas*": CAVALLINI, *Legge di natura*, cit., p. 86. Il riferimento alla 'guerra' come contesto di origine della servitù era del resto già contenuto nei discorsi dei giuristi sull'etimologia della parola *servus*, su cui vedi Fiorentino in D. 1.5.4.2-3 (Flor. 9 *Inst.*): *Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent. 3. Mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiantur*. Il passo è ripreso alla lettera in I. 1.3.9.3. In tema anche R. LAMBERTINI, *L'etimologia di servus secondo i giuristi romani*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 5, Napoli, 1984, p. 2385.

⁶⁸ Ponderosa è la letteratura dedicata all'inafausta condizione degli schiavi di fronte allo strapotere dominicale. Qui basti la plastica descrizione dipinta da U.E. PAOLI, *Vita romana*, Cles, 2008 (rist. 1962), p. 112: "A tanta distanza di tempo il lato della servitù che sembra meno tollerabile a noi, uomini moderni, è proprio quell'essere esposti a subire senza alcuna difesa le pene inflitte dal padrone; cioè da un giudice irresponsabile che, decidendo senza il freno di una legge e senza il controllo di un organo d'appello, faceva norma il proprio arbitrio, né sempre era guidato da prudenza e scevro di passione e di capriccio". Un'interessante riflessione sul rapporto tra *humanitas* e servitù è anche in M.I. FINLEY, *Schiavitù antica e ideologie moderne* (trad. it.), Roma-Bari, 1981, p. 158; R. GAMAUF, *Zur Frage "Sklaverei und Humanität" anhand von Quellen des Römischen Rechts*, in *Fünfzig Jahre Forschungen zur antiken Sklaverei an der Manzer Akademie. 1950-2000*, Stuttgart, 2001, p. 51 ss.

⁶⁹ Si pensi, ad esempio, alla *mala mansio*, ricompresa da Ulpiano nella definizione di *quaestio* in D. 47.10.15.41 (vd. il paragrafo precedente).

riore, verosimilmente informativo, attraverso modalità afflittive non necessariamente fatali⁷⁰.

Non è quindi così strano il fatto che proprio in occasione dell'esposizione di problematiche giuridiche in materia di *quaestiones servorum*, in un contesto di natura privatistica, trovi sede la più fortunata definizione di *quaestio* che sia dato rinvenire nelle fonti giuridiche. La definizione ulpiana esposta in D. 47.10.15.41, infatti, coglie a tutto tondo, sia pur – come si diceva – in sovrapposizione concettuale con l'ottica pubblicistica del suo tempo, l'essenza investigativa dell'atto e il suo faticoso rapporto con la *veritas*.

Questa forma di violenza esercitata sui *potestate subiecti* doveva trovare frequente esercizio nella prassi dei rapporti sociali, esponendo la servitù anche alle iniziative più o meno abusive di terze persone su servi sottoposti all'altrui potestà. È in quest'ottica che deve inquadrarsi il nesso tra rapporto dominicale e l'*iniuria* conseguente all'assoggettamento a tortura del servo altrui.

Come noto, dapprima il delitto privato di *iniuria* fu posto a tutela della persona del *dominus* rispetto alle offese che raggiungessero la sua integrità fisica ma ben presto viene configurato anche nei casi di offesa arrecata ai sottoposti⁷¹. L'intervento del pretore infatti giunge a concepire forme di aggressione mediata *per alias personas*, nel cui ambito ricadranno le fattispecie di aggressione ai sottoposti ed ai soggetti legati da vincoli affettivi quando finalizzate ad offendere l'avente potestà.

⁷⁰ Sull'uccisione del servo vd. soprattutto MIGLIETTA, "Servus dolo occisus", cit., *passim* (ivi l'accuratissima bibliografia in tema); F. REDUZZI MEROLA, *Tra actio legis Aquiliae e iudicium ex lege Cornelia de sicariis*, in *Index* 30, 2002, p. 395 ss.; F. LUCREZI, *L'uccisione dello schiavo in diritto ebraico e romano. Studi sulla Collatio I*, Torino, 2001, p. 69 ss. Per alcuni profili legati al suicidio del servo eccessivamente maltrattato e/o torturato cfr. A. WACKE, *Il suicidio nel diritto romano e nella storia del diritto*, in *Studi Sanfilippo*, III, Milano, 1983, p. 689 ss.; N. BELLOCCI, *Il tentato suicidio del servo: aspetti socio-familiari nei giuristi dell'ultima epoca dei Severi*, in *SDHI* 65, 1997, pp. 259 ss.

⁷¹ Per configurazione e caratteri del delitto di *iniuria*, qui rilevante, al fine di non appesantire con una nota bibliografica eccessivamente estesa si rinvia per tutti a CURSI, *Iniuria*, cit., *passim* (ivi bibliografia). Per ulteriori considerazioni sulla configurazione dell'*iniuria* nel periodo più tardo adde G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'iniuria nel diritto penale del quarto e quinto secolo*, in *AARC*, VIII, 1990, p. 651 ss.

Ai nosti fini, pare interessante quanto afferma Ulpiano in

D. 47.10.1.3 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria aut per alias personas. Per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum per consequentias fit, cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuruive: spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint.*

Il giurista, commentando l'editto, riflette che si reca a taluno *iniuria* o verso la sua persona direttamente (“*per semet ipsum*”) oppure attraverso la persona altrui (“*per alias personas*”). Il primo caso, ad esempio, si realizza quando l'*iniuria* si compie apertamente nei confronti di colui che è *paterfamilias* o *materfamilias*; attraverso l'altrui persona, invece, quando è realizzata ‘di riflesso’ nei confronti di discendenti, servi, moglie o nuora: infatti, l'*iniuria* che si realizza contro coloro che sono legati da potestà o da affetto è come se fosse rivolta all'avente potestà⁷².

La riflessione pare dunque attribuire, in maniera oggettiva e diretta, rilevanza offensiva alle aggressioni al sottoposto, a prescindere dalle finalità perseguite dall'agente.

Nel caso di offesa arrecata ai familiari è connaturato ed immediatamente percepito l'oltraggio al *pater*, colpito direttamente nella sua sfera affettiva e potestativa. Quando si ingiuria il servo, invece, la ragione della tutela del *dominus* pare prescindere dalla tutela

⁷² “*Affectui subiecti*” sono coloro che sono legati da vincoli affettivi, “*ut uxori vel nuori*”, e non solo: così ACCURSIO, gl. *affectui*, ad D. 47.10.1.3, *de iniuriis et famosis libellis*, l. *Spectat enim ad nos iniuria*. Per l'apparato di Accursio al *Digestum novum* ci si è valse dell'edizione Lugduni, apud Hugonem a Porta, 1560. In tema, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, I, Diritto di Famiglia*, Milano, 1963, p. 203, afferma: “Non si può scoprire un riconoscimento giuridico della personalità dello schiavo (un diritto all'onore, come si dice) nell'essere accordata l'*actio iniuriarum* per le offese contro lo schiavo, o ammesso il *crimen calumniae* per le calunnie lanciate, che abbiano avuto per effetto di sottoporre lo schiavo ad una *quaestio*, giacché è il padrone che viene ad essere leso, non solo nel patrimonio, ma anche nel suo decoro per mezzo dello schiavo, e al padrone è concesso di agire”. Cfr. D.A. CENTOLA, *Il crimen calumniae. Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli, 1999 (ivi la principale bibliografia). In senso contrario pare militare la chiusa di D. 47.10.15.35 (“*hanc enim [iniuria verberibus vel quaestione] et servum sentire palam est*”), laddove il riferimento al *sentire* è certo significativo di una comprensione empatica del dolore arrecato al servo. Su questo frammento vd. a breve nel testo.

dell'integrità fisica di questi, considerato una sorta di propaggine fisica del padrone⁷³: non si tutela l'integrità materiale del servo in sé ma il *dominus* che ne venga anche indirettamente offeso. Quando la finalità di colpire l'avente potestà (il *paterfamilias* per mezzo dei figli o della moglie o della nuora, oppure il *dominus* per mezzo dei servi) sia desumibile dai fatti, l'azione è pertanto esperita dal padrone in nome proprio⁷⁴.

Accanto alle segnalate forme di tortura volte alla tutela del *dominus* e dell'ordine pubblico, si leggono tuttavia dei passi in cui emerge che l'applicazione della tortura in via privata agli schiavi assume rilievo anche sotto il profilo dell'*iniuria* arrecata contro lo schiavo stesso e non soltanto contro il padrone.

I casi effettivamente problematici, che originano l'indagine casistica, conseguono alla *verberatio* e alla *quaestio* realizzate in contesti di conflitto d'interessi tra soggetti aventi differenti diritti sullo schiavo. In particolare, la tortura del servo altrui dà origine ad una specifica clausola dell'editto pretorio, con cui il magistrato giudicante estende la tutela dell'*actio iniuriarum*⁷⁵.

All'interno del titolo dei *Digesta* rubricato *de iniuriis et famosis libellis* (D. 47.10), un passo di Ulpiano riferisce dell'esistenza di una clausola dell'editto del pretore che, in estensione alle previsioni dello *ius civile*, introdusse una tutela specifica per due condotte di

⁷³ Questa concezione è ben presente nelle fondamenta della società romana sin dalle sue origini, ove il rapporto *dominus-servus* viene sovente rappresentato attraverso la dicotomia corpo e anima. Essa risale al pensiero di Aristotele (vedi *Eth. Nicom.* 8.13, p. 1161a, lin. 34-35) che parla dello schiavo quale strumento animato ed il rapporto tra padrone e servo è paragonato a quello tra l'artigiano ed il suo strumento sino a quello, più sofisticato, tra anima (*ψυχή*) e corpo (*σῶμα*), parola che in greco esprime anche il concetto di servo. In tema vedi RIZZELLI, *Lo schiavo romano*, cit., p. 229.

⁷⁴ Ciò che qualifica l'offesa *per alias personas* apparirebbe essere l'elemento soggettivo, e cioè l'intenzione dolosa dell'agente di colpire il *paterfamilias* (per mezzo dei figli o della moglie o della nuora) oppure il *dominus* (per mezzo dei servi). Sulla caratterizzazione dolosa dell'offesa arrecata *iniuria*, vd. in particolare CURSI, *Iniuria*, cit., *passim*.

⁷⁵ Sulla rilevanza dell'*actio iniuriarum* nella storia del riconoscimento dei diritti dell'uomo vd. J. GAUDEMET, *Des "Droits de l'Homme" ont-ils été reconnus dans l'Empire Romain?*, in *Labeo* 37, 1987, p. 7 ss.

iniuria atrox ai danni dei servi⁷⁶: la *verberatio servi alieni adversus bonos mores* e la sottoposizione a *quaestio* di un servo altrui *iniussu domini*. Questi i *verba edicti*⁷⁷:

D. 47.10.15.34 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Praetor ait: "Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. Item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo"*.

⁷⁶ Il carattere dell'*atrocitas* è ribadito in C. 9.35.8, costituzione di Diocleziano emanata nel 294 d.C.: Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Marciano. *Dominum pro atroci iniuria, quam servus eius passus est, edicti perpetui actione proposita, qua damni etiam haberi rationem verbis evidenter exprimitur, agere posse convenit*. S. XV k. Nov. CC cons.

⁷⁷ Vd. spec. RABER, *Grundlagen*, cit., p. 77 ss.; MOMMSEN, *Le droit pénal*, I, cit., p. 23; A. METRO, *La denegatio actionis*, Milano, 1972, p. 127; WITTMANN, *Die Entwicklungslinien*, cit., p. 339 ss.; A.D. MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977, p. 193; WATSON, *Roman Slave Law*, cit., p. 61 ss.; FASANO, *La torture judiciaire*, cit., p. 96 ss.; F. LA ROSA, *Il valore originario di iniuria nella lex Aquilia*, in *Labeo*, 44.3, 1998, p. 366 ss.; B. BONFIGLIO, *Corruptio servi*, Milano, 1998, p. 156 ss.; BRUTTI, *La tortura*, cit., p. 56 e nt. 57, p. 57 nt. 59. L'editto ha sede all'interno dell'elaborazione dell'istituto dell'*iniuria*, le cui vicende storiche sono notoriamente connotate da diverse difficoltà ermeneutiche e ricostruttive. Qui si ricorda essenzialmente che l'attività del pretore giunse ad estendere l'*actio iniuriarum* ad una pluralità di casi tipici di offesa alla persona, finendo per formulare previsioni di tutela per una serie aperta di fatti commessi *iniuriandi causa*. Ciò avvenne attraverso l'emanazione di una serie di editti ciascuno dedicato a fatti specifici come, ad esempio, il cosiddetto *convicium adversus bonos mores* (D. 47.10.15.2), l'*appellatio virginum* e la *comitis abductio* (D. 47.10.15.15-16), l'*adtemptata pudicitia* (D. 47.10.15.15-24; I. 4.4.1). In tutti questi casi la tutela viene attuata non attraverso azioni specifiche ma con la concessione dell'*actio iniuriarum*. Nella sua evoluzione, dunque, l'istituto si caratterizzerà per la progressiva rilevanza attribuita alla qualità 'immateriale' del bene leso, identificabile nell'autorità del *paterfamilias* (quale derivato della *dignitas* spettante al *civis romanus*) o, ancora, nella sua reputazione. Significativamente, i giuristi impiegheranno al riguardo, almeno dall'elaborazione di Labeone, il termine *contumelia* che, contenendo il significato generico di offesa, ne esprime l'accezione più specifica di oltraggio irrispettoso dell'autorità: cfr. D. 47.10.1pr., (Ulp. 56 *ad ed.*); D. 47.10.15.46 (Ulp. 77 *ad ed.*); D. 9.2.5.1 (Ulp. 18 *ad ed.*). Non essendo tuttavia questa la sede idonea, per informazioni più approfondite si rinvia per tutti a CURSI, *Iniuria*, cit., *passim*. Segnatamente, *contumelia* deriva da *contemnere*, a cui si ricollega l'etimologia della parola *contumacia*. Sul significato di '*contumacia*' quale atteggiamento ostile e irrispettoso dell'autorità mi sia consentito il rinvio alle considerazioni svolte in A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitioes extra ordinem*, I, Milano, 1998, p. 1 ss. e, con riferimento al processo criminale nel Principato; ID., *Riflessioni sulla condotta processuale di Gesù*, cit., p. 475 ss.

Il tenore letterale dell'editto rivolge la sua attenzione a due distinte condotte, accumulate dall'elemento violento⁷⁸: i comportamenti di *verberatio* del servo altrui compiuta *adversus bonos mores*⁷⁹ e la sottoposizione a *quaestio* di un servo altrui contro la volontà del padrone⁸⁰. In particolare, la legittimità della *verberatio* e della *quaestio iniussu domini* del servo altrui viene esclusa quando eseguite *adversus bonos mores*⁸¹, sembrando così ammetterne la liceità, sia pur implicitamente, nell'ipotesi in cui avvengano invece *secundum bonos mores*.

In chiusura, l'editto contiene l'usuale formula che attribuisce al pretore, previa valutazione preliminare ("*causa cognita*"), la facoltà di dare tutela contro ulteriori comportamenti lesivi ("*si quid aliud factum*") posti in essere ai danni dei servi altrui. Tratto comune alle due fattispecie è l'altruità del servo, posto che le condotte specificate potevano essere tenute liberamente dal *dominus* sul proprio schiavo.

La sensibilità pretoria giunge poi ad attribuire un valore anche alla sola sofferenza servile nei casi più gravi, tra i quali Ulpiano esemplifica proprio la *verberatio* e la *quaestio*:

D. 47.10.15.35 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Si quis sic fecit iniuriam servo, ut domino faceret, video dominum iniuriarum agere posse suo nomine: si vero non ad suggillationem domini id fecit, ipsi servo facta iniuria inulta a praetore relinqui non debuit, maxime si verberibus vel quaestione fieret: hanc enim et servum sentire palam est.*

Se qualcuno ha recato *iniuria* al fine di nuocere al padrone ("*ut domino faceret*"), a costui viene riconosciuta la facoltà di agire in proprio avvalendosi dell'*actio iniuriarum*. Ma anche l'*iniuria* com-

⁷⁸ Sulla *vis* che accumuna le fattispecie contemplate in quest'editto, e sulla relativa letteratura, già si è detto.

⁷⁹ Sulla *verberatio servi alieni adversus bonos mores* vd. il paragrafo precedente.

⁸⁰ La sottoposizione a *quaestio* del servo richiedeva infatti l'autorizzazione del *dominus*, oppure del tutore o del procuratore di quest'ultimo (D. 47.10.17.1, Ulp. 57 *ad ed.*). Ma vd. Labeone in D. 47.10.15.42 (Ulp. 57 *ad ed.*), più avanti nel testo.

⁸¹ Il riferimento ai *boni mores* sembrerebbe in realtà riferito alla sola *verberatio*, come pare intendere lo stesso Ulpiano nei successivi §§ 38 e 39. Sul punto vd. *supra*.

piuta al servo non per offendere il padrone bensì per colpire specificamente il servo stesso non deve rimanere impunita (“*inulta*”): tra le modalità in cui tale *iniuria* si può concretizzare il giurista richiama, con particolare sottolineatura, le fattispecie di *verberatio* e *quaestio* (“*maxime si verberibus vel quaestione fieret*”). Per questi casi il giurista esprime un vibrato invito al pretore a non denegare giustizia: è evidente infatti che questa *iniuria* la patisce anche il servo (“*hanc enim et servum sentire palam est*”), così riconoscendo una certa rilevanza anche alla sofferenza servile, almeno in questi casi⁸².

⁸² La chiusa del passo “*hanc enim et servum sentire palam est*”, che pone in rilievo la percezione dell’offesa (qui intesa come sofferenza fisica) patita dal servo, mostra una sensibilità verosimilmente propria della giurisprudenza tardoclassica. Cfr. E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1974, p. 563. La frase, peraltro, è sospettata di interpolazioni da S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², I, Roma, 1928, p. 210 nt. 4, che rileva come l’idea di un’azione competente al padrone a tutela dell’onore servile si basa solo sul suddetto passo, ove tuttavia Ulpiano diceva, dopo *id fecit*, semplicemente “*tunc edictum hoc locum habet*”. “È impossibile che egli venisse a giustificare e parafrasare nella goffa maniera che fa, secondo la compilazione, l’editto e in particolare che venisse a dirci che il servo evidentemente deve sentire l’ingiuria fattagli colle busse e colla tortura”. L’impostazione classica è, invece, attestata da Gai. 3.222: *Servo autem ipsi quidem nulla iniuria intellegitur fieri sed domino per eum fieri videtur; non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos nostros vel uxores iniuriam pati videmur, sed ita, cum quid atrocius commissum fuerit, quod aperte in contumeliam domini fieri videtur, veluti si quis alienum servum verberaverit; et in hunc casum formula proponitur; at si quis servo convicium fecerit vel pugno eum percusserit, non proponitur ulla formula nec temere petenti datur*. Per il giurista, il servo non è capace di patire personalmente *iniuria* e la rilevanza dei comportamenti che lo vedono quale soggetto passivo passa attraverso le aggressioni più gravi che appaiano apertamente oltraggiose per il padrone. Al riguardo, osserva B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano. II. La giustizia. Le persone*, Milano, 1952, p. 440, che “Ulpiano dimostrerebbe di essere ancora nell’ordine di idee gaiano, quando nel § 45 esclude che si possa agire *iniuriarum* qualora la *iniuria ad dominum non redundat*”. In tema vd. le recenti riflessioni di DESANTI, *Più iniuriae*, cit., p. 15 ss., e spec. p. 45 ss. (ivi la principale bibliografia), che rileva piuttosto un contrasto tra il passo in Gai. 3.222 e quello ulpiano citato nel testo, in quanto mentre Gaio afferma, come si è detto, che il servo non era considerato capace di soffrire *iniuria* nemmeno nei casi più oltraggiosi, per i quali si considerava indirettamente offeso il *dominus*, Ulpiano ritiene che gli atti lesivi posti in essere contro lo schiavo, anche non gravi, debbano valutarsi compiuti *non ad suggillationem domini* (*ib.*, p. 46 ss., si vedano ulteriori dibattiti dottrinari in tema). Inoltre, nel manuale gaiano, accanto al principio per cui sui servi non viene concepita alcuna *iniuria*, si limita la tutela all’*iniuria atrox* che “*aperte ad contumeliam domini respicit*”. L’esemplificazione porta a distinguere i casi di *verberatio* da quelli di semplice offesa verbale (“*convicium*”) o di percosse (“*pugno*”). È evidente quindi la differente impostazione di Ulpiano nei passi riportati in D. 47.10.15.34 e 35: nell’esemplificazione ulpiana, proprio la *quaestio* (oltre alla

La finalizzazione dell'offesa pare quindi assumere connotati soggettivi, potendo essere desunta da elementi di fatto che tradiscano la reale intenzione dell'agente a regolare questioni non meramente interpersonali con le vittime. Non è allora meramente interlocutorio né il collegamento tra i due frammenti né la distinzione operata dal giurista in D. 47.10.15.34 e 35 tra il caso del servo *verberatus* e quello, invece, torturato. La particella *vel* che collega l'endiadi ("si *verberibus vel quaestione*", in D. 47.10.15.35; "*verberavisse deve [de vel] eo... quaestionem habuisse*", in D. 47.10.15.34) non esprime un'idea di equivalenza tra due ipotesi, che sono in realtà distinte, ma viene piuttosto a incidere sulla parità di soluzioni⁸⁵.

La considerazione della tortura privata nei confronti dello schiavo altrui entra dunque in rilievo grazie all'attività pretoria che perviene ad enucleare come riprovati quei casi di *verberatio* e di *quaestio* del servo altrui quando collocabili al di fuori di un limite socialmente consentito. La clausola edittale restituita in D. 47.10.15.34, nell'introdurre una specifica tutela in estensione della formula principale la circonda di contorni ben delineati, riferendosi espressamente alla *verberatio contra bonos mores* e alla *quaestio iniussu domini*.

verberatio), è un caso di *iniuria*, per di più da ritenersi patita direttamente dal servo. La tortura del servo altrui per acquisirne informazioni, non necessariamente mira a colpire il *dominus*, in quanto atto teso a finalità autonome, di regola utili per colui che vi procede. Nella maggior parte dei casi quindi, l'offesa ricadrebbe direttamente ed unicamente sul servo che, nel pensiero del giurista severiano, viene considerato soggetto leso ("*hanc enim et servum sentire palam est*") e destinatario di tutela propria, pur esperibile attraverso il *dominus*, unico soggetto legittimato all'azione. In verità, con riferimento alla *verberatio servi alieni*, Gaio specifica che "*in hunc casum formula proponitur*", così evidenziando che si trattava di una formula dell'editto pretorio, formula da individuarsi sicuramente in quella di cui resta traccia nel Digesto (D. 47.10.15.34, appunto) indirizzata anche alla repressione della *quaestio servi alieni*. Ma in Gaio quest'ultimo riferimento è del tutto omesso. Al di là di possibili esigenze di sintesi, non è dato comprendere i motivi per cui il giurista classico (seguito sul punto dal testo giustiniano) abbia omesso qualsiasi riferimento al caso della *quaestio servorum*. Una possibile spiegazione può rinvenirsi nell'attrazione nell'ambito del diritto criminale subito dalla materia della tortura nel periodo classico, secondo una parabola sicuramente completata già al tempo di Gaio. Tale attrazione, forse, potrebbe aver indotto il giurista ad escludere, nell'economia di un testo essenzialmente istituzionale e didattico, dal prestare attenzione ad una formula ormai forse in disuso.

⁸⁵ Nel prosieguo, il giurista spiega quali criteri il pretore deve seguire per concedere al padrone l'azione in nome del servo: vd. D. 47.10.15.44 (Ulp. 77 *ad ed.*), sul quale *infra*, cap. I, nt. 94.

Il disvalore di questi comportamenti risiede, per quanto qui interessa, nella violazione di regole socialmente condivise e nel mancato rispetto di una volontà, espressa o presunta, del *dominus*: ciò che appare costituire *iniuria* è l'usurpazione da parte di un terzo del potere sul servo ed il suo esercizio violento mediante *verberatio* o *quaestio*.

Non pare allora lontano dal vero pensare che queste modalità afflittive, e la *quaestio cum tormentis* in particolare, assumano rilevanza come esercizio abusivo dell'altrui potere dominicale, forse anche a prescindere da un concreto ed effettivo detrimento economico, rilevando in ogni caso l'aspetto dell'invasione violenta⁸⁴.

4. *La quaestio iussu domini e il problema del modus*

Oltre alla problematica delle lesioni personali e patrimoniali in capo al *dominus* causate da una *quaestio* svoltasi *iniussu domini*, in sede di commento all'editto sulle *iniuriae* ai servi Ulpiano ricorda un responso di Labeone relativo al problema della *quaestio iussu domini* per sostenerne la perseguibilità in presenza di eccesso nelle torture praticate sul servo altrui:

D. 47.10.15.42 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Sed et si iussu domini quis quaestionem habeat, modum tamen excesserit, teneri eum debere Labeo ait.*

Il passo è di grande importanza. Esso attesta un notevole sviluppo estensivo dell'editto pretorio *de iniuriis* operato dall'*interpretatio* labeoniana ed ancora accettato da Ulpiano. Labeone, riferisce il giurista severiano, aveva sostenuto che anche nel caso in cui la *quaestio* fosse stata eseguita *iussu domini* ma travalicando il giusto *modus* ("*modum tamen excesserit*") si sarebbe incorso in responsabilità ("*teneri eum debere*")⁸⁵.

⁸⁴ Sotto questo profilo vd. più avanti nel testo.

⁸⁵ Il problema del *modus quaestionum*, con specifico riferimento alla materia pubblicistica, sarà oggetto di una puntuale trattazione ulpiana all'interno dell'ottavo libro *de officio proconsulis* (D. 48.18.1), oltre ad essere affrontato anche in altre riflessioni, come ad esempio in D. 48.18.7 (Ulp. 3 *de adult.*), D. 48.18.10.3 (Arc.

l.s. de test.): in argomento vd. cap. II, § 5. Il riferimento al *modus* quale limite alle sevizie dei padroni è tema ricorrente nella giurisprudenza classica e nell'elaborazione giustiniana. Mentre dai tempi di Augusto la tutela dei servi dalle sevizie dei padroni era affidata al *praefectus urbi* (Svet., *Claud.* 25.2; Sen., *de benef.* 3.22.3), nelle province sarà il *praeses* (chiamato a compiti analoghi a quelli del *praefectus urbi* romano) ad assicurare ai servi protezione contro i maltrattamenti intollerabili. In tema vd. R. QUADRATO, *L'abuso del diritto nel linguaggio romano: la regola di Gai. Inst. 1, 53*, in "Il linguaggio dei giuristi romani. Atti del Convegno internazionale di Studi, Lecce, 1994", a cura di O. Bianco e S. Tafaro, Galatina, 2000, p. 69 ss.; CAVALLINI, *Legge di natura*, cit., p. 84. Si nota che in Gai. 1.53 ("Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire") e in I. 1.8.2 ("Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita et supra modum in servos suos saevire...") le limitazioni ai comportamenti violenti del *dominus* vengono espressi con il riferimento al *modus* (che non deve essere oltrepassato) ed alla presenza di una causa (che non può mancare). Il duplice richiamo appare comprendere sia limiti intrinseci ai mezzi di coercizione fisica (scelta dei mezzi, durata della coercizione, ecc.) sia limiti estrinseci, relativi alle ragioni dell'intervento violento ed alle finalità di conseguenza perseguite. La trattazione gaiana colloca i temperamenti alle sevizie dei padroni in epoca coeva ("Sed hoc tempore..."), facendo espresso riferimento alle "constitutiones sacratissimi imperatoris Antonini", che vengono contrapposte al diritto delle genti, quale contesto di creazione della schiavitù, e parrebbero operare un riavvicinamento dello *ius civile* al diritto naturale. Merita di essere notato che Gaio e Giustiniano esprimono un riferimento omologo al *supra modum*, mentre il testo scolastico del VI secolo trasforma la gaiana 'causa' in 'causa legibus cognita'. La terminologia più complessa dell'ultima espressione teorizza l'interferenza degli atti normativi nella materia, che sostituisce le scelte 'politiche' e la previa valutazione legislativa, alle valutazioni essenzialmente private cui ancora Gaio faceva riferimento. Le Istituzioni di Giustiniano spiegano che si tratta di un rescritto a Elio Marciano tratto dall'VIII libro di Ulpiano *de officio proconsulis, de crudelitate dominorum* (= D. 1.6.2; *Coll.* 3.3.1-3), che dispose la vendita coatta dei servi i quali, per sfuggire all'*asperitas dominorum*, si rifugiassero nei tempi degli dei e presso le statue degli imperatori. Questo riferimento mostra come il criterio di moderazione scaturisse più dal conflitto con l'autorità religiosa e quella imperiale, invocata dagli schiavi fuggiaschi, che da motivi umanitari; pure il richiamo al "*male nostro iure uti*" è collocato su un piano di conflitto di interessi. Vd. R. GAMAU, *Ad statum licet confugere. Untersuchungen zum Asylrecht im Römischen Prinzipat*, Frankfurt-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1999, p. 81 ss. (cfr. *Rc.* di C. MASI DORIA, in *IURA*, 50, 1999, p. 262). Nelle Istituzioni giustiniane, inoltre, il quasi pedissequo richiamo del testo gaiano è significativamente interrotto ed arricchito dall'espresso riferimento alla pubblica utilità ("*expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur*"), laddove Gaio spiegava che l'opportunità di non travalicare il *modus* e quindi di usare bene della cosa propria rispondeva invece ad un interesse privato del singolo proprietario. Vd. D. DALLA, *Note minime di un lettore delle Istituzioni di Giustiniano. Libro P*, Torino, 2007, p. 108 ss. MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 327 ss. appunta come Antonino Pio avesse più volte reiterato il principio normativo riferito nel testo gaiano

Al riguardo, occorre ricordare che i *verba edicti* letti in D. 47.10.15.34 mostrano come la previsione pretoria fosse costruita su una complessa descrizione delle condotte punite: tanto la *verberatio* quanto la *quaestio*, per rientrare nell'ambito perseguibile, dovevano essere caratterizzate da due aspetti. Anzitutto, entrambe le condotte dovevano ricadere su un servo altrui; in secondo luogo, doveva trattarsi di *verberatio contra bonos mores* mentre la *quaestio* doveva avvenire senza il benessere del *dominus* ("*iniussu domini*"). In questi due elementi risiedeva la ragione della punibilità di comportamenti che, altrimenti, non avrebbero avuto alcuna rilevanza giuridica.

Come si è visto, con particolare riferimento all'indagine *per tormenta* sul servo altrui, la tutela pretoria nell'ambito dell'*iniuria* potrebbe essersi sviluppata anche per arginare comportamenti di fraudolenta captazione di informazioni, condotta la cui attuazione finiva per rappresentare una forma di invasione nella sfera privata del *dominus* tramite i servi.

Il rilascio del consenso alla tortura da parte del *dominus*, invece, fa venir meno due componenti esplicite e specifiche della fattispecie edittale, l'alienità del servo e l'assenza del benessere, la cui ablazione, nel sistema della tutela pretoria, non pare di poco conto. Oltre a ciò, se si considera come l'autorizzazione del padrone comporti, in realtà, la rinuncia di questi alla propria sfera di riservatezza appare problematica la stessa possibilità di individuare una forma di lesione alla persona del *dominus*.

Sotto questo profilo, l'estensione labeoniana compie un salto logico significativo non solo dal punto di vista formale ma anche da quello sostanziale⁸⁶. L'argomentazione di Labeone raggiunge il pro-

e che "l'epistola ad Elio Marciano non rappresentava, dunque, un provvedimento isolato". Lo studioso chiarisce, inoltre, come il principe intendesse prevenire il pericolo di disordini e di intemperanze: "L'interesse dei proprietari alla stabilità sociale doveva prevalere sull'incapacità o la crudeltà di chi si rivelasse impari al ruolo di *dominus*. La sopravvivenza e la salvaguardia delle strutture schiavistiche è, dunque, il vero criterio ispiratore dei due rescritti di Antonino Pio. L'aver esteso alle province una serie di garanzie, già in vigore in Italia e nell'Urbe, è forse aspetto tra i più significativi della politica antoniniana nei confronti degli schiavi".

⁸⁶ La prassi conosceva una varia casistica di tortura privata sui servi responsabili di illeciti privati, quale attività preliminare alla *noxae deditio* del colpevole nelle mani dell'offeso o dei suoi familiari: talora, il padrone procedeva alla tortura in prima persona, proprio al fine di investigare sulla fondatezza dell'accusa; altre

prio obiettivo di ampliamento della fattispecie attraverso un'operazione ermeneutica: l'abbinamento al caso originario della *quaestio* avvenuta *supra domini* del requisito dell'*excessio modus*. L'autorizzazione del *dominus* non copre, dunque, la *quaestio* avvenuta *supra modum*.

Se l'aspetto formale appare in tal modo superato, non si può dire lo stesso per quello sostanziale. Quale *contumelia* può infatti lamentare il padrone che abbia volontariamente concesso il servo alla tortura?⁸⁷

Per cercare una risposta appare doveroso chiedersi quali fossero i criteri di riferimento per la quantificazione del *modus*.

Una prima considerazione deriva dal contesto: il riferimento esplicito ad un preesistente *iussus domini* induce a sospettare nel *modus* labeoniano una sorta di rimando *per relationem* a quanto concordato dall'interrogante con il padrone.

In secondo luogo, se, come pare, l'*iniuria* è qui intesa quale offesa alla persona del *dominus* allora, più che a salvaguardia del cor-

volte, il *dominus* poteva stabilire di consegnare lo schiavo alla persona offesa perché fosse da questa torturato. Forse proprio da questi casi trae origine la necessità di consentire l'*actio iniuriarum* nei casi di oltrepassamento del *modus*. Per alcuni casi del secondo tipo restituiti dalle fonti letterarie vedi Ter., *Ecyra* 773 ("*ancillas dedo: quolubet cruciatu per me exquire*"). Si legga anche Plaut., *Mostellaria*, 1086 ss. ("*TR. Quid ait? TH. Servos pollicitust dare/ suos mihi omnes quaestioni. TR. Nugas. numquam edepol dabit. ...TH. Immo hoc primum volo, quaestioni accipere servos*"), dove vi è pure l'accenno all'eventualità che i servi sottoposti a tortura possano fuggire presso gli altari, così impedendone il corso (1096: "*...hic ego tibi praesidebo, ne interbitat quaestio*"). Significativamente, però, l'ingenuo Teopropide ritiene che la fuga *ad aram* degli schiavi consegnati per la tortura possa essere circostanza a lui favorevole in caso di avvio di azione processuale contro il *dominus* ("*TH. Scies. / quia enim id maxime volo, ut illi istoc confugiant. sine: / tanto apud iudicem hunc argenti condemnabo facilius*"). Per un caso di tortura svolta dal *dominus* è interessante Val. Max. 8.4.1 ("*M. Agrii argentarii seruus Alexander A. Fanni servum occidisse insimulatus est eoque nomine tortus a domino admisisse id facinus constantissime adseveravit. Itaque Fannio deditus supplicio adfectus est. Parvulo deinde tempore interiecto ille, cuius de nece creditum erat, domum rediit*").

Qui la tortura viene praticata dallo stesso *dominus* che poi, ottenuta la confessione (in seguito rivelatasi infondata, per la ricomparsa della presunta vittima), consegna il servo al suo padrone (erroneamente dato per morto) per il *supplicium*, secondo lo schema tipico dell'abbandono nossale. Sul punto vedi MOMMSEN, *Le droit pénal*, I, cit., p. 23.

⁸⁷ Anche in ambito criminale viene considerato il caso dell'offerta volontaria *ad tormenta* del servo da parte del padrone, ma in ottica differente: vd. cap. III, § 7.

pus servile, la tutela dovrebbe scattare per la violazione di una regola di moderazione ispirata al rispetto del *dominus* e ai limiti, espressi o impliciti, connessi alla concessione da questi fatta.

Inoltre, le fonti non paiono occuparsi, in questa sede, delle conseguenze lesive, neppure fatali, che con grande probabilità potevano determinarsi a causa della sottoposizione ai *tormenta*⁸⁸. In questa evenienza, verosimilmente soccorrevano regole generali divenendo possibile il ricorso ad azioni specifiche, ulteriori rispetto all'*actio iniuriarum*⁸⁹, per quanto l'assenza di casistica nei luoghi *ad hoc* potrebbe anche legittimare il sospetto che tali esiti infausti fossero ritenuti eventi conformi al *ius*, e quindi non avvenuti *iniuria*.

In effetti, se, come rilevato, la *contumelia* arrecata dal comportamento dell'agente si determinava in modo istantaneo con la *verberatio* o con la sottoposizione a *quaestio*, ai fini dell'*actio iniuriarum* risultavano irrilevanti le conseguenze successive. La fattispecie labeoniana dell'oltrepassamento del *modus* parrebbe invece mostrare, in apparente contraddizione con quanto appena affermato, l'attenzione allo sviluppo esecutivo della *quaestio*.

Tuttavia, a ben vedere, in presenza del benessere del padrone e quindi di fronte ad una *quaestio* autorizzata il problema risulta incentrato sull'individuazione del momento offensivo, determinato dal superamento del limite, evidentemente situato nella fase esecutiva. Certo, tale superamento poteva essere rilevato *ex post* in presenza del grave ferimento o del decesso dello schiavo, ma da ciò si deve desumere a maggior ragione che tale accadimento assumesse rilevanza solo quando espressamente escluso dal *dominus* quale conseguenza che non sarebbe stata accettata, oppure quando, in mancanza di espressa statuizione, vi fossero altri elementi per desumere la riserva mentale contraria del *dominus*.

Sembra allora plausibile avanzare l'ipotesi per cui il superamento del *modus*, nell'elaborazione di Labeone, oltre al caso di travali-

⁸⁸ Non è chiaro se il riferimento al maltrattamento dello schiavo in D. 47.10.15.34 sia da ricollegarsi alla precedente *quaestio* o *verberatio*.

⁸⁹ In presenza di un danno patrimoniale era esperibile, dopo l'emanazione della stessa, l'*actio legis Aquiliae*, anche in concorso con altre azioni. In tema basti qui il rinvio a MIGLIETTA, "*Servus dolo occiso*", cit., *passim*.

camento degli accordi prestabiliti potesse attenersi anche all'ambito dei risultati conoscitivi perseguiti con la *quaestio*.

In altre parole, l'individuazione del *modus* nella tortura privata potrebbe mantenersi sempre nell'ambito di tutela del *dominus*: a questi, sotto il profilo della possibile salvezza dall'incriminazione in seguito alle dichiarazioni del servo, resta la possibilità di avanzare obiezioni sul grado di invasività delle torture come mezzo per rispondere a risultati dichiarativi inaspettati o pericolosi per la propria posizione. Il danno che si tenderebbe cioè a scongiurare in simili casi potrebbe in sostanza venire a ricomprendere anche l'eventualità di dichiarazioni accusatorie o comunque lesive della persona del *dominus*.

Il pensiero labeoniano chiarisce in ogni caso come il consenso preventivo del padrone non fornisca al torturatore un nullaosta illimitato, ma attribuisce allo stesso *dominus* una facoltà ulteriore di delibazione di tipo oggettivo che, collocata necessariamente dopo l'esecuzione dell'atto, si rivela atta a sindacare anche i possibili contenuti dichiarativi emersi e la loro attitudine ad offenderlo.

In ogni caso, la sottoposizione a *quaestio* eseguita in accordo con il padrone e che si contenga in *modus* accettabili non pare generare alcuna responsabilità, non ravvisandosi idoneità ad arrecare danni⁹⁰. Ciò si ricava da D. 47.10.15.43, ove l'omessa contestualizzazione ai casi di mancanza del benessere del *dominus* è comunque colmata dalla lettura sistematica. In questo passo Ulpiano, ripren-

⁹⁰ Non parrebbe pertinente un eventuale richiamo alla contrarietà della *quaestio* ai *boni mores*. Il riferimento ai *boni mores*, contenuto nei *verba edicti* secondo il testo in D. 47.10.15.34, è riferito alla sola *verberatio*, come intende anche Ulpiano: D. 47.10.15.38 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Adicitur "adversus bonos mores", ut non omnis omnino qui verberavit, sed qui adversus bonos mores verberavit, teneatur: ceterum si quis corrigendi animo aut si quis emendandi, non tenetur. 39. Unde quaerit Labeo, si magistratus municipalis servum meum loris ruperit, an possim cum eo experiri, quasi adversus bonos mores verberaverit. Et ait iudicem debere inquirere, quid facientem servum meum verberaverit: nam si honorem ornamentaque petulanter adtemptantem ceciderit, absolvendum eum.* Secondo il giurista, dunque, rientrerebbe nei *boni mores* la bastonatura fatta a fini pedagogici e punitivi ("corrigendi et emendandi animo"). Contro questa impostazione cfr. però Coll. 2.5.2 ("Commune omnibus iniuriis est, quod semper adversus bonos mores fit idque non fieri alicuius interest"), che rimarca come la diverse fattispecie di *iniuria* siano tutte poste a tutela dei *boni mores*. Per una differente prospettiva, che unisce le due ipotesi, vd. BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., p. 156 ss. Vd. anche *supra*, cap. I, nt. 37.

dendo i *verba* già riportati in D. 47.10.15.34, commenta la clausola di chiusura dell'editto:

D. 47.10.15.43 (Ulp. 77 ad ed.): *Praetor ait: "Si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo". Proinde si quidem verberatus sit servus vel tormentis de eo quaestio habita est, sine causae cognitione iudicium in eum competit, si vero aliam iniuriam passus sit, non aliter competit quam causa cognita.*

Il giurista spiega come nei casi di *verberatio* e di *quaestio* l'azione venisse data senza la preliminare valutazione del pretore sulle circostanze del caso⁹¹, invece necessaria qualora venisse lamentata una diversa condotta ai danni dei servi, non specificata dall'editto. L'indicazione esprime un contenuto processuale quanto alle modalità di azione, ma al contempo lascia aperta la possibilità di tutelare fattispecie analoghe attraverso l'*actio iniuriarum*.

In sostanza, l'endiadi *verberatio-quaestio* dell'editto qui riportato pare racchiudere il complesso della violenza fisica esercitata sui servi con finalità sia punitive sia investigative.

Nei rapporti privati, quindi, la *veritas* (a discapito del suo presunto valore universale) appartiene al *dominus* dei servi che concorrono a svelarla, secondo un procedimento logico simile a quello che opera in tema di acquisto dei frutti dello schiavo⁹². In simile ottica, il servo, in quanto *res* pensante e parlante⁹³, dotata di intelletto e di

⁹¹ D. DAUBE, *Ne quid infamandi causa fiat. The roman Law of Diffamation*, in *Atti del congresso internazionale di storia del diritto (Verona)*, 3, Milano, 1951, p. 415 ss., parla di atti punibili *prima facie*. In questi casi, quindi, l'azione veniva concessa quando la denuncia concerneva il fatto tipico, descritto nella *demonstratio*, secondo lo schema formulare riportato in *Coll.* 2.6 (cfr. anche 2.4-5). Cfr. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, cit., p. 1056 ss.

⁹² Una consonanza di soluzioni con la concessione dell'*actio iniuriarum* al nudo proprietario per la *verberatio* o la *quaestio* del servo in usufrutto si ricava nella disciplina degli acquisti dei *servi fructuarii*. In tema vd. qualche osservazione *infra*, § 5.

⁹³ Lo schiavo è definito *instrumentum vocale* del fondo da Varrone (*Res Rustica* 1.17.1), laddove il bestiame è *instrumentum semivocale* e strumenti muti gli attrezzi inerti o meccanici ('*plaustra*'). Ai servi più esperti nell'agricoltura può essere affidato un potere di comando sugli altri, da esercitarsi però, consiglia Varrone, solo verbalmente, piuttosto che con la coercizione fisica ('*verbera*'): *Res Rustica* 1.17.5: *Neque illis concedendum ita imperare, ut verberibus coerceant*

sensi di percezione della realtà, e dunque capace di narrazione, si connota come portatore di informazioni che, in determinati contesti, possono assumere notevole valore. Titolare di queste *utilitates* si configura, come ovvio, il *dominus*⁹⁴.

Un parere di Labeone in tema di *quaestio* di servo altrui è riferito anche da Paolo nel libro 55 *ad edictum*, in sede di trattazione della *lex Iulia de vi privata*, ove ricorda che, in caso di violenza privata,

potius quam verbis, si modo idem efficere possis. Vd. RIZZELLI, *Lo schiavo romano*, cit., p. 229 ss.

⁹⁴ Il prosieguo della trattazione ulpiana riportata in questo titolo del Digesto fornisce una casistica significativa delle fattispecie 'di confine'. Nel § 44 Ulpiano contempla i casi di *levis percussio* e di *levis maledictio*, precisando che la decisione pretoria di concedere al padrone l'azione *servi nomine* avviene di solito in base ad un duplice vaglio, il primo oggettivo ed il secondo soggettivo. L'azione intentata dal padrone in nome del servo *iniuriatus* viene dunque ammessa soltanto per i casi di aggressioni fisiche o verbali rilevanti dal punto di vista oggettivo, mentre in presenza di *iniuriae* non lievi (il giurista fa l'esempio dell'*infamatio*) dirette contro il servo, il magistrato si determinerà o meno per la *denegatio actionis* dopo la disamina della *qualitas servi*: D. 47.10.15.44 (Ulp. 77 ad ed.): *Itaque praetor non ex omni causa iniuriarum iudicium servi nomine promittit: nam si leviter percussus sit vel maledictum ei leviter, non dabit actionem: at si infamatus sit vel facto aliquo vel carmine scripto puto causae cognitionem praetoris porrigendam et ad servi qualitatem: etenim multum interest, qualis servus sit, bonae frugi, ordinarius, dispensator, an vero vulgaris vel mediastinus an qualisqualis. et quid si comeditus vel male notus vel notae extremae? Habebit igitur praetor rationem tam iniuriae, quae admissa dicitur, quam personae servi, in quem admissa dicitur, et sic aut permittet aut denegabit actionem*. Si deve notare che in questo contesto il termine *infamia* parrebbe esprimere un significato diverso dal rendere taluno *infamis*, prestandosi piuttosto ad individuare condotte lesive dell'integrità fisica e/o della reputazione in maniera generica, anche tali da attribuire rilievo alla percezione soggettiva del soggetto leso e, di conseguenza, da necessitare di una preliminare valutazione del pretore. Così MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria*, cit., p. 192 nt. 88, critico rispetto alla tesi invece sostenuta da DAUBE, *Ne quid infamandi causa fiat*, cit., p. 141, che argomenta in particolar modo da un testo di Seneca (*Controv.* 10.1.30). Vd. anche G. CRIFÒ, *Diffamazione e ingiuria (dir. rom.)*, in *ED.* 12, 1964, p. 471 nt. 21; M. KASER, *Infamia und Ignominia in der Rechtsquellen*, in *ZSS*, 73, 1956, p. 220; RABER, *Grundlagen*, cit., p. 68. La speculazione giurisprudenziale in tema agevolerà, tra l'altro, l'evoluzione verso il concetto di *iniuria-contumelia*: MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria*, cit., p. 190 ss. Non va poi obliato il fatto che, nella sistematica giustiniana, il frammento di poco precedente (§ 41) è sede del passo in cui Ulpiano fornisce la celebre definizione di *quaestio*, che ne illustra le finalità ed i metodi e la distingue dalla *nuda interrogatio* e dalla *levis territio*. Sulla portata dell'espressione "*servus bonae frugi*", qui assunta a parametro per la concessione della tutela, vd. anche *infra*, cap. I, nt. 116.

se qualcuno abbia sottoposto a *quaestio* un servo altrui secondo Labeone si dovrà ricorrere all'editto pretorio *de iniuriis*:

D. 48.7.4 (Paul 55 *ad ed.*): *Legis Iuliae de vi privata crimen committitur, cum coetum aliquis et concursum fecisse dicitur, quo minus quis in ius produceretur. 1. Et si quis quaestionem de alterius servo habuisset: et ideo moderatius edicto praetoris de iniuriis utendum esse Labeo ait.*

Il passo, inserito dai giustinianeî nel corrispondente titolo *Ad legem Iuliam de vi privata*, è collegato ad una particolare fattispecie perseguibile a norma di questa legge, e cioè al caso di soggetti che, in concorso tra loro, abbiano impedito con la violenza la produzione di un teste in giudizio. Questa forma di violenza, diretta a pregiudicare l'andamento di un'azione giudiziale, viene considerata perseguibile in base alla citata *lex Iulia*⁹⁵.

⁹⁵ Un caso a sé è trattato da Meciano ed è relativo alla condotta, sanzionata dalla *lex Iulia de vi publica*, di chi abbia incatenato un imputato o comunque gli abbia impedito di essere a Roma entro un certo tempo, verosimilmente al fine di presenziare da solo al processo contro di lui: D. 48.6.8 (Maec. 5 *publ.*): *Lege Iulia de vi publica cavetur, ne quis reum vinciat impediatur, quo minus Romae intra certum tempus adsit*. Tale condotta si caratterizzava in termini plurioffensivi: da un lato, si risolveva in un turbamento del regolare svolgimento del processo, dall'altro, finiva per impedire al reo di difendersi o di fornire giustificazioni (vedi le *excusationes* di D. 48.1.13.1) sulla propria assenza, esponendolo al rischio di condanna contumaciale. Sul passo, con letteratura, L. FANIZZA, *Giuristi crimini e leggi nell'età degli Antonini*, Napoli, 1982, p. 81 ss. Sulle situazioni che davano luogo al processo contumaciale mi permetto il rinvio a BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia*, cit., *passim*. Si rileva che Paolo, nel passo riportato nel testo (D. 48.7.4pr.), fa invece rientrare nella *vis privata* l'impedimento tramite assembramento a che "*quis in ius produceretur*". In questo caso, che sembra riferirsi a giudizi privati (così A. BURDESE, *Manuale di diritto pubblico romano*, Torino, 1975, p. 249), il bene leso, quindi, parrebbe solo quello della parte. Si nota, inoltre, che il passo che, nel Digesto, precede il frammento appena citato contempla, ritenendoli perseguibili in base alla legge sulla violenza privata, anche i casi di violenza compiuti mediante *verberatio* e *pulsatio* attuate attraverso una pluralità di uomini appositamente convocati: D. 48.7.2 (Scaev. 4 *reg.*): *Hac lege tenetur, qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur pulsaretur, neque homo occisus erit*. Qualora difetti, invece, la convocazione di più persone e la *pulsatio* si sia realizzata soltanto mediante l'asportazione di un bene della vittima predestinata al fine di offenderla, si dovrà comunque procedere per *iniuria*: D. 48.7.3 (Macer 1 *publ.*): *Nec interest, liberos an servos et suos an alienos quis ad vim faciendam convocaverit. 1. Nec minus hi, qui convocati sunt, eadem lege tenentur. 2. Sed si nulli convocati nullique*

Il giurista, a questo punto, introduce un caso – che, in realtà, appare inverso – dove il soggetto testimone, uno schiavo altrui, è stato invece sentito mediante tortura. La soluzione proposta da Paolo riprende un'opinione già offerta da Labeone, al quale appariva preferibile, più moderatamente, esperire in questo caso l'*actio iniuriarum*, verosimilmente nella forma estesa dal pretore alla fattispecie di *quaestio servi alterius iniussu domini*⁹⁶.

Nel frammento è peraltro omissivo qualsiasi riferimento al tema della presenza o meno dello *iussus domini* alla *quaestio*, mentre è chiaro il riferimento all'altruità del servo nel paragrafo 1.

Entrambe le fattispecie analizzate da Ulpiano in D. 47.10.15.43 e da Paolo in D. 48.7.4.1 contemplano un illecito ma mentre il primo è commesso nei confronti di un privato che viola il diritto del *dominus*, il secondo incide sulla dinamica processuale. Le due opinioni possono tuttavia essere accomunate dal filo conduttore che lega quei comportamenti in grado di incidere negativamente sull'ordinato svolgimento di un processo.

In particolare, il caso esposto da Ulpiano riguarda le condotte similmente caratterizzate dall'uso di violenza ma finalizzate ad ottenere in maniera scorretta un elemento di prova (presumibilmente nel proprio interesse) carpito attraverso l'interrogatorio *per tormenta* di uno schiavo altrui. Il *principium* del frammento paolino contempla in generale, ascrivendoli tra i casi sanzionati dalla *Lex Iulia*, i comportamenti organizzati e violenti finalizzati a precludere ad una parte avversa di avvalersi di un teste, persona diversa dal servo altrui. In questo secondo caso Labeone mostra una certa indulgenza: Paolo riferisce infatti il parere del giurista augusteo commentandolo con l'avverbio *moderatus*, che parrebbe riferibile al più mite trattamento sanzionatorio dell'*actio iniuriarum* a fronte della pena *ex lege Iulia* che prevede, come riporta l'*incipit* del frammento in

pulsati sint, per iniuriam tamen ex bonis alienis quid ablatum sit, hac lege teneri eum qui id fecerit. In tema vd. *supra*.

⁹⁶ BALZARINI, s.v. "Violenza", cit., p. 833 nt. 79, argomenta la concorrente esperibilità dell'*actio iniuriarum* anche in base alla collocazione palinogenetica del brano. In ogni caso, anche per l'A. la fattispecie sembra "attenere al turbamento del regolare svolgimento di un processo – privato – per il fatto di procurare illecitamente mezzi di prova da esibire dinanzi al giudice".

D.48.7.1, la confisca di un terzo dei beni e l'impossibilità di ricoprire cariche come quelle di senatore, decurione o giudice, unitamente all'infamia.

L'accostamento dei due casi, comunque, appare suggestivo di alcune considerazioni sull'essenza della *quaestio*.

Se l'impiego di violenza per impedire la produzione di un teste in giudizio è condotta punita dalla *lex Iulia de vi*, mentre la *quaestio* di un servo altrui (all'evidente fine di reperire informazioni) rimane nell'ambito dell'*iniuria*, allora deve ritenersi che diverso sia il valore del tipo di informazioni su cui si agisce. Nel primo caso viene compressa la possibilità di portare in giudizio una vera e propria prova, nel secondo vi è la ricerca di informazioni mediante l'interrogatorio violento di un servo altrui. Il passo suggerisce, dunque, come nella prassi la *quaestio servi alieni* svolta in ambito privato venisse concepita in funzione della ricerca di elementi di prova da destinarsi alla sede giudiziale. In secondo luogo, però, si ricava come la spendibilità processuale di questo secondo tipo di informazioni non fosse equiparabile a quello del teste prodotto *in ius*, non essendo il servo soggetto idoneo a fornire una prova piena, ma fosse utilizzabile secondo gli usuali criteri di acquisizione e valutazione probatoria.

La violenza, pertanto, comunque presente, ha come principale effetto lesivo la *contumelia* arrecata al *dominus*, rispetto al quale gli esiti sul processo appaiono indifferenti.

5. *Il deteriorem facere a causa di tortura*

Il problema dell'*iniuria* e della conseguente legittimazione all'*actio iniuriarium* è solo uno dei molteplici profili che scaturiscono dalla tortura del servo altrui e che sono oggetto di riflessione da parte dei giuristi.

Qui vale la pena di ricordare alcune considerazioni in riferimento alla *quaestio* del servo dato in usufrutto, che costituisce uno dei casi atti a configurare la *servi corruptio*⁹⁷.

⁹⁷ In argomento si rinvia per tutti all'accurato lavoro di BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., (ivi la principale letteratura in materia), che in relazione al fondamento del-

Emblematico è un passo di Paolo in tema di doveri dell'usufruttuario che trova sede nel Digesto all'interno del titolo *de usufructu*⁹⁸ dopo il passo di Pomponio che richiede, in capo all'usufruttuario, la medesima diligenza del *paterfamilias*, nel rispetto dei limiti che gli sono imposti per salvaguardare, come noto, il bene dalla totale consumazione⁹⁹:

D. 7.1.66 (Paul. 47 *ad ed.*): *Cum usufructuario non solum legis Aquiliae actio competere potest, sed et servi corrupti et iniuriarum, si servum torquendo deteriorem fecerit.*

Il giurista riconosce al *dominus* la facoltà di esperire contro l'usufruttuario non soltanto l'*actio legis Aquiliae* ma anche l'*actio servi corrupti* e l'*actio iniuriarum* qualora l'usufruttuario, torturando il servo, lo abbia reso di una condizione deteriore¹⁰⁰.

Incidentalmente, va precisato che un responso di Sabino afferma che una *modica castigatio*¹⁰¹ compete al *fructuarius*, mentre Casio precisa, nel libro VIII *iuris civilis*, che però costui non può né torturarlo né colpirlo con i flagelli¹⁰²:

la tutela processuale riconosciuta al *dominus* il cui servo è stato *corruptum* spiega: "La *corruptio servi* è... un delitto che, danneggiando il patrimonio di un *civis*, lede e mette in pericolo l'economia romana. Ed è proprio questo il motivo per cui in età classica tale delitto viene previsto e represso" (p. 62).

⁹⁸ Nella sua ricostruzione palinogenetica, il Lenel inserisce il brano nell'ambito del discorso che Paolo, nel libro 47° di commento all'edicto, svolge in tema di usufrutto: *Palinogenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889 (rist. anast. Roma, 2000), col. 1054, § 613 [*ut usus fructus nomine caveatur*].

⁹⁹ Come si legge in D. 7.1.65pr. (Pomp. 5 *ex Plaut.*). Sul passo in D. 7.1.66 vd. per tutti BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., p. 41 ss., 90, 155 ss., 165 ss. e la letteratura ivi citata.

¹⁰⁰ Si nota che se nella trattazione dell'*iniuria* si trova il termine *quaestio*, definito ed eloquente (D. 47.10.15.41), in tema di *corruptio servi* e di usufrutto è impiegato il verbo *torquere*, usato in senso ampio a racchiudere sia la *verberatio* sia la *quaestio*.

¹⁰¹ Si sottolinea l'aggettivo '*modica*', che richiama semanticamente l'idea del *modus* che mai deve essere travalicato. Cfr. con la "*levis castigatio*" cui si riferisce Ulpiano, in riferimento alla *monendi et docendi causa*, in D.9.2.5.3 (Ulp. 18 *ad ed.*), nonché l'adesiva precisazione di Paolo in D. 9.2.6 (Paul. 22 *ad ed.*).

¹⁰² Sul passo vd. spec. J. GEBHARDT, *Prügelstrafe und Züchtigungsrecht im antiken Rom und in der Gegenwart*, Köln-Weimar-Wien, 1994, p. 267. La regola è riportata anche in Paul. *Sent.* 3.6.25: *Servos neque torquere neque flagellis caedere neque in eum casum facto suo perducere usufructuarius potest, quo deteriores fiant.*

D. 7.1.23.1 (Ulp. 17 *ad Sab.*): *Quoniam autem diximus quod ex operis acquiritur ad fructuarium pertinere, sciendum est etiam cogendum eum operari: etenim modicam quoque castigationem fructuario competere Sabinus respondit et Cassius libro octavo iuris civilis scripsit, ut neque torqueat, neque flagellis caedat.*

Diviene evidente come il riconoscimento di un sia pur modico diritto a castigare il servo inoperoso possa sfociare in maltrattamenti vicini, se non equivalenti, alla tortura, finalizzati ad incentivare la produzione, e quindi l'acquisto, dei frutti. Lo sconfinamento determina l'attribuzione di una complessa tutela per il *dominus*. Quanto interessa al profilo che qui si esamina è il ruolo svolto dalla tortura che, a seconda degli effetti provocati, può arrivare a configurare una pluralità di ipotesi illecite e la relativa concorrenza di azioni.

Nel frammento in D. 7.1.66, Paolo afferma che quando la tortura del servo da parte dell'usufruttuario si traduce in un deterioramento ("*si servum torquendo deteriorem fecerit*"), questo può integrare tre differenti illeciti, a seconda delle circostanze: *damnum iniuria datum*, *corruptio servi* e *iniuria*. L'usufruttuario commette *iniuria* quando tortura il servo *iniussu domini*, oppure *ultra modum* (D. 47.10.15.42), o ancora quando lo punisca *contra bonos mores* (D. 47.10.15.34); ricade sotto la *lex Aquilia* quando arrechi un *damnum iniuria datum*, mentre qualora persuada lo schiavo a tradire il suo *dominus* commette una *corruptio servi*. Il tratto che accomuna le tre fattispecie è il deterioramento del servo, che si pone come presupposto dell'esperibilità dell'azione in consequenziale eziologia alla pratica della tortura.

Corrispondentemente, al *dominus* che ha dato in usufrutto lo schiavo poi torturato dall'usufruttuario possono competere l'*actio iniuriarum*, l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio servi corrupti*.

Dall'ampio ventaglio di azioni esperibili dal *dominus* contro l'usufruttuario è dato cogliere la plurioffensività del *torquere* il servo altrui: quando la tortura del servo ha una valenza ablativa del patrimonio del *dominus* l'azione appropriata sarà l'*actio legis Aquiliae*; quando la tortura sia attuata in spregio al *dominus*, senza o contro il suo benessere e finanche con modalità inammissibili, l'azio-

ne ha una diretta incidenza sulla posizione potestativa del padrone, al quale spetta in proprio l'*actio iniuriarum*. Quando infine il servo risulterà reso deterioro dai *tormenta*, il padrone potrà esperire l'*actio servi corrupti*.

La triplice via di tutela processuale è paradigmatica dei pluripli interessi in gioco nell'azione del torturare e che vengono ad incidere sulla sfera soggettiva del padrone che subisce il detrimento: l'aspetto patrimoniale, l'onore personale e persino l'ambito della riservatezza.

Quanto detto vale, dunque, ancor più in generale, per tutte quelle situazioni che, oltre al danno economico derivante al padrone dal deterioramento fisico del suo bene (il servo, appunto), possono comportare un pericolo ulteriore per il *dominus*, legato all'estorsione al servo di dichiarazioni contro di lui¹⁰⁵ o, più in generale, a comportamenti lesivi dei suoi interessi.

Il campo dell'usufrutto della persona servile consente quindi di enucleare uno specifico significato di deterioramento, che proprio in tema di sottoposizione del *servus fructuarius* a tortura ha dato origine al contenzioso che trova espressione in D.7.1.66. Il *deteriorem facere* rileva infatti nei rapporti tra proprietario ed usufruttuario quale evento che affligge in maniera negativa la vicenda del diritto reale.

Il deterioramento che può colpire il servo, e che incide conseguentemente sull'aspetto di uso e di godimento proprio del diritto reale, conosce una casistica assai ricca che viene esemplarmente in rilievo in relazione alle fattispecie in cui si concretizza la *corruptio servi*. Merita pertanto introdurre, in questa sede, una rapida ricostruzione degli elementi caratterizzanti il concetto di *corruptio* in vista della rilevanza che assume in rapporto alla 'corruzione' derivante dal *torquere*.

La *corruptio servi* viene concepita, in senso lato, come attentato all'integrità della servitù, che si realizza attraverso il dare accoglienza a servi altrui o l'induzione alla depravazione morale ed alla delinquenza¹⁰⁴. Il verbo *corrumpere* ha insita l'idea del deterioramen-

¹⁰⁵ Al riguardo si sottolinea sin da ora come, sul versante criminale, sia ripetutamente sancito il divieto di tortura *in caput domini*, su cui *infra*, cap. III, § 4.

¹⁰⁴ Sul concetto di deterioramento si rinvia per tutti a BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., p. 24 ss. (e nt. 42), che evidenzia come il termine *corrumpere*, usato sia per la

to (“*deteriorem facere*”) determinato dalla condotta resa col termine *persuasio*, attività persuasiva esercitata sul servo volta all’istigazione a delinquere o a tenere comportamenti riprovevoli¹⁰⁵. L’esperibilità dell’*actio servi corrupti* da parte del *dominus* mette in luce una significativa forma di lesione che si realizza con la tortura del servo. L’ambito di operatività dell’*actio* appare ricollegabile alla corruzione morale ed all’alterazione della sfera psichica del *servus* che sia tale da ripercuotere effetti negativi sul *dominus*.

corruzione morale sia materiale, venga ben presto utilizzato per indicare l’attività dell’induttore, nonché in riferimento ad oggetti per indicare ogni genere di deterioramento (spec. p. 31 nt. 62, p. 47 ss). Quando, invece, la *corruptio* sia posta in essere per scopi leciti deve essere tenuta in considerazione soltanto per l’aspetto materiale dell’aggravamento delle condizioni fisiche che il servo ha riportato dall’esecuzione dello strumento investigativo. L’induzione alla fuga configura, invece, ipotesi di plagio: in tema vd. per tutti R. LAMBERTINI, *Plagium*, Milano, 1980, spec. p. 124 ss.

¹⁰⁵ Molto chiara appare la formula editale che, accanto alla ricettazione del servo altrui, colpisce proprio la capziosa opera di persuasione operata sul servo: D. 11.3.1pr. (Ulp. 23 ad ed.): *Ait praetor: “Qui servum servam alienum alienum recepisse persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret, in eum quanti ea res erit in duplum iudicium dabo”*. Sul significato di “*recipere*” vd. il passo in D. 11.3.1.2, su cui spec. LAMBERTINI, *Plagium*, cit., p. 122 nt. 181; BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., p. 14 ss. Il significato da attribuire al verbo “*persuadere*” si legge nel successivo paragrafo, in D. 11.3.1.3 (Ulp. 23 ad ed.): *Persuadere autem est plus quam compelli atque cogi sibi parere. Sed persuadere τὸν μέσων ἐστίν, nam et bonum consilium quis dando potest suadere et malum: et ideo praetor adiecit “Dolo malo, quo eum deteriorem faceret”: neque enim delinquit, nisi qui tale aliquid servo persuadet, ex quo eum faciat deteriorem. Qui igitur servum sollicitat ad aliquid vel faciendum vel cogitandum improbe, hic videtur hoc edicto notari*. Il brano è stato oggetto di interpretazioni controverse ma il senso non pare invero troppo oscuro né contraddittorio, come è stato per lo più sostenuto (per le principali ipotesi dottrinarie di spiegazione vd. BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., p. 19 ss.). Ulpiano intende specificare che la persuasione è qualcosa di più grave rispetto alla costrizione, perché essa convince il destinatario a fare o pensare qualcosa di riprovevole, trasformandolo in un essere peggiore: ‘*persuadere*’ – spiega – è più che essere spinti o costretti ad obbedire. *Persuadere* sta nel mezzo: infatti, si può persuadere sia con i buoni che con i cattivi consigli, e così il pretore ha aggiunto che non si commette un illecito se non si persuade *dolo malo*, così da renderlo peggiore. In sostanza, si ha persuasione se si toglie all’uomo la possibilità di una scelta alternativa, rendendo così ‘attiva’ e, al contempo, ‘cattiva’ la persona convinta. Sicuramente il testo del frammento è involuto ma il senso della spiegazione ulpiana appare chiaro, e consente di attribuire al termine *corruptio* il significato di ‘corruzione morale’. Questa forma di peggioramento del servo, tuttavia, rileva sotto forma di danno patrimoniale, essendo evidente che il cambiamento dell’atteggiamento psichico del servo costituisce circostanza che ne diminuisce il valore.

Se non paiono del tutto estranee all'istituto esigenze di carattere morale, è comunque evidente che lo storno del servo dalla retta via è valutato anche con riguardo all'ottica dominicale: l'istigazione a delinquere viene infatti repressa soprattutto per reati che trovano nello stesso padrone la vittima, come appare dalla casistica della *servi corruptio* contenuta nel titolo D. 11.3, ove trova ampia esemplificazione l'alterazione dell'atteggiamento del servo verso il *dominus*¹⁰⁶.

Per quanto interessa il presente studio, basta sottolineare che in questo quadro il collegamento del *torquere* con il *corrumpere* risulta dal fatto che in entrambi i casi si tratta nella sostanza di comportamenti atti a mettere in pericolo o pregiudicare il patrimonio del *dominus*: l'attacco alla *dominica potestas* passa attraverso l'induzione dello schiavo al volontario tradimento del rapporto fiduciario e privilegiato con il padrone. Ciò che si mira a reprimere è proprio la strumentalizzazione del servo ai danni dello stesso *dominus*¹⁰⁷.

¹⁰⁶ In particolare, il titolo contiene una fitta casistica di comportamenti di infedeltà verso il *dominus*. Tra questi, si presentano fortemente indicativi alcuni casi attinenti alla sfera economico-commerciale del padrone come, ad esempio, quelle attività di *persuasio* induttive al tradimento del *dominus* da attuarsi mediante l'ottenimento di informazioni per questi negative o utilizzabili contro i suoi interessi (soprattutto di dati riservati o di segreti d'affari e professionali), oppure con il compimento di atti di distruzione, sottrazione o falsificazione di documenti. Si legga, ad esempio, il caso di utilizzo del servo altrui per finalità di alterazione degli strumenti probatori e rendiconti contabili del padrone esposto in D. 11.3.1.5 (Ulp. 23 *ad ed.*). Un'interessante esemplificazione di possibili infedeltà documentali si legge anche in D. 11.3.11.1 (Ulp. 23 *ad ed.*), tra le quali spicca l'alterazione, su commissione, dei chirografi. A questi casi si aggiunga anche la condotta di un servo indotto ("*persuasum*") alla duplicazione delle *tabulae* del padrone a scopo di spionaggio di cui in D. 47.2.52.24 (Ulp. 37 *ad ed.*). Su questi passi, nonché per altre fattispecie di corruzione del servo, vd. la diffusa analisi di BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., *passim*. Sulle attività delegate allo schiavo amministratore si veda spec. A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano, 1985. Una panoramica generale sul falso documentale si legge nella recente monografia di S. SCHIAVO, *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere*, Milano, 2007 (ivi bibliografia).

¹⁰⁷ Le fattispecie qui rapidamente descritte sono viste con avversione dall'ordinamento romano, interpretato dall'azione sociale del pretore, non solo per i danni che possono causare al *dominus* ma anche perché, in fondo, è la stessa società romana, saldamente fondata sulla schiavitù, ad essere messa in pericolo dalle condotte di doloso sviamento dei servi dal loro compito di servire fedelmente il *dominus*. La gravità eversiva di tali comportamenti è espressa con grande chiarezza da Paolo: D. 1.18.21 (Paul. *l.s. de off. adsess.*): *Praeses cum cognoscat de servo corrupto vel ancilla devirginata vel servo stuprato, si actor rerum agentis corruptus*

In quest'ottica deve collocarsi il brano in D. 7.1.66, che ascrive il *torquere servum* tra i comportamenti perseguibili con l'*actio servi corrupti*. Occorre pertanto chiedersi se la soluzione ivi prospettata da Paolo sia in linea con il descritto concetto di *corruptio*.

Nell'attribuire il suddetto detrimento all'avvenuta tortura, il giurista in effetti non fornisce ulteriori contorni né, tantomeno, spiegazioni circa le ragioni dell'incrudescenza sullo schiavo: si limita a descrivere questa tipologia di *corruptio* mediante un generico gerundio ("*torquendo*")¹⁰⁸ per poi evidenziare la triplice possibilità di tutela che ne può scaturire. In particolare, Paolo, come si è visto, prevede la concorrenza di tre azioni, esperibili dal *dominus* contro l'usufruttuario che abbia torturato il servo cagionandone un'alterazione in senso peggiorativo¹⁰⁹. Risulta comunque evidente il detrimento che

esse dicitur vel eiusmodi homo, ut non ad solam iacturam adversus substantiam, sed ad totius domus eversionem pertineat: severissime debet animadvertere. Il passo riguarda il caso di un servo amministratore, accostabile quindi a quelli esemplificati nella nota precedente, sottolineando che la corruzione di costui (come di ogni altro uomo affidatario di compiti particolari) è fonte non solo di potenziale danno per il patrimonio ma anche foriera di vera e propria rovina per l'intera *domus*. Sul frammento, per tutti, D. DALLA, *Ubi Venus mutatur*, Milano, 1987, p. 46 ss.

¹⁰⁸ BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., p. 156, ipotizza che tale gerundio si riferisca ad un caso di tortura compiuta *adversus bonos mores*.

¹⁰⁹ Il problema giuridico sorge relativamente al modo in cui si viene a configurare la concorrenza tra queste tre azioni. In particolare, il rapporto tra l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio iniuriarum* non desta perplessità rilevanti: il preventivo esperimento dell'*actio legis Aquiliae* sarà considerato come comprensivo dell'*actio iniuriarum* che ne verrà giudizialmente consumata; viceversa, l'esercizio di quest'ultima lascerà aperto un varco per ottenere ulteriore soddisfazione per la differenza di pena: D. 47.10.15.47 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Si usum fructum in servo habeam, tu proprietatem isque verberatus sit vel quaestio de eo habita, iniuriarum actio magis proprietario quam mihi competit. Idemque probatur et si servum meum, quem bona fide possidebam, cecideris: domino enim magis competit iniuriarum actio.* Il caso prospettato vede ancora una volta contrapposti, sotto il profilo della legittimazione attiva all'*actio iniuriarum*, il *dominus* e l'usufruttuario. Nel passo viene accostata in tema di titolarità dell'*actio iniuriarum* la stessa soluzione data ai tre casi di *verberatio*, *quaestio* e maltrattamento. Tuttavia, mentre nelle prime due fattispecie il dubbio sorge rispetto all'usufruttuario, nella terza si prospetta il caso, del tutto diverso, del servo posseduto in buona fede. La differenza tra i due contesti, a discapito della soluzione sostanzialmente identica, induce a ritenere che oggetto del caso fosse un maltrattamento svincolato dal contesto punitivo o di interrogatorio violento. Ciò che accomuna la trattazione è solo il tema della legittimazione all'azione in caso di *iniuria* al servo. Se il servo in usufrutto sia stato battuto o torturato, l'*actio iniuriarum* spetta al proprietario e non all'usufruttuario; lo stesso qualora si versi

può derivare al *dominus* dall'interruzione della funzionalità tipica dello schiavo così come abitualmente conosciuta dal padrone e, in sostanza, dal *detournement* delle qualità e delle attitudini del *servus* quando sia posto in essere il *torquere*.

La menzione dell'*actio servi corrupti* secondo alcuni autori sarebbe insiticia perché il *torquere servum* non presenterebbe alcuna connessione con il *persuadere* della clausola edittale¹¹⁰: l'uso di violenza sul servo, sia pur finalizzato ad estorcere dichiarazioni, anche quando consegua il risultato ricercato, non parrebbe comportare una persuasione che possa intendersi quale intima e spontanea adesione agli obiettivi del corruttore.

Senonché simili obiezioni non paiono decisive. Esse partono dal presupposto che la tortura, quale violenza finalizzata, consegua attraverso la coazione i suoi obiettivi informativi e che l'eventuale punibilità a titolo di *corruptio servi*, ove ammessa, poggi sulla natura riprovevole di tale comportamento. Questa impostazione risente forse dell'elaborazione più avanzata in tema di *quaestio*, quando lo strumento investigativo processuale viene sottoposto a continui vagli logici e metodologici mentre in epoca più risalente l'uso della tortura costituiva mezzo ordinario di rapporto con i servi per il conseguimento di informazioni.

D'altro canto, occorre agganciare la tortura alla *persuasio*, quale forma ulteriore di essa. La *persuasio* è elemento tipico (uno dei due previsti nella formula edittale) della *corruptio*, mentre il *deteriorem facere* è il risultato ad essa conseguente, riassumibile nell'accoglimento dell'istigazione e, quindi, nel deterioramento morale del servo. In quest'ottica, il *torquere* non pare sia da considerarsi strumento di manipolazione che inficia la volontà del *tortus* quanto, piuttosto, una forma di *persuasio*, cioè una modalità di convinci-

in possesso di buona fede anziché di usufrutto: "*domino enim magis competit iniuriarum actio*". Sul punto vd. BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., p. 155 ss.

¹¹⁰ Così B. ALBANESE, *Actio servi corrupti*, in *AUPA* 27, 1959, p. 27. Ritieni invece BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., p. 41, che "Paolo, descrivendo un comportamento illecito perpetrato su uno schiavo altrui, fa ricorso a *torquere*, che significa sottoporre a coercizione fisica allo scopo di ottenere una dichiarazione o sottoporre a qualsiasi sevizia o atto di crudeltà. Il verbo è quindi utilizzato per indicare sia la *verberatio* sia la *quaestio*".

mento tesa a ottenere una collaborazione agli obiettivi di chi vi proceda: quindi, uno strumento di ‘corruzione’.

Dall’esperibilità dell’*actio servi corrupti*, sembra dunque trasparire, in sostanza, l’idea del *torquere* come di un mezzo valutabile in termini di deterioramento ad ampio raggio, posto sullo stesso piano di una pressante opera di persuasione o della consegna di un *pretium* per la corruzione¹¹¹.

Seguendo questa impostazione lo strumento adoperato nell’opera di *corruptio* rileverà solo al fine della prova del *dolus malus*, come atto tipico da cui evincere le forme del dolo, ma non anche per la valutazione del deterioramento. L’elemento che consente di valutare il deterioramento del servo non è il mezzo usato ma l’avvenuto tradimento del *dominus* e delle sue ragioni¹¹² e quindi la corruzione morale del servo.

Se quanto prospettato è fondato, allora emerge dal passo in esame una convinzione della giurisprudenza, e forse dello stesso magistrato giudicante, che riflette un atteggiamento del sentire sociale per cui la tortura è strumento che può essere eseguito anche al fine di estorcere allo schiavo qualsiasi genere di informazioni, così esprimendo una forma invasiva di persuasione che agevola una scelta (quella di parlare e quindi di tradire il *dominus*). Qualora il servo ceda alla violenza, dimostrerà una scarsa affidabilità e si paleserà come ‘di poco valore’, con le conseguenti ricadute anche in termini patrimoniali, integrando l’ipotesi di cui al terzo *caput* della *lex Aquilia*¹¹³.

In materia privatistica (quanto meno nel campo dei delitti considerati), quindi, l’atteggiamento romano di fronte alla tortura pare seguire due linee fondamentali, speculari a quelle che, come vedremo, emergono in ambito criminale: da un lato, si nota un atteggiamento ‘laico’ rispetto allo strumento della tortura servile, privo di valutazione negativa in sé ed indifferente al *dolor* arrecato, dall’altro

¹¹¹ Per alcuni esempi vd. *supra*.

¹¹² Sotto questi profili non rilevano le modalità di accondiscendenza alla *persuasio* dell’agente, né l’aver accettato il denaro del corruttore, e neppure l’aver ceduto per debolezza alla tortura.

¹¹³ BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., p. 42.

un atteggiamento di difesa del *dominus* verso le dichiarazioni rese dal servo a suo danno.

Va rilevato, sia pur brevemente, che può naturalmente verificarsi anche il caso inverso a quello appena esaminato: può capitare, infatti, in caso di usufrutto, che sia invece il *dominus* a corrompere il servo, così quindi danneggiando il titolare del diritto parziario che ha certo interesse ad usare al meglio della sua *res*. Il problema è affrontato da Ulpiano¹¹⁴:

D. 11.3.9.1 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si in servo ego habeam usum fructum, tu proprietatem, si quidem a me sit deterior factus, poteris mecum experiri, si tu id feceris, ego agere utili actione possum; ad omnes enim corruptelas haec actio pertinet et interesse fructuarii videtur bonae frugi servum esse, in quo usum fructum habet. Et si forte alius eum receperit vel corruperit, utilis actio fructuario competit.*

Nel passo vengono prospettate due eventualità: dapprima il caso del servo che venga corrotto (“*deterior factus*”) dall’usufruttuario (nel qual caso al *dominus* spetta, come visto, l’*actio servi corrupti*), poi quello in cui la *corruptio* venga, al contrario, arrecata dal *dominus*. In quest’ultima ipotesi, il giurista è portato a supporre che anche l’usufruttuario goda della medesima tutela sotto forma di *actio utilis*: “*ad omnes enim corruptelas haec actio pertinet*”¹¹⁵.

La *corruptio*, nel senso visto di deterioramento sia morale che materiale, genera secondo Ulpiano una tutela palindroma, percorribile in entrambe le direzioni, trattandosi di un’azione attinente ad ogni fenomeno di corruzione. Si intende, cioè, provvedere di tutela, tramite la concessione di un’*actio servi corrupti utilis*, anche quell’usufruttuario che *in itinere* si trovi a dover usare un servo deteriorato dall’intervenuta *corruptio*, subendo così innegabilmente un danno.

¹¹⁴ Sul problema della concessione dell’*actio utilis* in caso di *corruptio* del servo dato in usufrutto vd. BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., p. 89 ss.

¹¹⁵ Sull’accesa discussione che ha suscitato in dottrina soprattutto la parte del frammento inerente alla concessione dell’*actio utilis* si rinvia per tutti a BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., p. 91 ss.

Il giurista ritiene in ogni caso necessaria una condizione: deve trattarsi di un servo “*bonae frugi*”¹¹⁶. Nonostante la tradizionale lettura dell’espressione come relativa a un ‘servo di specchiata moralità’, pare possibile ipotizzare, stante il contesto in cui è collocata (contesto improntato ad una matrice più economica), che Ulpiano intenda riferirsi, in sostanza, ad un servo ancora in quelle condizioni di integrità morale e materiale che costituivano il suo valore in termini patrimoniali all’inizio dell’usufrutto¹¹⁷.

In linea generale, pare dunque potersi concludere che il deterioramento conseguente alla *corruptio*, sia che si tratti di corruzione morale (come nel caso in cui il servo è stato corrotto affinché rivelasse informazioni dannose per il *dominus*) sia materiale (l’esperimento dei *tormenta* ha provocato, ad esempio, lesioni tali da comprometterne i compiti cui era preposto), legittima il soggetto danneggiato alla tutela processuale¹¹⁸.

Merita infine di essere qui analizzato un passo ulpiano che si occupa del valore dei servi, soggetti passivi di una condotta perseguibile sulla base della *lex Aquilia*. Da esso apprendiamo di un’ulteriore opinione di Labeone, che Ulpiano afferma di condividere appieno:

¹¹⁶ In contrapposizione al *servus malus*, il servo malvagio, che delinque, viene definito *frugi* l’uomo rettilissimo così come la donna onestissima (BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., p. 59 ntt. 153 e 154). Sulla portata dell’espressione “*bonae frugi*” vd. W. WARKALLO, *Actio de servo corrupto directa. Ein Betrag zur Frage der Vollkommenheit des römischen privatrechts*, in *Gesellschaft und Recht im griechisch-römischen Altertum*, Berlin, 1968, p. 308 ss.; adde M. KAJAVA, *Roman female praenomina. Studies in nomenclature of Roman Women*, in *AIRF*, 14, Roma, 1994, p. 68. Cfr. *supra*, nt. 94.

¹¹⁷ L’editto *de servo corrupto*, in effetti, stabiliva la punizione di colui che aveva persuaso lo schiavo a compiere un’azione che lo rendesse *deterior*, determinandone una svalutazione in termini economici. Vd. BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., p. 62. Contraria è l’interpretazione dei *verba edicti* offerta da ALBANESE, *Actio*, cit., p. 20, che sostiene come la *persuasio* non porti necessariamente al male bensì possa essere anche volta al bene.

¹¹⁸ Il conflitto con gli interessi derivanti dal diritto di proprietà viene invece a mancare, ad esempio, nel caso in cui un comproprietario abbia verberato lo schiavo comune: D. 47.10.15.36 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Si communem quis servum verberaverit, utique hac actione non tenebitur, cum iure domini id fecerit*. In tal caso viene esclusa l’*actio iniuriarum* poiché la *verberatio* è avvenuta nell’esercizio ordinario del proprio diritto (“*iure domini*”), oltre che nel rispetto delle condizioni previste dall’editto.

D. 9.2.23.4 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Sed et si servus, qui magnas fraudes in meis rationibus commiserat, fuerit occisus, de quo quaestionem habere destinaveram, ut fraudium participes eruarentur, rectissime Labeo scribit tanti aestimandum, quanti mea intererat fraudes servi per eum commissas detegi, non quanti noxa eius servi valeat.*

Il caso riguarda un servo che aveva commesso grandi frodi sui beni del *dominus*. Il padrone, scopertolo, lo aveva destinato alla tortura per scoprire i nomi dei complici ma lo schiavo viene ucciso prima dell'esecuzione della *quaestio*. L'uccisione dello schiavo, con tutta evidenza, rende impossibile la tortura e quindi lo svolgimento dell'indagine.

In tal caso, la stima del danno assume una valenza del tutto particolare: scrive Labeone – *rectissime*, commenta Ulpiano – che la stima dovrà riguardare il valore dell'interesse del padrone a scoprire le frodi commesse dal servo e non il valore del servo stesso. L'interesse perseguito tramite *quaestio* da parte del *dominus* a fare piena luce (“*eruerere – detegere*”) sugli aspetti oggettivi e soggettivi delle disonestà commesse ma vanificato dall'uccisione del servo prima che fosse torturato, appare dunque apprezzabile economicamente¹¹⁹.

Si nota, al riguardo, che così come nel frammento in D. 47.10.15.41, anch'esso ulpiano, ove si legge la nota definizione di *quaestio*, anche in quest'ultimo passo si ritrova il verbo *eruerere*. Nel primo frammento il termine è abbinato alla ricerca della verità (“*Quaestionem intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem*”); nel secondo esprime, più specificamente, la ricerca dei nomi dei complici della truffa (“*ut fraudium participes eruarentur*”), obiettivo ribadito anche in fine frammento con l'espressione “*detegere fraudes commissas*”, ad evidenziare la necessità di ‘fare piena luce su tutte le frodi’.

Da queste considerazioni pare lecito concludere che nella definizione ulpiana di D. 47.10.15.41 l'espressione *ad eruendam veritatem* si colloca correttamente come la generalizzazione ‘definitoria’ di una ben precisa caratteristica della *quaestio* privata. Essa esprime un aspetto che è tutt'altro che teorico, tanto da essere suscetti-

¹¹⁹ In argomento cfr. spec. BONFIGLIO, *Corruptio*, cit., p. 41 ss.

bile di quantificazione economica. Di questo, il caso esposto in D. 9.2.23.4 è un esempio assai significativo, ove lo stesso interesse alla scoperta di ‘una’ verità ben precisa, attinente alla dimensione della frode subita dal *dominus*, acquista una chiara valenza patrimoniale e, nell’ottica della *lex Aquilia*, anche risarcitoria¹²⁰.

¹²⁰ La frustrazione dell’aspettativa di ottenere delle informazioni, quindi, presenta tutte le caratteristiche del danno descritto da Paolo in D. 9.2.33pr., come “ciò che avremmo potuto conseguire”: *In lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.*

CAPITOLO II

LA QUAESTIO NEL QUADRO PROCEDIMENTALE DELLA COGNITIO CRIMINALE

1. *Le modalità della quaestio nel de officio proconsulis di Ulpiano*

L'individuazione dei principi in merito alla conduzione dell'interrogatorio *ad eruendam veritatem* è opera in gran parte ascrivibile alla legislazione dei primi due secoli del Principato. In questo periodo gli imperatori hanno occasione di esprimere svariate direttive, per lo più in veste di rescritti, i cui nuclei dispositivi vengono ripresi e valorizzati dai giuristi che, inserendoli e commentandoli nelle loro opere, svolgono un'opera di teorizzazione con la quale costruiscono un'articolata trama normativa.

Fonte preziosa è il *de officio proconsulis* di Ulpiano, che costituisce nucleo basilare e cospicuo del titolo *de quaestionibus* del Digesto¹. In particolare, per l'*incipit* i compilatori giustinianeî hanno

¹ Il *de officio proconsulis* di Ulpiano è un trattato in cui il giurista severiano definisce doveri e competenze dei titolari del potere cognizionale nelle province: V. ARANGIO-RUIZ, *Di alcune fonti postclassiche nel Digesto*, in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1977, p. 291 ss., lo considera una sorta di massimario per i governatori provinciale nell'esercizio della giurisdizione penale. Per un'efficace sintesi sulle principali opinioni dottrinarie relative ai problemi sollevati dalla datazione dell'opera rinvio a V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero. II Studi sui libri de officio proconsulis e la loro fortuna tardoantica*, Napoli, 2004, p. 11 nt. 1 (ivi bibliografia). Verosimilmente, dei libri *de officio proconsulis* ci è pervenuto poco più del 5%: in particolare, si rileva che nei libri I e II, il giurista tratta di vari argomenti come l'*ingressus* del proconsole nella sua provincia, la *iurisdictio mandata*, i donativi, la giurisdizione ambulatória e il *conventus*; i rimanenti otto sono dedicati alla *iurisdictio*

scelto un lungo passo tratto dall'ottavo libro di quest'opera, che introduce subitaneamente alle norme cardine della materia, regolamentando non soltanto il momento esecutivo della *quaestio* ma fissando altresì una procedura *in criminibus eruendis* in vista dell'utilizzabilità in sede giudiziaria delle sue risultanze².

e appaiono, suddivisi in due grandi parti: la prima (libri III-VI) riguarda la giurisdizione municipale, la seconda (libri VII-X) la giurisdizione criminale che spetta, in via esclusiva, al *praeses* (MAROTTA, *Ulpiano e l'impero. II*, cit., p. 193 ss.; p. 251 ss.: sui libri VII-X; in particolare, sul *de quaestionibus* vd. p. 315 ss.). Sotto il profilo delle fonti messe a partito dal giurista severiano nella redazione dell'opera, va rilevato che le *constitutiones principum*, insieme a *leges* e *senatusconsulta*, costituiscono "i mattoni" del *de officio proconsulis* di Ulpiano: così, incisivamente, D. MANTOVANI, *Il bonus praeses secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del de officio proconsulis*, in *BIDR*, 96-97, 1993-1994, stamp. 1998, p. 246 ss. Intorno al nucleo dispositivo, costituito tendenzialmente dalla norma imperiale, Ulpiano avrebbe poi tentato di costruire un insieme organico volto ad affrontare ogni aspetto del problema, nell'intento, forse di supplire alla mancanza di un sistema nella normazione imperiale (così MAROTTA, *Ulpiano e l'impero. II*, cit., p. 189). In via esemplare, l'A. cita proprio la *quaestio cum tormentis*, ove il discorso del giurista procede affrontando caso per caso i possibili problemi, ai quali viene offerta una soluzione sulla base di costituzioni imperiali: "il discorso del giurista procede a suddividere, particolare dopo particolare, tutti i possibili conflitti di interesse. In queste maglie cesellate e parcellizzate, il ricorso alla decisione imperiale – il *rescriptum principis* – risolve autoritativamente un caso o un problema. Ma in un campo non dominato, a differenza del diritto privato, dal peso schiacciante della tradizione giurisprudenziale, la *constitutio* è anche la tessera di un più ampio mosaico, nel quale essa si dispone, coordinandosi con altri provvedimenti imperiali e non" (*ib.*, p. 189 ss.). Discusso è altresì il problema della datazione del *de officio proconsulis*: in particolare, nell'opera l'imperatore Caracalla figura ancora vivente, ragion per cui MANTOVANI, *Il bonus praeses*, cit., p. 263 ss., ritiene si possa indicare come periodo di composizione dell'opera quello intercorrente tra luglio 212 e aprile 217. Non così T. HONORÉ, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, Oxford, 2002, p. 181 ss., p. 188 ss., che restringe invece il termine *ante quem* al 213 d.C. Sul punto cfr. anche MAROTTA, *Ulpiano e l'impero. II*, cit., p. 11 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, "Procuratoris cognitio de lege Fabia", in *Index* 37, 2009, p. 88 nt. 8, p. 85 ss. Si deve ricordare inoltre che i *libri de officio proconsulis* per la loro importanza nell'impianto giustiniano sono stati definiti "la sottomassa penale all'interno della massa Sabiniana": MAROTTA, *Ulpiano e l'impero. II*, cit., p. 138 ss. Cfr. anche D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano, 1987, p. 150 ss. (spec. p. 157), che sottolinea come i dieci libri *de officio proconsulis* di Ulpiano costituiscano l'opera chiave di quella che l'A. considera come la "massa penale" all'interno del Digesto.

² L'introduzione al titolo D. 48.18, *de quaestionibus*, della *Glossa*, col. 1386, suddivide sostanzialmente l'ampio frammento in tre parti che nel prosieguo poi si ramificano in trattazioni più specifiche: *Haec lex dividitur principaliter in tres partes. Primo loquitur quando perveniatur ad quaestionem seu torturam. Secundo loquitur quae personae debeant torqueri, et quae non. Tertio de effectu quaestionis*

seu confessionis habitae per tormenta... Item qualibet pars in plures partes dividitur: ideoque prosequitur per particulares. Et in ista prima parte, primo iurisconsultus dicit quaedam generalia, postea descendit ad specialia. La prima parte, dunque, tratta del 'quando' si deve procedere alla *quaestio*, la seconda riguarda quali persone sono assoggettabili ad essa, la terza esamina l'effetto della tortura ossia la confessione estorta *per tormenta*. La scansione è stata sostanzialmente ripresa da Otto Lenel che, nella sua ricostruzione del libro (LENEL, *Palingenesia*, II, cit., coll. 979 ss. [§§ 2209-12]), lo suddivide in quattro grandi nuclei: il primo, il più corposo (§ 2209: D. 48.18.1pr.-20), espone le direttive imperiali volte a stabilire quali soggetti fossero assoggettabili a *quaestio*; il secondo (§ 2210: D. 48.18.1.21-22), del quale lo stesso Lenel rileva l'apparente discontinuità con la trattazione, riporta due rescritti in tema di modalità di escussione del mezzo; il terzo (§ 2211: D. 48.18.1.23-26) contiene brani in tema di valutazione della prova; il quarto ed ultimo (§ 2212: D. 48.18.1.27) espone una vicenda anomala, oggetto di un'*epistula* dei *divi fratres*, ove la tortura viene impiegata per provare l'innocenza di un servo che, temerariamente, si finse colpevole per timore di tornare all'antico padrone. Si rileva che la ricostruzione leneliana dell'ottavo libro *de officio proconsulis* mostra di ritenere pressoché sovrapponibile la versione giustiniana del passo con quella originaria stesa dal giurista severiano. In calce al titolo, annota il Lenel (*Palingenesia*, II, cit., col. 979 nt. 1): "*verisimile est Ulpianum hoc caput iniecissee, cum legem aliquam, fortasse legem Iuliam de adulteriis tractaret*". Recente dottrina, dubitando dell'effettiva esistenza nel trattato ulpiano di un'apposita rubrica dedicata alla *quaestio cum tormentis*, avanza perplessità su quella parte dell'ipotesi leneliana che si riferisce alla *lex Iulia de adulteriis*, pur accettando come possibile il fatto che Ulpiano avesse affrontato il problema della *quaestio* in appendice a una *lex* relativa all'*ordo iudiciorum publicorum*: MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*. II, cit., p. 189 nt. 13 (ivi bibliografia). L'A. riflette altresì che doveva trattarsi di un punto molto ben sviluppato, atteso che i compilatori giustiniane vi hanno largamente attinto per la redazione del corrispondente titolo del Digesto (anzi, sarebbe la sezione maggiormente utilizzata). Uno studio del Mantovani, operato sotto il profilo della verifica della successione delle costituzioni imperiali da Ulpiano citate (*Il bonus praeses*, cit., p. 253 ss.), aggiunge interessanti riflessioni inerenti alla costruzione formale e stilistica del libro: anzitutto, lo stile impiegato dal giurista nella redazione dell'opera procede per stratificazioni, come appare dalla parte centrale (§§ 21-22) che presenta una chiara sequenza cronologica (vi si riportano infatti due rescritti, prima uno di Traiano e poi uno di Adriano), mentre i §§ 23-27 non sono sul punto conferenti, in quanto vi compare la citazione solamente di un'*epistula*. La parte iniziale, la più corposa, si presenta invece decisamente più caotica: le frequenti citazioni di costituzioni imperiali, apparentemente senz'ordine, una volta esaminate con analogo procedimento di scansione cronologica, rivelano il medesimo *modus procedendi* basato essenzialmente sulla successione cronologica dettata dai provvedimenti citati. Nel complesso, la dettagliata articolazione della sezione (D. 48.18.1pr.-20) rivelerebbe ordine interno e coerenza (*ib.*, p. 255 e nt. 221), consentendo di individuare nella tessitura del testo sequenze cronologiche regolari, a ciascuna delle quali corrisponderebbe un autonomo argomento all'interno della rubrica *de quaestionibus*: ad esempio, una prima serie cronologica si snoda dal D. 48.18.1pr.-4, ove sono ricordati un editto di Augusto (nel *principium*), due rescritti di Adriano (pr.-2)

Una visione d'insieme permette due preliminari considerazioni. Anzitutto, evidenza che le fondamenta del brano sono costituite da costituzioni imperiali: il solo, lungo frammento iniziale ne conta ben ventuno⁵. Il dato, unitamente all'andamento e al contenuto del frammento in D. 48.18.1, rende inoltre evidente l'origine essenzialmente casistica della disciplina dello strumento.

Una sia pur rapida rassegna 'radiografica' appare utile a sostenere quanto affermato, con rinvio al prosieguo per l'esegesi più approfondita⁴.

Il *principium* manifesta chiaramente la natura procedurale e precettiva del lungo passo: la norma di base è un editto di Augusto che stabilisce il divieto di iniziare le indagini dalla tortura e di attribuire piena fiducia alle sue risultanze⁵. La costituzione, come ricorda Ulpiano, verrà poi ripresa e ampliata da una disposizione di Adriano, le cui parole sono riportate nel successivo paragrafo 1, che impone la preesistenza di gravi sospetti per il ricorso alla *quaestio*⁶.

e due dei *divi fratres* (§§ 3-4), tutti relativi a indicazioni generali sul ricorso alla tortura; il § 5, che introduce un nuovo argomento (i rapporti tra imputato e teste), interrompe la sequenza segnando una regressione temporale (si cita infatti un rescritto di Antonino Pio e Adriano). L'ordine cronologico viene però subito ripreso: nel § 6 si cita un rescritto dei *divi fratres*, nel § 10 uno di Severo e Caracalla; nei §§ 11-12 ritorna Traiano, nel § 13 Antonino Pio, nel § 14 i *divi fratres*, § 15 ancora Severo e Caracalla; §§ 16-17 Severo, § 18 Caracalla, § 19 Traiano e così via. In conclusione, la tessitura del libro *de quaestionibus* ulpiano risulta elaborata, secondo l'A., in base ad un principio cronologico che, sia pur talora apparentemente abbandonato sul piano espositivo, costituisce in realtà il fondamento esegetico dello schema seguito dal giurista, come del resto lo stesso Ulpiano rivela in fine § 19: per destituire di valore un rescritto di Traiano, ivi citato, afferma "*sed ab hoc rescripto recessum constitutiones posteriores ostendunt*". Una rapida panoramica del contenuto del lungo frammento anche in EHRHARDT, s.v. "*Tormenta*", cit., p. 1778 ss.; A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, p. 165 ss.

⁵ Oltre a generici riferimenti quali "*saepissime rescriptum est*" (D. 48.18.1.7); "*constitutum est*" (D. 48.18.1.9); "*constitutionibus declarantur*" (D. 48.18.1.23); "*quibusdam rescriptis continetur*" (D. 48.18.1.26). Gli unici paragrafi che non si reggono su costituzioni imperiali, o comunque non ne citano espressamente, sono i §§ 8, 20, 24, 25.

⁴ I frammenti che compongono il titolo e pertinenti al percorso che si intende seguire vengono qui solo brevemente richiamati, mentre è parso preferibile rinviare la loro disamina nonché i relativi riferimenti bibliografici al prosieguo del lavoro.

⁵ D. 48.18.1pr.

⁶ D. 48.18.1.1.

Poste così le fondamenta della disciplina, questa conosce articolate specificazioni: ancora Adriano introduce un criterio, dal risvolto essenzialmente pratico, in merito alla scelta delle persone da cui iniziare l'escussione *cum tormentis*: l'organo procedente dovrà iniziare dalla persona che appare più sospetta e maggiormente incline a conoscere e rivelare il vero⁷.

Non si devono convocare per la *quaestio*, peraltro, coloro che l'accusatore fece venire da casa sua o che comunque appaiono legati all'inquisito da un particolare rapporto affettivo: la provenienza '*de domo*' è un forte ostacolo alla neutralità e genuinità delle loro attestazioni, affermano i *divi fratres*⁸. In ogni caso, i medesimi imperatori statuiscono che la *veritas rei* non può ritenersi accertata sulla base della tortura di una sola persona ma deve trovare riscontro in altri elementi probatori⁹.

Qui termina la parte più strettamente attinente ai criteri di opportunità in merito all'esecuzione del mezzo.

I paragrafi successivi analizzano in chiave problematica i rapporti tra imputato e testimoni, laddove suscettibili di indebolire la veridicità ("*fides*") delle risultanze dell'interrogatorio.

La situazione che nell'esposizione ulpiana appare maggiormente bisognosa di chiarimenti è quella che tiene conto dell'esistenza o meno del *dominium* (o anche del possesso qualificato) tra servo escusso e accusato.

La direttiva generale posta a governo di simili situazioni viene ravvisata nella produzione normativa di Adriano e di Antonino Pio, che reiteratamente ebbero a proibire la *quaestio de domino* sul servo. Una delicata istruttoria che vede sospettati di complicità in un furto un *dominus* e i suoi servi è occasione utile per specificare che il divieto si estende anche alle dichiarazioni rese spontaneamente dal servo, sterilizzando così ogni potenziale pregiudizio alla posizione

⁷ D. 48.18.1.2.

⁸ Si tratta dei cosiddetti '*domestici testimonii*' (D. 48.18.1.3), sui quali si veda cap. III, § 7. Gli interventi dei *divi fratres* in tema di *quaestio* sono stati vari e di rilievo: oltre al frammento appena ricordato, vd. anche D. 48.18.1.4, 6, 14, 17, 27 (Ulp. 8 *de off. procons.*), ai quali va aggiunta un'altra citazione ad opera di Modestino in D. 48.18.16pr. (Mod. 3 *de poen.*).

⁹ D. 48.18.1.4.

del *dominus*¹⁰. Correlato è l'interrogativo sulla tortura dei servi ereditari, al quale un rescritto dei *divi fratres* risponde negativamente a causa dell'incertezza circa l'appartenenza dei beni¹¹. Particolare è la situazione di appartenenza affrontata nel successivo paragrafo 7, ove viene posto il problema della sottoposizione a *quaestio* dei *servi municipum*. La soluzione, espressa in numerose costituzioni, è favorevole all'esecuzione del mezzo *in caput civium*, poiché la proprietà è in capo all'ente e non ai singoli¹². Anche il possesso purché in buona fede può evitare la sottoposizione ai *tormenta*: così Ulpiano, accostando sotto questo profilo il possesso qualificato al *dominium*, ritiene che l'*homo liber bona fide servens* non debba essere torturato¹³. Allo stesso modo, il liberto, *constitutum est*, non può essere torturato contro il patrono¹⁴. Un altro divieto, ma dettato da vincoli di sangue, è enunciato nel § 10, ove si legge una decisione di Settimio Severo e Antonino Caracalla che vieta la *quaestio* del fratello *in caput fratris*¹⁵. Seguono due rescritti di Traiano: il primo stabilisce il divieto di torturare il servo del marito contro la moglie¹⁶, l'altro che i servi di un condannato possono essere torturati contro di lui poiché, per effetto della pena, non sono più in sua proprietà¹⁷. La manumissione compiuta al fine di impedire la tortura, in base ad una norma di Antonino Pio, non ha valore e, pertanto, sul servo così liberato

¹⁰ D. 48.18.1.5.

¹¹ D. 48.18.1.6. Alla tortura degli schiavi, in generale, non si ricorreva di regola nelle cause civili, a meno che non si trattasse – appunto – di questioni ereditarie, di tutela (C. 9.41.12) o della proprietà degli stessi schiavi: cfr. per tutti PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 386. Sulla problematica della *quaestio* dei servi ereditari ritorneranno con maggior ampiezza i compilatori del codice che, nel titolo *de quaestionibus*, vi inseriranno ben tre costituzioni su diciotto (C. 9.41.10, 13 e 18).

¹² D. 48.18.1.7. Analogamente ci si regolava riguardo ai servi delle corporazioni, sulla base della considerazione per cui il servo non appartiene ai singoli membri ma alla corporazione stessa. DELL'ORO, *I libri de officio*, cit., p. 168, nota che l'affermazione ulpiana, mai sospettata di alterazioni, per cui lo schiavo municipale può essere torturato nelle cause capitali contro i cittadini, dimostrerebbe che all'epoca ulpiana la concezione della persona giuridica si era già imposta. Ulteriori considerazioni in MANTOVANI, *Il bonus praeses*, cit., p. 256 e nt. 228.

¹³ D. 48.18.1.8.

¹⁴ D. 48.18.1.9.

¹⁵ D. 48.18.1.10.

¹⁶ D. 48.18.1.11.

¹⁷ D. 48.18.1.12.

non può eseguirsi la *quaestio*¹⁸, mentre un rescritto dei *divi fratres* consente la tortura di colui che, nel corso dell'indagine, sia divenuto nel frattempo di proprietà del reo¹⁹.

La tematica della situazione d'appartenenza del servo che si intende sottoporre a *quaestio* si conclude con il brano in D. 48.18.1.15, ove Ulpiano riporta un provvedimento di Settimio Severo e Antonino Caracalla ove si dispone che, nel caso venga invocato un vizio nella compravendita dello schiavo che si vorrebbe torturare, la *quaestio* potrà essere eseguita soltanto dopo aver asodato che la vendita non era effettivamente valida²⁰.

Con il § 16 la trattazione ulpiana si apre alla problematica dell'utilizzabilità delle dichiarazioni servili *contra dominos*, che viene esposta per cinque paragrafi, basati i primi tre (§§ 16-18) su altrettanti rescritti severiani, gli ultimi due (§§ 19-20) su norme di Traiano²¹. In particolare, il paragrafo 16 riporta il testo di un rescritto di Settimio Severo a Spicio Antigono che sancisce l'irrelevanza probatoria delle attestazioni accusatorie e degli *indicia in caput domini*, dichiarati inidonei a costituire la base della sentenza²².

Sulla stessa linea si muove un altro rescritto severiano, che specifica, con un incisivo richiamo alla *religio cognoscentis*, che eventuali confessioni degli accusati necessitano comunque di ulteriori riscontri probatori²³. Ancora, Settimio Severo e Antonino Caracalla vietano di depositare il prezzo del servo per consentirne la tortura contro il padrone²⁴.

¹⁸ D. 48.18.1.13.

¹⁹ D. 48.18.1.14.

²⁰ D. 48.18.1.15.

²¹ MANTOVANI, *Il bonus praeses*, cit., p. 258 ss., rileva che, a questo punto, sebbene il principio della successione cronologica sinora seguito da Ulpiano nella stesura del passo sembri subire un'interruzione a livello espositivo, un più approfondito esame esegetico consente di cogliere come, in realtà, la sequenza cronologica delle norme non sia stata interrotta: infatti, nel § 19, Ulpiano pur menzionando in prima battuta un rescritto più antico (traiano), per destituirlo di valore conclude il brano riferendo di successive costituzioni che hanno disatteso l'orientamento di Traiano, costituzioni individuabili in quelle severiane citate nei §§ 16-18.

²² D. 48.18.1.16. Come si vedrà più avanti nel testo, il rescritto è anche in C. 9.41.1.

²³ D. 48.18.1.17.

²⁴ D. 48.18.1.18.

Contro corrente pare collocarsi un rescritto di Traiano che lascia alla discrezionalità del giudice la valutazione in merito alle *confessiones* di quei servi che, torturati *in se*, abbiano però rilasciato accuse *contra dominos*²⁵. Non comprende citazioni imperiali il § 20, in materia tributaria, anch'esso inquadrabile nella cornice delle dichiarazioni contro il *dominus*²⁶.

Un nucleo a sé stante è poi costituito da due costituzioni di Traiano e di Adriano in tema di tecnica d'interrogatorio e, segnatamente, di domande suggestive (D. 48.18.1.21-22).

La complessa e delicata problematica della *fides quaestionis* rappresenta il problema affrontato nella parte finale del lungo frammento (D. 48.18.1.23-26), che si conclude con un'*epistula* dei *divi fratres* relativa a una curiosa vicenda, in cui la tortura viene impiegata per provare l'innocenza di un servo che temerariamente si era finto colpevole per timore di tornare all'antico padrone²⁷.

2. Quando eseguire la quaestio: la costituzione di Augusto in D. 48.18.1pr

Nel lungo brano che apre il *de quaestionibus* del Digesto, Ulpiano pone sul tavolo i principali temi che concernono lo strumento: il *quando*, il *quatenus* e la *fides*²⁸:

²⁵ D. 48.18.1.19. Anche su questo frammento e sulle problematiche che esso solleva, vd. meglio *infra*.

²⁶ D. 48.18.1.20. MANTOVANI, *Il bonus praeses*, cit., p. 258 e nt. 238 sottolinea il raccordo tra la motivazione ulpiana "*in quibus esse rei publicae nervos nemini dubium est*" e un passo ciceroniano, *De imp. Pomp. ad Quir.* 17: "...*Etenim si vectigalia nervos esse rei publicae semper duximus, eum certe ordinem, qui exercet illa, firmamentum ceterorum ordinum recte esse dicemus...*".

²⁷ D. 48.18.1.27, su cui cap. III, § 3.

²⁸ Significativa, in esordio al commento del titolo giustiniano *de quaestionibus*, la spiegazione della finalità dell'interrogatorio *cum tormentis* di J. VOET, *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta*, Bassani, 1804, vol. VI, p. 369: "*Quaestio hoc loco est inquisitio veritatis per tormenta*". La medesima impostazione è espressa anche da D. GOTHOFREDUS, in riferimento ad un altro frammento inserito nel *de quaestionibus* dei *Digesta: Corpus Iuris Civilis. Digesto*, vol. VI, a cura di G. Vignali, Napoli 1859, ad D. 48.18.21, p. 781 nt. 6: "*Quaestio enim non ad poenam, sed ad eruendam veritatem inventa est*". Ambedue i commentatori si

D. 48.18.1pr. (Ulp. 8 *de off. procons.*): *In criminibus eruendis quaestio adhiberi solet. Sed quando vel quatenus id faciendum sit, videamus. Et non esse a tormentis incipiendum et divus Augustus constituit neque adeo fidem quaestioni adhibendam, sed et epistula divi Hadriani ad Sennium Sabinum continetur.*

Per quanto riguarda l'aspetto espositivo, si deve preliminarmente notare come non sia subito chiaro se il riferimento finale all'*epistula divi Hadriani* vada riferito soltanto alla seconda regola ("*fides*") oppure anche alla prima ("*quando*") ma è soltanto dalla lettura dei successivi paragrafi 1 e 2 che si ricava che il provvedimento adrianeo riguarda il criterio temporale (il § 1 parla invero di rescritto, senza chiarire se l'autore sia Augusto o Adriano, mentre è il § 2 che, iniziando con "*Idem divus Hadrianus*", chiarisce che l'imperatore del frammento precedente si identifica in Adriano)²⁹.

rifanno espressamente alle celebri parole dell'*Apologeticum* di Tertulliano, laddove (2.14-15) esprimendo massima riprovazione per l'abuso della *quaestio* a scopo di pena ammonisce che "*apud tyrannos enim tormenta pro poena adhibebantur: apud vos soli quaestioni temperantur*". Sul brano dell'*Apologeticum* vd. anche *infra*, nel presente capitolo, nt. 124. Su queste basi, in dottrina si è consolidata la convinzione per cui la *quaestio* adempisse soltanto ad una funzione istruttoria: per tutti, vd. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 256 ss., che, pur identificando il *summum supplicium* con la tortura, afferma che "la tortura, in fondo, è stata sempre un mezzo istruttorio. In diritto romano... essa serve non per punire, ma per indagare". G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell' 'imperium' nella repressione penale*, Torino, 1939, considera la tortura "misura più preventiva che punitiva". Diversa opinione viene espressa da CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., p. 37 ss.

²⁹ Su D. 48.18.1.1-2, qui citati, vd. *infra* nel testo. L'inciso attinente alla *fides* ("*neque... adhibendam*") è sospettato di rimaneggiamento da parte dei compilatori per motivi formali: V.I.R., I, Weimar, 1935, p. 101. Rileva tuttavia R. ORESTANO, *Gli editti imperiali: contributo alla teoria della loro validità ed efficacia nel diritto romano classico*, in *BIDR*, 44, 1936-37, p. 311, che, per quanto sia verosimile l'intervento compilatorio sulla frase, il contenuto potrebbe anche essere genuino. Essa infatti afferma in sostanza il potere discrezionale del giudice in merito all'esperibilità del mezzo, come risulta anche, ad esempio, da D. 48.18.3 (Ulp. 1 *ad ed.*), D. 48.18.6 (Pap. 2 *de adult.*) e D. 48.18.7 (Ulp. 3 *de adult.*). Sottolinea giustamente LÉVY, *La torture*, cit., p. 250 ss., come il principio augusteo sancito in D. 48.18.1pr. ricorra frequentemente nei successivi commenti giurisprudenziali, come, ad esempio, in un brano del terzo *liber decretorum* di Paolo in D. 48.18.20 ("*nec solere a quaestionibus incipi*") e in *Paul. Sent.* 5.14.1 ("*In criminibus eruendis quaestio quidem adhibetur; sed non statim a tormentis incipiendum est*"). Adde le successive ntt. 30 e 31. Cfr. anche la legge diocleziana in C. 9.41.8.1 ("*Oportet autem*

In ogni caso, l'andamento del passo appare improntato alla volontà di dare speciale risalto alla diffidenza verso le risultanze fornite dalla tortura giudiziaria.

Il giurista severiano introduce la trattazione della *quaestio* con una considerazione di carattere statistico ("*quaestio adhiberi solet*"): nelle indagini sui crimini si è soliti usare la tortura. L'impiego del verbo *solere* suggerisce l'idea della non obbligatorietà dello strumento nelle investigazioni criminali ma, al contempo, è un forte segnale di quanto avveniva nella prassi, segnata verosimilmente da un ricorso smodato⁵⁰.

Il preambolo lascia trasparire l'obiettivo dell'esposizione ulpiana, volta a fissare un *minimum* di criteri, sia pur indicativi, per il ricorso allo strumento e per la valutazione delle sue risultanze. Tant'è vero che subito Ulpiano esprime l'intenzione di esporre "*quando vel quatenus id faciendum sit*", quando e a quali condizioni sia legittimo svolgere le indagini avvalendosi della tortura. Il primo punto è risolto citando una costituzione di Augusto che aveva stabilito che "*non esse a tormentis incipiendum*".

La norma, come riportata nel testo giustiniano⁵¹, non fa riferimento specifico ai soggetti torturabili ma la dottrina tradizionale

iudices nec in his criminibus, quae publicorum iudiciorum sunt, in investigatione veritatis a tormentis initium sumere"). Sul frammento, passaggio obbligato nelle trattazioni in tema di *quaestio*, qui si richiamano soprattutto, tra gli altri, FREUDENBERGER, *Das Verhalten der römischen Behörden*, cit., p. 51 ss.; PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 386; DALLA, *Il Manzoni*, cit., p. 177 nt. 12; LIEBS, *Der Schutz*, cit., p. 162; FASANO, *La torture judiciaire*, cit., p. 99; RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 145 ss.

⁵⁰ L'idea di una consuetudine in tal senso si rinviene anche in relazione ad una particolare fattispecie riferita da Paolo che, spiegando il contenuto di un'eccezione processuale, riporta che il convenuto aveva exceptio "*nec solere a quaestionibus incipi*" (D. 48.18.20, Paul. 3 *decr.*), con evidente richiamo alla regola augustea affermata in D. 48.18.1pr.

⁵¹ La disposizione augustea è riprodotta in modo sostanzialmente corrispondente in Paul. Sent. 5.14.1: *In criminibus eruendis quaestio quidem adhibetur: sed non statim a tormentis incipiendum est, ideoque prius argumentis quaerendum, et si suspicione aliqua reus urgeatur, adhibitis tormentis de sociis et sceleribus suis confiteri compellitur*. Sul passo, cfr. M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Pauli Sententiae. Testo e interpretatio*, Padova, 1995, p. 126. Sotto il profilo lessicale, si nota l'uso del verbo "*urgeatur*" in accostamento agli *argumenta* che determinano il sospetto ("*suspicio*") gravante sull'accusato: il medesimo predicato si legge anche in Paul. Sent. 5.14.4, testo ripreso senza alcuna modifica nel Digesto: D. 48.18.18.2: *In ea*

vi ha prevalentemente ravvisato l'intento di regolamentare la tortura servile⁵². Mi pare tuttavia che non sia da rigettare completamen-

causa, in qua nullis reus argumentis urguebatur, tormenta non facile adhibenda sunt... Per più approfondite considerazioni su questo frammento si rinvia più avanti nel testo. Per quanto attiene, invece, al contenuto del brano, si deve rilevare che, pur con un'esposizione differente rispetto a quella ulpiana, l'Autore delle *Pauli Sententiae* si rapporta con ogni probabilità a un precetto di Adriano, di cui Ulpiano, come vedremo nel paragrafo successivo, riporta testualmente i *verba* nel passo in D. 48.18.1.1: "...ad tormenta servorum ita demum veniri oportet, cum suspectus est reus et aliis argumentis ita probationi admovetur...". L'accostamento dei contenuti normativi in D. 48.18.1pr. al brano riportato dalle *Pauli Sententiae* in 5.14.1 consentirebbe, secondo il Marotta (*Ulpiano e l'impero. II*, cit., p. 32 nt. 53), di ipotizzare una diretta dipendenza dell'opera pseudo-paolina dal *de officio proconsulis* e di cogliere, sia pur nella diversa impostazione generale, qualche elemento di originalità come la capacità di definire, sulla base delle stesse fonti normative, una breve regola omogenea. Al riguardo, vale la pena di ricordare che ormai comunemente si ritiene che le *Pauli Sententiae* siano una sorta di antologia composta in Occidente sotto Diocleziano, per la quale furono utilizzati, oltre a scritti di Paolo, anche passi di Ulpiano e di altri autori, integrati da alcuni testi epitomati di costituzioni imperiali. Sull'opera e sulla ricca letteratura fiorita intorno ad essa rinvio, per non appesantire qui di una lunga nota, al recente volume di L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, p. 173 ss. (e ntt. 452-454). La norma in D. 48.18.1 va inoltre raccordata con la pronuncia di Augusto in D. 48.18.8pr. (su cui *infra*), in quanto le due previsioni potrebbero provenire da un medesimo editto: Y. THOMAS, *Les procédures de la majesté. La torture et l'enquête depuis les Julio-Claudiens*, in *Mélanges A. Magdelain*, 1998, p. 477 nt. 2. Adesivo, R. PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression of Crime in the Roman Empire: from Torture of Convicts to Torture of Suspects*, in *RIDA*, 51, 2004, p. 248 nt. 78. Per una visione più generale della giustizia penale nel Principato si richiama specialmente PUGLIESE, *Linee generali*, cit., p. 722 ss.; SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 189 ss.; ID., *La giustizia penale nel Principato*, in *Altri studi di diritto penale*, cit., p. 63 ss.

⁵² DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 118, sostiene che comunque con quest'editto Augusto non avrebbe attribuito valore determinante alla *quaestio* degli schiavi. Il disposto viene riferito alla *quaestio servorum* anche da SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 246 nt. 206. Non così RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 145, che ritiene, invece, che le pronunce di Augusto su *quando*, *quatenus* e *fides* per la loro genericità non sembrerebbero riservate alle sole *quaestiones servorum*, ravvisando una conferma in tal senso nel fatto che le stesse regole, ricordate in *Paul. Sent.* 5.14.1, sono indistintamente riferite al *reus*. Secondo una recente lettura, la norma, inizialmente dettata da Augusto solamente per la tortura degli schiavi, avrebbe fornito le linee-guida che successivamente, all'epoca delle *Pauli Sententiae*, sarebbero state utilizzate anche per la tortura degli uomini liberi: in tal senso PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression*, cit., p. 248 ss. (e nt. 79), che afferma "What Augustus had laid down concerning torture of slaves provided the guidelines for torture of freemen at the time of compilation of the *sententiae* (the late third or early fourth century)".

te l'idea che in realtà già Augusto avrebbe inteso porre dei freni alle crudeltà impiegate nell'esperimento delle indagini anche sugli uomini liberi. In questo giocano considerazioni di natura politica ma anche di *ratio* legislativa: non si vede in effetti la ragione per cui l'imperatore dovesse preoccuparsi di emanare un editto per arginare la tortura dei soli servi⁵³. L'impostazione del Digesto, e prima ancora dell'epoca in cui scrive Ulpiano, pare in ogni caso aprirsi ad ampio raggio, posto che ormai la tortura era mezzo d'indagine applicato in modo indifferenziato (salvo, come vedremo, il rispetto di speciali esenzioni) a tutta la popolazione. Anche se pare verosimile ipotizzare un provvedimento originariamente specifico, nella tessitura giustiniana e forse anche già del giurista, il disposto imperiale appare, quindi, come una direttiva di valore generale.

⁵³ La disposizione attesterebbe, secondo RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 145 ss., che Augusto, benché prima dell'assunzione del potere imperiale avesse disposto autonomamente indagini cruente ed esecuzioni capitali anche sui liberi cittadini romani, da *princeps* avrebbe cercato tuttavia di regolamentare legislativamente l'uso dei *tormenta* sui *cives*, limitandone l'impiego ai soli fatti rientranti nell'ambito del *crimen maiestatis*, e garantendo l'attribuzione ai cittadini del *ius provocationis*, con riconduzione della violazione magistratuale nell'ambito del *crimen vis*. In particolare, con questa norma avrebbe cercato "di liberarsi di un imbarazzante passato riscrivendo per i posteri alcuni lontani episodi della sua vita che mal si armonizzavano in effetti con le linee della politica inaugurata nel 27 a.C. e – soprattutto – con i contenuti della propaganda ufficiale". Il riferimento al passato di crudeltà di Augusto è soprattutto ad una grave vicenda che si svolse nel 43 a.C., quando la politica di terrorismo messa in atto con le proscrizioni effettuate dai triumviri scrisse uno dei periodi più spietati della storia romana. Nonostante gli storici tendano ad attribuire le maggiori efferatezze soprattutto ad Antonio e Lepido, anche Augusto non sarebbe stato inferiore in crudeltà ai suoi colleghi. In tal senso testimonia Svetonio (*Aug.* 27.1), che riporta l'episodio del pretore Quinto Gallio, a torto sospettato di aver nascosto una spada sotto la tunica per attentare alla vita di Augusto. A fronte di un mero sospetto, lo storico racconta che Ottaviano lo avrebbe fatto prima torturare alla stregua di un servo ("*servilem in modum torsit*") e, infine, pur non avendo confessato nulla, ucciso dopo avergli cavato gli occhi con le sue stesse mani. Sulle discussioni dottrinarie in merito all'attendibilità del brano rinvio a RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 139 nt. 61. L'orientamento prevalente degli studiosi è peraltro incline ad avvalorare l'idea dell'effettiva compartecipazione ai massacri anche di Augusto, mentre le fonti che tentano di ridimensionarne la responsabilità sarebbero in realtà dovute al tentativo augusteo di fornire "una lettura *a posteriori* apologetica d'una politica spesso spietata", come si rinvia specialmente nelle *Res Gestae*: in tema è interessante la lettura di F. GUZZI, *Augusto. La politica della memoria*, Roma, 1999, p. 47.

La premessa è funzionale ad introdurre il tema centrale, ossia i presupposti cui deve subordinarsi l'applicazione dello strumento. Prosegue, infatti, Ulpiano: "*quando vel quatenus id faciendum sit, videamus*". La trattazione ha dunque l'obiettivo dichiarato di richiamare alla moderazione nell'uso della *quaestio*, indicando delle direttive di metodo per la sua conduzione³⁴.

Tre sono le coordinate lungo le quali si snoda l'esposizione ulpiana, puntualmente sorretta da provvedimenti imperiali³⁵: il criterio temporale ("*quando*"), il rispetto di modalità e limiti qualora si ricorra all'interrogatorio con tortura ("*quatenus... id faciendum sit*") ed il problema dell'attendibilità delle risultanze del mezzo, nelle quali non si deve riporre *fides* assoluta ("*neque adeo fidem quaestioni adhibendam*")³⁶. Le prime due regole (attinenti al "*quando*" e al "*quatenus*") concernono il momento esecutivo della *quaestio* mentre la terza riguarda la fase valutativa delle dichiarazioni così acquisite.

Il criterio del *quando* e quello della *fides* poggiano sulla costituzione di Augusto che aveva vietato l'avvio delle indagini dalla tortura ("*non esse a tormentis incipiendum*") e che, precisa Ulpiano, verrà accolta anche da Adriano.

La disposizione riguarda non solo la collocazione temporale della tortura all'interno dell'*iter* procedimentale ("*quando... id faciendum sit*"), ma ne delimita rigorosamente l'impiego in termini di metodologia dell'indagine e segnatamente nel rapporto con ulteriori ed

³⁴ Ed analogo intendimento, è da credersi, ebbero anche i giustinianeî, che selezionarono proprio questo frammento dell'ottavo libro *de officio proconsulis* per l'esordio del titolo. Evidenzia Accursio (gl. *et non esse, ad D. 48.18.1pr., de quaestionibus, l. In criminibus*) che Ulpiano, per spiegare quando si può eseguire la *quaestio*, imposta il discorso secondo un andamento in negativo ("*per contrarium dicendo*"), come a sottolineare con maggior vigore l'irrelevanza probatoria di quanto compiuto in violazione delle direttive imperiali.

³⁵ Sulle costituzioni imperiali come tessuto connettivo dell'ulpiano *de officio proconsulis* vd. *supra*, cap. II, nt. 1.

³⁶ Accursio, nel commentare il passo, conclude affermando che "*tunc cum non sunt indicia, non facienda est*": gl. *et non esse, ad D. 48.18.1pr., de quaestionibus, l. In criminibus*. Le affermazioni rese dal servo in sede testimoniale, sia pure per *tortura*, non possono infatti rivestire altro valore se non quello di indizio: sul punto vd. cap. III, § 6. Sui sospetti d'interpolazione dell'inciso "*neque adeo fidem quaestioni adhibendam*" vd. *supra*, nt. 29.

eventuali atti istruttori, rispetto ai quali deve essere posposta⁵⁷. La norma augustea, stabilendo simile sbarramento temporale, impone dunque un onere di ricerca della prova in capo al soggetto procedente ed antepone alla decisione di far luogo alla *quaestio* la necessaria presenza di un livello probatorio minimo, così ponendosi come base delle successive leggi che impongono uno *standard* probatorio di un certo rilievo prima di procedere alla tortura⁵⁸.

L'attenzione di Augusto ad arginare l'uso incontrollato dell'interrogatorio con tortura è confermata da un passo di Paolo ove viene riferito un editto indirizzato ai consoli *Vibius Habitus* e *Lucius Apronianus*⁵⁹. La disposizione, formalmente costruita in chiave regolativa del *modus procedendi*, incide significativamente sul momento valutativo dei risultati acquisiti. La sede d'origine è il secon-

⁵⁷ L'assenza di testi che dettavano un ordine fisso nell'escussione dei testimoni o nell'esecuzione delle torture è rilevato da VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 120 ss., il quale, nel passo che si ritiene utile riportare, sottolinea come la relativa problematica sia invece stata affrontata solo nel titolo *de quaestionibus* in un'ottica non tanto ordinatoria del processo quanto regolativa dei limiti di ammissibilità delle prove: "Può stupire che, nello spogliare i titoli *De testibus* del Digesto e del Codice giustinianeï, non si rintracci alcun frammento specificamente concernente l'escussione della prova testimoniale, almeno in relazione ai primi secoli dell'impero, quando nacquero e, via via, si affermarono le *cognitiones extraordinariae*. [...] Se però dai titoli *De testibus* del Digesto e del Codice, si passano ad esaminare i titoli *De quaestionibus* nelle stesse compilazioni, emerge immediatamente come la giurisprudenza e la normazione imperiale dei primi secoli dell'impero si siano alquanto occupate dell'ammissibilità e dei limiti dell'ammissibilità dell'uso della tortura nell'escussione testimoniale, tanto da far supporre che queste fossero le sole questioni ritenute degne di attenzione a livello giuridico, per quanto attiene l'assunzione del nostro mezzo istruttorio: per evidenti ragioni sistematiche, i giustinianeï avrebbero preferito concentrare la trattazione in tema di tortura nei titoli *De quaestionibus* ad esclusione di quelli *De testibus*, pur se nei primi l'argomento viene affrontato anche in relazione al *reus* di un processo criminale".

⁵⁸ Tra le quali spicca soprattutto il rescritto di Adriano in D. 48.18.1.1, sul quale vd. il paragrafo seguente.

⁵⁹ Indicazione che permette di risalire alla data dell'8 d.C.: DELL'ORO, *I libri de officio*, cit., p. 166 nt. 240. Di un'altra legge augustea, datata 8 a.C., testimonia Dione Cassio (60.5.4) che riferisce delle discussioni sorte in senato a causa di un provvedimento con cui l'imperatore avrebbe disposto la vendita forzosa dello schiavo di un imputato allo Stato oppure allo stesso imperatore al fine di poterlo interrogare *in caput domini*, aggirando così il relativo divieto: sul punto per tutti DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 115, che ritiene peraltro probabile che simile decisione fosse stata presa in relazione ad un caso specifico.

do libro *de adulteriis* ma nel Digesto il passo si trova all'interno del titolo *de quaestionibus*:

D. 48.18.8pr. (Paul. 2 *de adult.*): *Edictum divi Augusti, quod proposuit Vibio Habito et Lucio Aproniano consulibus, in hunc modum exstat: "Quaestiones neque semper in omni causa et persona desiderari debere arbitror, et, cum capitalia et atrociora maleficia non aliter explorari et investigari possunt quam per servorum quaestiones, efficacissimas eas esse ad requirendam veritatem existimo et habendas censeo"*.

Se il provvedimento augusteo letto in D. 48.18.1pr. era teso a fornire un'indicazione di carattere 'orizzontale', valida in via generale per ogni caso di indagine, il frammento ora visto mostra un approccio 'verticale', mirato a specifiche cause richiamate dall'espressione "*capitalia et atrociora maleficia*"⁴⁰. La precisazione appare particolarmente significativa in quanto pone una stretta correlazione tra gravità del crimine, specialmente se riconducibile alla sfera politica, e necessità di ricorrere alla tortura⁴¹.

Il testo dell'editto, almeno così come restituito⁴², è formulato in maniera tale da abbracciare due aspetti del problema: da un lato, in-

⁴⁰ Non pare privo di rilievo il dato della provenienza del frammento paolino da una trattazione relativa all'adulterio, posto che la fattispecie, come noto, rappresentava uno dei tre crimini, unitamente alla *maiestas* e alla *fraus census*, per i quali non operava il divieto di *quaestio contra dominos*: vd. C. 9.41.1 (Sev. et Ant. – a. 196) su cui cap. III, §§ 4 e 6.

⁴¹ "La giustificazione della tortura è ancora una volta ritrovata nell'esigenza di difendersi contro le minacce alla tranquillità che derivino da crimini di particolare efferatezza e gravità": così DALLA, *Il Manzoni*, cit., p. 176 ss., che sottolinea come al riguardo la tortura assolve anche ad "una più ampia funzione intimidatoria, terroristica e repressiva", venendo a costituire una sorta di difesa delle istituzioni politiche e religiose.

⁴² La citazione testuale dell'editto augusteo ad opera di un giurista del II-III secolo d.C. ne rende il disposto così vivo nella compilazione giustiniana da farlo emergere come costante regola di politica giuridica: DALLA, *Il Manzoni*, cit., p. 177 nt. 12. Ipotesi interpolazionistiche sono state avanzate relativamente alle frasi: "*in omni causa et persona*" ed "*efficacissimas eas esse ad requirendam veritatem existimo*" da G. BESELER, *Unklassische Wörter*, in ZSS 56, 1936, p. 67, mentre BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 212 nt. 34, avanza dei dubbi sull'espressione "*capitalia et atrociora maleficia*". Sempre quest'ultimo Autore, s.v. "Istruzione", cit., p. 137, considera il passo in D. 48.18.8 oggetto di "una elaborazione, sia pure a scopo di sistemazione". Viene indicato a riprova della prudenza con cui il *princeps*

cide sul momento temporale in cui si deve prendere la decisione in merito all'esecuzione della *quaestio* ("quando"), disponendo che la *quaestio* non deve essere eseguita "semper in omni causa et persona", dall'altro, pone un *modus* che consta di limiti oggettivi e soggettivi ("causa et persona").

I due aspetti, in realtà, nella sintesi del frammento, paiono fortemente interagire tra loro in un rapporto che esprime un'evidente subordinazione delle modalità investigative al genere di causa e alla qualità della persona coinvolta ("neque semper in omni causa et persona desiderari debere arbitror"). In altri termini, questo significa che il criterio del *quando* richiede come momento preliminare la verifica circa i due punti menzionati, ossia la natura del crimine imputato e la persona dell'accusato.

Secondo l'interpretazione tradizionale, l'editto augusteo avrebbe consentito l'uso indiscriminato della tortura nelle indagini relative ai reati più gravi ("*capitalia et atrociora maleficia*"), rappresentando di fatto lo "strumento investigativo di elezione allorché si versi in ipotesi eccezionali"⁴³. Il dispositivo suonerebbe, quindi, nei seguenti termini: "Penso che delle torture non si debba sempre sentire la necessità in ogni occasione e riguardo ad ogni individuo. E non potendosi fare indagini sui delitti capitali e più atroci se non attraverso le torture dei servi, le considero efficacissime per scoprire la verità e ritengo debbano aver luogo".

Accedendo a questa lettura, la parte finale della norma ("*et cum non aliter... existimo*")⁴⁴, viene peraltro a porre problemi di coordi-

introduceva innovazioni legislative da E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, Heidelberg, 1931, ora in *Gesammelte Schriften*, II, cit., p. 325 ss., spec. p. 374; H. VOLKMANN, *Zur Rechtssprechung im Principat des Augustus*, München, 1935, p. 85 nt. 3; F. DE ROBERTIS, *Arbitrium iudicantis e statuizioni imperiali*, in *ZSS*, 59, 1939, p. 220 nt. 1; BAUMAN, *Impietas in principem*, cit., p. 44 ss. Infine, G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano, 1963, p. 3 ss., rileva come questo editto di Augusto ed un altro riferito da Macro in D. 49.16.12.1 rappresentino le uniche citazioni testuali di costituzioni imperiali sino a Traiano.

⁴³ Così, per tutti, DALLA, *Il Manzoni*, cit., p. 177 nt. 12. Una sfumatura differente si coglie in LÉVY, *La torture*, cit., p. 250, che così spiega il testo: "si des crimes atroces ne peuvent être élucidés autrement, elle est d'une grande efficacité pour découvrir la vérité".

⁴⁴ L'espressione "*cum... non aliter explorari et investigari possunt*" dell'editto augusteo trova corrispondenza per le cause civili in un rescritto di Antonino Pio, ci-

namento rispetto all'indicazione in D. 48.18.1pr., ove l'imperatore invita ad una maggiore moderazione nell'uso del mezzo⁴⁵.

A parere di chi scrive, anche alla luce dell'economia del passo, pare tuttavia plausibile prospettare una sfumatura differente dell'editto in D. 48.18.8pr., che consentirebbe di risolvere il problema di raccordo con la norma ricordata in D. 48.18.1pr.

La parola chiave per l'interpretazione della disposizione pare essere la particella *'cum'*: l'attribuzione di un significato causale determina il contenuto della norma augustea nel senso di un ricorso alla *quaestio* 'poiché' non è dato ravvisare altro modo per procedere alle indagini (*"cum... non aliter explorari et investigari possunt"*). L'accezione ipotetica raggiunge, invece, tutt'altro effetto dal punto di vista del nucleo dispositivo: 'quando' non è possibile *explorari et investigari* in altro modo (*"aliter"*), allora si dovrà procedere alla tortura. L'editto avrebbe allora disposto che "la tortura non deve essere effettuata sempre in ogni causa e verso ogni persona; e, quando non è possibile indagare sui crimini più gravi in altro modo se non attraverso la tortura dei servi, allora [la tortura] è mezzo efficacissimo per scoprire la verità".

Qualora si ritenesse di accogliere simile lettura, le conseguenze avrebbero notevole incidenza sullo stesso contenuto normativo dell'editto: invece di ritenere inevitabile il ricorso alla tortura nei processi per i *crimina capitalia et atrociora* proprio in ragione della loro gravità (poiché si tratta di crimini gravissimi si deve procedere alla *quaestio*), Augusto ne avrebbe previsto l'impiego anche in questi processi soltanto come *extrema ratio*, 'qualora' le indagini non possano procedere in altro modo⁴⁶. L'espressione *"cum... non aliter*

tato da Marciano nel secondo libro *de publicis iudiciis* e riportato in D. 48.18.9pr., nel quale l'imperatore dispose che *"posse de servis haberi quaestionem... si aliter veritas inveniri non possit. Quod et aliis rescriptis cavetur... sed si aliter veritas inveniri non possit nisi per tormenta, licet habere quaestionem, ut et divus Severus rescripsit"*. Sul rescritto si veda cap. III, § 6.

⁴⁵ DALLA, *Il Manzoni*, cit., p. 177 nt. 12, afferma che la regola in D. 48.18.1pr.-1, anziché collocarsi in un rapporto di contraddizione con la norma in D. 48.18.8pr. ne rappresenterebbe piuttosto un perfezionamento sul piano procedurale.

⁴⁶ Anche in considerazione del fatto che una clausola della *lex Iulia de vi publica* prevedeva la punizione a titolo di *vis publica*, sottoponendolo alla competenza di un'apposita *quaestio*, il comportamento di quel magistrato che avesse (tra l'altro) torturato un cittadino *adversus provocationem*, senza tener conto cioè

explorari et investigari possunt” varrebbe, in questo senso, come un ulteriore invito alla moderazione nell’uso del mezzo. In altre parole,

dell’interposta *provocatio*. La norma augustea ci è pervenuta attraverso due testimonianze assai note agli studiosi del processo penale, un passo delle *Pauli Sententiae* (5.26.1) e un brano ulpiano del *de officio proconsulis* contenuto in D. 48.6.7 (Ulp. 8 *de off. procons.*). La *lex Iulia de vi publica*, come noto, collocando la tortura tra i comportamenti tutelabili mediante la *provocatio*, l’avrebbe sottratta alla *coercitio* e alla libera *animadversio* del magistrato, anche se va ricordato che nelle *cognitiones extra ordinem* questa era comunque sorretta dalla legislazione imperiale e dall’interpretazione giurisprudenziale: CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., p. 41, p. 46 nt. 26. Il provvedimento è di incerta paternità ma pare verosimile ritenere che si tratti di un originario nucleo normativo varato da Giulio Cesare, successivamente ripreso e rielaborato da Augusto: M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, 1969, p. 192 nt. 29. Ritiene insitico il riferimento alla tortura G. LONGO, *La repressione della violenza nel diritto penale romano*, in *Studi G. Scaduto*, III, 1970, p. 482 ss. e nt. 52. Cfr. GARNSEY, *Social Status*, cit., p. 143 nt. 3; SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 103. Prendendo le mosse da questa disposizione, si è ipotizzato che, di fatto, Augusto avrebbe in realtà inteso avocare a sé la competenza a giudicare di quei reati suscettibili di mettere in pericolo la *maiestas* populi romani: in tal senso vd., di recente, LUCREZI, *Postfazione*, cit., p. 65; RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 131 ss. In un altro lavoro, la medesima studiosa (*L’acquisizione della prova*, cit., p. 63 ss.) evidenzia il fatto che se è vero che Augusto da un lato ammise *in rerum maiestatis* la tortura giudiziaria degli uomini liberi e dei *cives*, dall’altro attribuì però al cittadino sospettato di tale *crimen* la *provocatio* (peraltro presto sostituita dall’*appellatio* all’Imperatore), riconducendo al contempo la violazione magistratuale alla competenza della *quaestio de vi* e assicurandosi così un efficace strumento di controllo sull’operato dei magistrati. L’A., discostandosi dalla consolidata dottrina, ritiene che l’ammissione della tortura nelle indagini relative ai reati di lesa maestà non costituisca in realtà una novità della legge augustea, che si sarebbe limitata a recepire una norma legislativamente esplicitata già in epoca sillana e rifiuta pertanto l’idea comunemente sostenuta per cui il ricorso ai *tormenta* degli uomini liberi nelle indagini istruttorie sarebbe stato durante il Principato dei Giulio-Claudi e dei Flavi solo una prassi *contra legem*. Su queste basi, conclude affermando che “ciò su cui si incentrava la critica degli storiografi non era l’utilizzo della tortura in sé, come mezzo di indagine processuale per fatti in cui era in gioco la salvezza dello Stato, ma l’uso strumentale del processo e degli strumenti processuali per scopi diversi da quelli a cui avrebbero dovuto essere indirizzati [...] per eliminare gli avversari politici o i personaggi non allineati alla politica imperiale, o per coprire le proprie responsabilità. Uso distorto certo agevolato soprattutto dalla già segnalata estensione che il concetto di *maiestas* subì nella pratica dei tribunali imperiali [...] che consentì appunto ad alcuni imperatori e funzionari imperiali di servirsi più facilmente – e in questi casi si arbitrariamente – del reato di *maiestas* per accusare, torturare ed eliminare i propri nemici o per procurarsi dei capri espiatori”. Per ampie informazioni, anche dottrinarie, sulla legislazione augustea *de vi*, si rinvia spec. a D. CLOUD, *Lex Iulia de vi*, I, in *Athenaeum*, 76, 1988, p. 579 ss.; II, in *Athenaeum*, 77, 1989, p. 427 ss.; SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 198 ss. (ivi la principale bibliografia).

la scoperta della verità, fine ultimo del processo, non dovrebbe affidarsi alla tortura ma la necessità di portare avanti le indagini può talora non riuscire ad evitarla⁴⁷.

Merita inoltre una breve osservazione l'aggettivo "*capitalia*" che, più del generico "*atrociora*", espressivo di un giudizio di valore politico-morale, pare indicativo di un requisito giuridico per l'espletamento della *quaestio*: la qualifica permette, infatti, di riferire lo strumento alle indagini su crimini che comportano, per il loro autore, l'inflizione della pena capitale⁴⁸.

⁴⁷ Sotto il profilo lessicale, si rileva inoltre che le parole dell'editto augusteo quale riportato da Paolo sono "*ad requirendam veritatem*", laddove Ulpiano, in D. 48.18.1pr., usava l'espressione "*in criminibus eruendis*". Forse vale la pena sottolineare (anche se non porta a sostanziali divergenze interpretative tra i passi) la differente sfumatura che intercorre tra il verbo "*requiro*", indicante l'insistenza delle domande ("*diu quaerere*"), ed "*eruo*", caratterizzato piuttosto dall'elemento della *vis*. Sul profilo semantico dei due predicati vd. cap. I, nt. 40.

⁴⁸ VOET, *Commentariorum ad Pandectas libri*, cit., VI, p. 372, commenta che la norma vale "*non in levioribus, sed tantum gravioribus criminibus quaestio-nibus adhibeantur, ubi poena capitalis aut membrorum mutilatio convicto confes-sive infligenda foret*". A. FORCELLINI, *Lexicon totius Latinitatis*, I, Patavii, 1940, p. 524, s.v. "*capitalis*", spiega che "*capitalis est ad caput pertinens*". Cfr. Fest., *De verb. sign.* 42 (Lindsay): "*Capital facinus, quod capitis poena luitur*". MANTOVANI, *Il problema d'origine*, cit., p. 241 e nt. 107, dipanando la relazione biunivoca tra il vocabolo *quaesitor* e il giudizio capitale, spiega che l'indagine verte sul *caput* e, dunque, sulla vita dell'imputato. In tal senso cfr. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, cit., p. 325 ss., spec. p. 332, che rileva la stretta relazione tra la radice di *quaerere* (da cui *quaestio*, *quaesitor*): "*Quaerere ist die stehende Bezeichnung für die Frage des untersuchenden Richters an und über den Angeschuldigten. Die Untersuchung geht um dessen caput, also um seinen Kopf*". Di opinione contraria è SCHUMACHER, *Servus index*, cit., p. 11, che ritiene che l'aggettivo *capitalis* non sia necessariamente indicativo di un reato per il quale è prevista la pena capitale (cfr. *ib.*, p. 39 ss., una rassegna di alcuni dei più noti casi di *crimina atrociora* nelle fonti storiche). Per l'emergere della nozione di delitto capitale, ad opera di Labeone, si legga D. 37.14.10 (Clem. 9 ad l. Iul. et Pap.): "...Labeo existimabat capitis accusationem eam esse, cuius poena mors aut exilium esset. *Crimina graviora* erano considerati i crimini più efferati e riprovevoli dalla morale sociale e politica: cfr., ad esempio, D. 40.7.9.1 (Ulp. 28 ad Sab.): "...*graviiores autem etiam stellionatus crimen important ei, qui sciens dissimulata condicione statutae libertatis simpliciter eum vendiderit*"; D. 48.5.39.3 (Pap. 36 quaest.): "*Nonnumquam tamen et in maribus incesti crimina, quamquam natura graviora sunt, humanius quam adulterii tractari solent: si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit*"; D. 49.7.1.5 (Ulp. 4 de appellat.): "...*et si quidem graviora sint crimina, ob quae appellatio interposita est, levius autem id, propter quod non appellavit, recipienda est omnimodo appellatio et differenda poena...*"; D. 49.16.2.1 (Men. 1 de re milit.): "*Dare se militem, cui non*

L'editto augusteo riportato in D. 48.18.1pr. consta di un altro nucleo dispositivo, attinente all'attendibilità (*fides*) delle risultanze istruttorie così ottenute e, di conseguenza, anche alla loro valutazione. La tematica, di grande rilievo, viene introdotta con poche efficaci parole che conosceranno ampliamenti e riflessioni nell'esposizione successiva (in particolare, §§ 23-26) e sarà richiamata in sede di trattazione della *fides quaestionum*.

3. Il rescritto di Adriano in D. 48.18.1.1: la sussidiarietà della tortura

Il principio per cui “*non esse a tormentis incipiendum*”, posto dall'editto augusteo riferito in D. 48.18.1pr., è ripreso da un'*epistula*⁴⁹ di Adriano, che lo arricchisce di ulteriori contenuti tecnici, precisandolo sul piano procedurale (“*sed et... continetur*”). L'integrazione testuale della costituzione adrianea viene offerta, nella trattazione ulpiana così come in quella giustiniana, nel paragrafo immediatamente susseguente⁵⁰:

licet, grave crimen habetur...; D. 49.16.14.1 (Paul. l.s. de poen. milit.): Arma alienasse grave crimen est et ea culpa desertioni exaequatur...

⁴⁹ Si nota che Ulpiano nella seconda parte del passo si riferisce al provvedimento con il termine *rescriptum*.

⁵⁰ Si ricorda che la ricostruzione leneliana del titolo *de quaestionibus* dell'ottavo libro *de officio proconsulis* di Ulpiano (*Palingenesia*, II, cit., coll. 979-981, §§ 2209-12) considera pressoché sovrapponibile il brano in D. 48.18.1 con quello originario steso dal giurista severiano. In particolare, il lungo frammento in D. 48.18.1 è suddiviso in quattro grandi nuclei: all'interno del primo (§ 2209: D. 48.18.1pr.-20), volto a delimitare i soggetti assoggettabili a *quaestio*, si trova anche il brano in discorso. Sulla tessitura del passo vd. più approfonditamente *supra*, cap. II, nt. 2. B. D'ORGEVAL, *L'empereur Hadrien. Oeuvre législative et administrative*, Paris, 1950, p. 337, commenta la norma adrianea riflettendo come l'imperatore “organisa un ordre à suivre pour passer à ce moyen de preuve... Ceci limitait grandement les chances des enclave d'être mis à la torture”. Si deve inoltre rilevare che il disposto della norma adrianea è riconoscibile anche nelle *Pauli Sententiae* (5.14.1): per osservazioni sul punto rinvio alle precedenti ntt. 29 e 31. Sul passo vd. spec. MOMMSEN, *Le droit pénal*, II, cit., p. 95; PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 386; ROBINSON, *Slaves*, cit., p. 224 ss.; MORABITO, *Les réalités de l'esclavage*, cit., p. 236; WATSON, *Roman Slave*, cit., p. 86 ss.; FASANO, *La torture judiciaire*, cit., p. 102. Infine, si annota che J. CUJACIUS, *Opera omnia*, Napoli 1758, vol. IX, col. 190, nel commentare i *probationum genera*, che distingue in *plena* e *semiplena* in rapporto alla forza probatoria, colloca tra i *semiplena*

D. 48.18.1.1 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Verba rescripti ita se habent: “ad tormenta servorum ita demum veniri oportet, cum suspectus est reus et aliis argumentis ita probationi admovetur, ut sola confessio servorum deesse videatur”.*

Sulla scia della regola augustea, Ulpiano riporta testualmente i *verba* di una disposizione con la quale Adriano aveva stabilito l'opportunità di procedere alla tortura dei servi soltanto qualora l'imputato fosse già gravemente sospettato. In particolare, il rescritto specificava, secondo quanto riporta il testo, che i sospetti sussistenti contro il reo dovevano essere tali da orientare già verso la dimostrazione della sua colpevolezza, così che sembrasse mancare soltanto la confessione dei servi (“*ut sola confessio servorum deesse videatur*”). Compare qui, dunque, per ben due volte, l'esplicito riferimento al fatto che si tratta di *quaestiones servorum*, indicazione che, nel testo del *principium*, mancava.

I *verba rescripti* enunciano una direttiva destinata a consolidarsi in un principio che si può definire della ‘sussidiarietà della tortura’. In base ad esso, l'interrogatorio *per tormenta* deve considerarsi ammesso quando si è già individuato un sospetto colpevole (“*reus suspectus*”) contro il quale sussistono altri elementi probatori di rilievo (“*aliis argumentis ita probationi admovetur*”). La norma richiede la sussistenza in via congiunta delle due condizioni: l'accusato deve essere già gravato da sospetti, a loro volta derivanti da altre circostanze concomitanti assumibili a prova. Tale compresenza, in altri termini, deve essere tale da determinare una situazione probatoria rilevante che difetti soltanto, per diventare definitivamente qualificata, del suggello costituito dalla confessione dei servi.

Il rescritto adrianeo non pare considerare qualificante sotto il profilo probatorio la sussistenza di elementi genericamente indiziari: l'imperatore richiede infatti espressamente che la prova della colpevolezza del *reus* sia in pratica già quasi formata sulla base di precedenti sospetti (“*alia argumenta*”)⁵¹.

gli “*argumenta, quae iudicii fidem non faciunt, sed eum ad suspicionem adducunt. Nam iudicem ad suspicionem adducere, est probare argumentis tantum*” e, pertanto, “*non esse a quaestionibus incipiendum, nisi concurrant multa argumenta*”.

⁵¹ PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 411 ss., dopo aver evidenziato la parabola discendente che la forza probatoria della principale prova *artificialis* percorse nella

Non vi sono sufficienti elementi per capire se l'imputato sia il *dominus* (ma in tal caso, dovrebbe operare il divieto di *quaestio in caput domini*) o un terzo⁵² e nemmeno se si parli di *confessiones* perché si sospetta una sorta di complicità tra il *reus* e i servi. In ogni caso, il riferimento alla confessione dei servi allude a soggetti quantomeno informati dei fatti promossi dall'accusa.

Lo *standard* probatorio minimo richiesto per procedere alla tortura è dunque assai elevato: si pretende, infatti, una situazione tale da far ragionevolmente presumere che manchi solo la confessione per il raggiungimento della dimostrazione piena e definitiva della colpevolezza ("*ita... ut sola confessio servorum deesse videatur*"). In sostanza, Adriano ammette l'uso della tortura solo in presenza di ulteriori elementi probatori che ricadano in maniera grave su una persona il cui quadro di colpevolezza, ancorché non completo, si pone così in termini già qualificati e qualificanti. La prognosi deve essere tale da assicurare che l'esecuzione della *quaestio* porrà la parola fine all'inchiesta, fornendo il tassello mancante alla completa ricostruzione del quadro.

La *quaestio cum tormentis* appare così come uno strumento cui ricorrere soltanto quando gli inquirenti possono legittimamente attendersi un risultato positivo dal suo esperimento e il cui valore probatorio assume pregio a patto che le modalità del suo raggiungimento siano caratterizzate dalle cautele esposte di seguito.

Il meccanismo descritto si fonda su una discutibile scelta di politica processuale: se da un lato, infatti, l'imperatore si dimostra recettivo del principio augusteo che vieta l'avvio delle indagini con la tortura ("*non esse a tormentis incipiendum*": D. 48.18.1pr.), precisando

considerazione dei retori (si veda in particolare Quint., *Inst. orat.* 5.10.19: "*indubitata essent, non argumenta*") e aver richiamato le poche fonti giuridiche in tema (D. 48.18.1.4, D. 9.16.5.6 e *Paul. Sent.* 5.14.1, con l'omissione di D. 48.18.1.1), giunge alla conclusione che "nella gerarchia delle prove i giuristi non assegnavano agli *argumenta* quella posizione di primo piano, che essi avevano invece nel mondo della retorica". Non si sofferma sul punto VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 121, che si limita a riferire l'estensione, dovuta all'*epistula Hadriani*, delle *quaestiones servorum* a qualunque processo, subordinata alla condizione dell'esistenza di *alia argumenta* a carico del reo. In tema, si veda più ampiamente cap. III, § 2 e ntt. 39, 41.

⁵² Si annota che il tenore letterale della legge, così come riportato, pare formulato in modo tale da indurre a credere che il *suspectus reus* sia persona fisica distinta dai servi ai quali si intende estorcere una confessione.

do che la *quaestio* può essere eseguita quando già altri atti istruttori hanno dato un esito tale da lasciar intuire che la linea investigativa scelta è quella giusta (“*ita demum veniri oportet, cum suspectus est reus et aliis argumentis ita probationi admovetur*”: D. 48.18.1.1), dall’altro, la tortura disposta ad un punto così avanzato dell’inchiesta è anche suscettibile di apparire finalizzata all’estorsione di un suggello definitivo (la confessione) cui, evidentemente, non si riusciva a pervenire altrimenti⁵³.

Ragionando *a contrario*, si può riflettere come il rescritto adrianeo postuli la non autosufficienza della tortura: la sola dichiarazione eventualmente acquisita *per tormenta* non pare infatti considerata idonea e sufficiente a costruire un quadro probatorio completo, atto a fondare la condanna⁵⁴.

Anche se Ulpiano ravvisa una continuità tra l’editto augusteo e la norma di Adriano (che contiene la regola precedente), il quadro generale pare in realtà aver subito un cambiamento: laddove Augusto aveva posto un’indicazione metodologica tesa ad imporre la ricerca di prove ulteriori in via anteposta rispetto alla scelta di ricorrere alla *quaestio*, così formulando una sorta di preclusione processuale basata sul tempo di esecuzione dell’atto, Adriano interviene cassando un paradigma decisionale che si basa sulla sola risultanza della tortura.

⁵³ Significativa la sistematica dell’opera di Antonius Matthaeus, che nel suo commento ai *libri terribiles* suddivide la trattazione del titolo *de quaestionibus* in due *capita*, il primo titolato *De confessione spontanea*, ed il secondo *De confessione extorta*. Ivi, il trattatista spiega che la confessione spontanea è quella che si ottiene “*cum quis nullis adhibiti tormentis criminem confessus est*”, mentre la confessione *extorta* è quella resa “*cum admotis fideiulis seu tormentis*”. Vedi A. MATTHAEUS, *De Criminibus. Ad lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius, editio quinta et ultima*, Antwerpiae, 1761, p. 538 ss.

⁵⁴ In tal senso paradigmatico anche un rescritto severiano, in D. 48.18.1.17 (citato a breve nel testo), in base al quale le confessioni degli accusati non vanno considerate come la dimostrazione risolutiva di colpevolezza se nessun’altra prova supporta la coscienza del giudicante. Va comunque precisato che mentre questo rescritto riguarda espressamente le confessioni di coloro che sono imputati, il rescritto adrianeo di cui in D. 48.18.1.1 si riferisce alle confessioni di soggetti (i servi) che paiono essere altri rispetto all’effettivo *suspectus reus* e forse, anche per questo, si richiede maggiore cautela. Del resto, sono numerosi i richiami di imperatori e giuristi alla moderazione nell’uso e nella valutazione delle risultanze della *quaestio*. Per ulteriori considerazioni in tema vd. *infra*.

Il cambio di prospettiva supera l'impostazione metodologica ed acquisisce natura sostanziale, imponendo al giudice una motivazione che non si regga sulla sola dichiarazione confessoria o accusatoria del *tortus*. Se Augusto aveva guardato al momento investigativo, Adriano entra nel momento valutativo e decisionale: il primo puntava a fornire un modello di indagine, il secondo, pur ragionando in termini di opportunità ("*oportet*"), fornisce un parametro di ragionamento decisorio⁵⁵.

Va rilevato che porre una condizione che si traduce, in pratica, in un controllo sulla completezza e utilità delle investigazioni (requisiti che si sostanziano nella configurazione di *alia argumenta*) è significativo di un decisivo passo in avanti sotto il profilo metodologico e contribuisce altresì a delimitare in radice il valore probatorio delle acquisizioni per *tormenta*.

Viene così rifinito il principio della sussidiarietà della *quaestio*: la tortura, seppur considerata necessaria al coronamento dell'istruttoria, non è da sola idonea a formare prova sufficiente alla condanna ma si pone, rispetto a questa, come elemento confermativo e rafforzativo di risultati già raggiunti sulla base delle evidenze presenti⁵⁶.

Si può, quindi, considerare come regola acquisita la non ammissibilità di *quaestiones* meramente 'esplorative', finalizzate cioè alla ricerca di elementi di prova basati sull'impiego di violenza, in assenza di elementi probatori logici o, per meglio dire, argomentativi. Simile possibilità era già stata circoscritta da Augusto, come visto, ai

⁵⁵ Augusto avrebbe ammesso la *quaestio servorum* come mezzo d'indagine generale anche in assenza di altri mezzi istruttori, mentre Adriano l'avrebbe ridimensionata a strumento accessorio da esperire solamente quando manchi soltanto la confessione dello schiavo come elemento probatorio conclusivo. La *quaestio*, pertanto, mentre sotto Augusto sarebbe stata un "sistema istruttorio di carattere generale" con Adriano sarebbe divenuta un "procedimento accessorio": così ORESTANO, *Gli editti*, cit., p. 309 ss.; in senso adesivo cfr. DELL'ORO, *I libri de officio*, cit., p. 166 e nt. 242; MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 316.

⁵⁶ Appare pertanto anche inutile, sotto il profilo dell'economia processuale, l'eventuale decisione di iniziare le indagini dalla tortura, posto che da sola non è utilizzabile come base della sentenza. Su questa scia vd. il rescritto severiano in C. 9.41.1 (cap. III, §§ 4 e 6), ove si afferma che nei processi penali, eccezion fatta per i più gravi crimini, le dichiarazioni servili contro il padrone non devono costituire la base di una sentenza.

soli casi dei *maleficia capitalia*, quando non fosse possibile “*aliter explorari et investigari*”⁵⁷.

La regola generale, invece, concepisce la *quaestio* solo come mezzo ‘confermativo’: il contenuto delle dichiarazioni così estorte può avvalorare il convincimento finale circa il raggiungimento della *veritas* ma non costituire elemento di valutazione autosufficiente.

Soltanto nei casi dei reati più gravi, al cospetto dell’impossibilità di fare chiarezza, i *tormenta* potranno assolvere a finalità di orientamento delle investigazioni e, in assenza di altri elementi, fornire elementi dichiarativi stimati idonei a supplire alla mancanza di prove (“*efficacissimas eas esse ad requirendam veritatem existimo*”). Ciò che in questi casi legittima la deviazione dai principi generali è la natura dei crimini addebitati, di fronte alla quale la logica represiva e retributiva del contrappasso autorizza l’abbassamento dello *standard* probatorio sino alla rilevanza decisiva delle prove estorte con violenza.

Ne resta confermato, in ogni caso, il senso degli interventi imperiali, che si pongono come direttive applicative volte ad arginare una prassi che abusava dello strumento, resistendo all’avanzare della nuova concezione dei *tormenta* quale mezzo volto non a colmare una lacuna istruttoria assoluta bensì a suggello conclusivo di una ipotesi d’accusa ormai al cospetto del punto d’arrivo.

Nella sua sussidiarietà, la *quaestio* si caratterizza, dunque, come strumento che assolve al compito di colmare, in maniera atipica e straordinaria, il *gap* che separa il *suspectus* dalla prova piena di colpevolezza. La *veritas ex machina* fornita dai *tormenta* consente di placare i residuali dubbi del giudice, rimpiazzandoli con una confessione che conclude l’intera istruttoria e la illumina di ‘verità’, quand’anche mutila⁵⁸.

⁵⁷ D. 48.18.8pr. (vd. paragrafo precedente).

⁵⁸ La funzione sussidiaria della *quaestio*, come ausilio per la soluzione dei casi caratterizzati da *empasse* procedurale, è ben tratteggiata da MATTHAEUS, *De Criminibus. Ad lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius*, cit., p. 559 ss., il quale, all’interno del commento al titolo 48.18 del Digesto, interrogandosi sulla legittimità dei tormenti quali *indagandae veritatis modus*, nell’espone le argomentazioni *pro tormentis*, considera argomento a favore della tortura il fatto che possano adempiere alla funzione di integrare una *probatio* insufficiente, dovendosi altrimenti optare per la non gradita via dell’assoluzione del *suspectus*: “...non semper testibus, quod intendit accusator, firmare potest; nec tabulae semper in promptu; rarissime autem

Il testo del rescritto di Adriano riportato in D. 48.18.1.1 consente un'ulteriore annotazione, rilevante ai fini della formazione dell'opinione del giudice. I *verba rescripti* prevedono il ricorso ai *tormenta servorum* “*ita... ut sola confessio servorum deesse videatur*”. Qualora non si tratti di espressione propria di una disposizione di natura meramente generica, il genitivo plurale *servorum* potrebbe far emergere un dato non trascurabile.

Al di là del valore da attribuirsi all'esito dell'escussione, Adriano richiede infatti la concorde confessione di più schiavi per raggiungere la conferma degli altri elementi di prova⁵⁹.

La direttiva adrianea che richiede altri elementi di prova (“*argumenta*”) a sostegno dell'ipotesi accusatoria risuona anche in una decisione presa da Antonino Caracalla in relazione ad un processo per avvelenamento:

C. 9.41.3 Imp. Antoninus A. cum cognitionaliter audisset, dixit: *Primum servi alieni interrogabuntur. Si praestita fuerint ex tanto scelere argumenta, ut videantur accedere ad verisimilia causae crimina, ipsa quoque mulier torquebitur: neque enim aegre feret, si torqueatur, quae venenis viscera hominis extinxit*. PP. VII k. April. Sabino et Anullino cons. [a. 216].

argumenta omnia ita in unum consentiunt et conspirant, ut luce meridiana clario-rem probationem efficiant. Quo casu sicut damnari non debet, qui convictus non est, ita nec absolvi, qui suspectus. Tutissima igitur media via, qua per tormenta exprimitur confessio rei, quem iniquum est absolvi”. Come non deve essere condannato chi non è connivente, nemmeno deve essere assolto chi è sospetto. Posto che è rarissimo ottenere prove inconfutabili e decisive (“*rarissime autem argumenta omnia ita in unum consentiunt et conspirant*”), la *media via*, la più sicura, è quella che ricerca *per tormenta* la confessione di quell'accusato che sarebbe iniquo invece assolvere. Soddisfa maggiormente la coscienza dei fautori della tortura condannare persona sospetta (anche innocente), cui si estorce la confessione sotto il dolore dei tormenti, piuttosto che mandare assolto un presunto (o desiderato) colpevole. Nel commento si intravede, inoltre, un'inquietante distinzione tra utilità della testimonianza e utilità della tortura: la prima, infatti, non sempre produce testimonianze pienamente conformi alla tesi dell'accusatore mentre, pare sottintendere il ragionamento, altrettanto non può dirsi per i *tormenta*.

⁵⁹ L'espressione, oltre ad apparire come ulteriore manifestazione dell'esigenza della concorrenza di una pluralità di elementi probatori, parrebbe emergere come traccia di un'applicazione pratica alla *quaestio* della controversa regola “*unus testis nullus testis*”.

Il contesto è particolare: da un lato, il caso di uccisione mediante veleno del marito è così grave da non doversi porre troppe remore nei confronti di colei che si sospetta averlo commesso, dall'altro, non si può procedere in prima battuta alla tortura della donna, presunta avvelenatrice, ma come primo passo si devono interrogare i servi altrui. Soltanto se dalle risposte di costoro emergeranno indizi tali da ritenere verosimile che un così grave delitto sia stato effettivamente compiuto dalla moglie, anche la donna potrà essere torturata⁶⁰.

Al di là di ogni considerazione in merito alla peculiarità della fattispecie esaminata, quanto qui interessa è rilevare che il provvedimento di Caracalla pone un'ulteriore indicazione di metodo: prima di procedere alla tortura della *mulier*, si deve procedere all'interrogatorio dei servi altrui⁶¹.

La dichiarazione imperiale parrebbe, almeno apparentemente, contraddire l'impostazione sopra offerta della sussidiarietà della tortura: qui infatti, l'imperatore ordina di procedere per prima cosa all'interrogatorio dei servi per procedere poi a quello della donna. L'avverbio temporale "*primum*" che contrassegna il momento di esperimento della *quaestio* servile non sembra ascrivibile con certezza al momento iniziale delle indagini *tout-court*, potendo senza difficoltà essere indicativo, più semplicemente (e in maggiore aderenza al caso di specie), del fatto che prima di torturare un soggetto libero, oltretutto di sesso femminile, è necessario adoperare i *tormenta* su persone di minor riguardo. Soltanto qualora si riscontrino elementi tali da far ritenere di essere prossimi alla ricostruzione del fatto, allora anche la donna potrà essere sottoposta a tortura⁶².

⁶⁰ La possibilità del ricorso alla tortura per il reato di veneficio è attestata anche da Quintiliano, *Decl. Min.* 381 e Calpurnio Flacco, *Decl.* 12. Per alcune testimonianze attinenti a casi di *veneficia matronarum* vd. da ultima RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., p. 78 ss. Sulla *lex Cornelia de veneficiis* si rinvia per tutti a B. SANTALUCIA, *Omicidio*, in *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, p. 118 ss.

⁶¹ La sequenza dettata da Caracalla pone un ordine all'interno del ricorso alla tortura, sulla base di un criterio che appare basato anche sul valore delle prove già raccolte: il riferimento all'altruità dei servi torturandi, infatti, è conforme al divieto di *quaestio contra dominos*, postulando l'esistenza di dichiarazioni utilizzabili nel giudizio e, in termini di valore, si pone in sequenza crescente con la *quaestio* della *mulier*.

⁶² L'espressione "*ipsa quoque mulier*" pare manifestare l'esistenza di riserve a sottoporre a tortura le donne libere. Interpreta il passo nel senso della necessità

Interessante appare il punto ove si richiede, per ammettersi la tortura della sospettata, uno stadio istruttorio in grado di dare fondamento ad un grave giudizio prognostico di colpevolezza. L'imperatore parla di presenza di *argumenta* la cui valutazione faccia apparire la prossimità della verosimile ricostruzione della dinamica omicida ("*argumenta, ut videantur accedere ad verisimilia causae criminis*"): il 'verosimile' è la tipica declinazione giudiziaria del 'vero', proprio della fase istruttorie *ante sententiam*.

La chiusura del frammento riporta il commento di Caracalla sulla soluzione prospettata: "*neque enim aegre feret, si torqueatur, quae venenis viscera hominis extinxit*". L'imperatore formula un giudizio di bilanciamento tra la tortura e la responsabilità della donna per l'atroce delitto commesso. Il cinismo dell'espressione non nasconde, però, la sostanziale anticipazione da parte del giudice (si ricorda che trattasi di parole tratte da una *cognitio* imperiale) della valutazione di colpevolezza che pare precedere la tortura e plausibilmente fondata su tutto il compendio probatorio risultante dal processo in corso.

La decisione imperiale non definisce in maniera netta quella linea di confine tra *quaestio* come mezzo istruttorio e come anticipazione di una pena, in qualche modo già giustificata dalla gravità dei sospetti già esistenti⁶³. In ogni caso, il rescritto costituisce la chiara espressione di una nuova ideologia investigativa che tende ad assimilare la posizione degli schiavi sotto il profilo della tortura a quella

che l'interrogatorio preliminare degli schiavi altrui debba aver dato risultato positivo E. NARDI, *Il procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971, p. 440 nt. 333, che fornisce, inoltre, la traduzione dell'ultimo periodo: "non s'affliggerà invece d'essere torturata colei che con veleni ha bruciato le viscere d'un uomo". Per un dibattuto caso di sottoposizione a tortura di una *ancilla* si veda D. 48.18.20 (*infra*, § 6). Non paiono invece sussistere remore nell'ambito delle spietate indagini sui cristiani, in riferimento alle quali Plinio scrive a Traiano di avere sottoposto a *quaestio per tormenta* due schiave per accertare "*quid esset veri*": "*Quo magis necessarium credidi ex duabus ancillae, quae ministrae dicebantur, quid esset veri, et per tormenta quaerere*" (Ep. 10.96.8). Sul passo, e sul famoso rescritto di Traiano in tema di persecuzione dei cristiani, si veda T. MAYER-MALY, *Der rechtsgeschichtliche Gehalt der "Christenbriefe" von Plinius und Trajan*, in *SDHI*, 22, 1956, p. 318; A.N. SHERWIN-WHITE, *Roman Society and Roman Law in the New Testament*, in *The Sarum Lectures 1960-1961*, Oxford, 1963, p. 17 ss. Mi sia consentito il rinvio anche a BELLODI ANSALONI, *Riflessioni sulla condotta processuale di Gesù*, cit., p. 481 ss.

⁶³ In tema cfr. CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., *passim*.

dei liberi ancora non condannati in una logica repressiva che prevarica i diritti individuali⁶⁴.

4. Generalizzazione del principio adrianeo

Se anche l'attenzione originaria di Adriano era rivolta alla tortura dei servi, questo limite pare ben presto destinato ad essere esteso. La regola della 'sussidiarietà della tortura', enunciata nel rescritto in D. 48.18.1.1 e da esso limitata alle sole *quaestiones servorum* ("ad tormenta servorum ita demum veniri oportet"), in prosieguo di tempo assume una portata più ampia e generale. È quanto emerge da alcuni passi, quasi tutti basati espressamente su disposizioni imperiali.

Una prima attestazione in tal senso risulta nello stesso frammento tratto dal libro VIII *de officio proconsulis* di Ulpiano. Il giurista, dopo aver riferito che la regola adrianea era stata occasionata da una *quaestio servorum*, subito evidenzia come in realtà l'ambito di operatività fosse stato oggetto di una prima estensione ad opera dei *divi fratres*:

D. 48.18.1.4 (Ulp. 8 *de off. proc.*): *Idem Cornelio Proculo rescripserunt non utique in servi unius quaestione fidem rei constituendam, sed argumentis causam examinandam.*

Un processo, atto a portare ad un'attendibile ricostruzione dei fatti, non si deve basare sulla tortura di un solo schiavo ma

⁶⁴ In tal senso cfr. PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression of Crime*, cit., p. 249, che così commenta il testo: "A school-book case of a stepmother who poisoned her husband's son from earlier marriage and indicated her daughter as a partner in crime under torture appears in *declamationes* of both Quintilian and Seneca, as well as of Calpurnius Flaccus of unknown date: Quint. *decl. min.* 381pr.; Sen., *contr.* 9.6; Calp. Flacc. *decl.* 12.1-6. But keeping to the earlier standards, Seneca and Calpurnius Flaccus state explicitly that the venefica was tortured as *damnata*, in Quintilian she was at least *confessa* before torture". Si nota che la decisione imperiale precede, in qualche modo, quella che sarà l'evoluzione postclassica dell'interpretazione del *senatus consultum Silanianum* e che perverrà, soprattutto nelle *Pauli Sententiae*, ad imporre *quaestio* e *supplicium* a tutti i casi di assassinio del *dominus*, inclusi quelli non violenti come, appunto, il veneficio: vd. DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 84 ss., p. 136 ss.

deve essere istruito per mezzo di prove (“*sed argumentis causam examinandam*”) ⁶⁵.

Sotto l’aspetto sostanziale, la disposizione di Marco Aurelio e Lucio Vero si presenta come un’ulteriore puntualizzazione della regola adrianea restituita in D. 48.18.1.1 che richiede, come si è visto, la preesistenza di fondati sospetti e la confessione di più servi. Segnatamente, i *divi fratres*, esprimendo la necessità che la *cognitio* del magistrato si basi su elementi di prova formati in sede eterogenea e cronologicamente antecedente rispetto ai *tormenta*, precisano l’insufficienza probatoria della “*quaestio servi unius*” ⁶⁶.

La linea di tendenza scelta pochi decenni prima viene dunque confermata dalla politica legislativa dei *divi fratres* che rifiutano l’idea (se non la prassi) di fondare la sentenza di condanna sulla sola base delle attestazioni rese sotto tortura, ancor più se tali dichiarazioni rimangono un fatto isolato proveniente da un unico schiavo.

Questa scelta troverà amplificazione nelle *Pauli Sententiae* ove i termini del discorso imperiale saranno valorizzati e generalizzati, per poi trovare accoglimento e consacrazione ufficiale nei *Digesta* di Giustiniano all’interno del titolo *de quaestionibus* ⁶⁷:

D. 48.18.18.2 (Paul. 5 sent.): *In ea causa, in qua nullis reus argumentis urgebatur, tormenta non facile adhibenda sunt, sed instandum accusatori, ut id quod intendat comprobet atque vincat.*

⁶⁵ L’espressione *fides rei* richiama tutta la complessa problematica della *fides quaestionum* già anticipata da Ulpiano nel *principium* del frammento (come terzo criterio) e che verrà poi affrontata nei §§ 23-27 *h.t.* Per maggiori considerazioni si rinvia al capitolo III.

⁶⁶ Sulla questione relativa alla discussa classicità della regola ‘*unus testis nullus testis*’ vedi *infra*. Qui si nota soltanto che CUJACIUS, *Opera*, cit., vol. IX, col. 190, trattando dei *probationum genera* sostiene che “*unus testis nihil probat*”, in ciò richiamandosi al pensiero di Q. Scevola (riportato da Val. Max. 4.1.11) che diceva “*pessimi esse exempli unius testimonio credi*” nonché al *de quaestionibus* del Digesto: “*unius testimonio credendum non esse, et ob unius testimonium non esse habendam quaestionem, ne de servis quidem alienis*”. Sul passo vd. ora C. MASI DORIA, “*Exemplum pessimum*”: Quinto Mucio e il “*testimonium*” in Val. Max. 4.1.11, in *Index*, 38, 2010, p. 70 ss.

⁶⁷ = Paul. Sent. 5.14.4.

Non si deve ricorrere alla tortura con leggerezza, nemmeno – anzi, soprattutto – nelle cause in cui l'imputato non sia incalzato da nessuna prova. In simili casi, si dovrà insistere sull'accusatore perché compri in modo convincente ciò a cui mira.

Il testo è costruito in maniera da incidere sulla sfera psicologica del giudicante, il cui ruolo, vincolato ad uno schema decisionale che non può omettere il sindacato sulla completezza del corredo probatorio a lui offerto, soprattutto quando lo stesso si basi su prove acquisite con metodo violento, gli impone una gestione ferma e dinamica del processo.

Trova qui espressione anche la necessità di una dialettica virtuosa tra accusatore e giudicante: il giudice viene invitato ad opporsi alle pressioni degli accusatori, opponendo una ferma resistenza alle disinibite richieste di tortura (*"tormenta non facile adhibenda sunt"*) in tutti i casi in cui la presenza di *argumenta* a carico del reo appaia lacunosa (*"nullis reus argumentis urguebatur"*) e pretendendo anzi dall'accusatore la ricerca di altri mezzi di convincimento o, comunque, una conclusione ragionata sulla base del compendio acquisito⁶⁸.

La mancanza di prove a carico non deve quindi ricadere a danno dell'accusato bensì tradursi in un onere ulteriore per l'accusatore: questo significa che l'assenza di prove non deve indurre a torturare per raggiungere, al meglio, una prova destinata a rimanere isolata bensì comporta, al contrario, la necessità che l'accusatore si ingegni nella ricerca di altri mezzi di prova a sostegno della propria tesi (*"comprobet atque convincat"*).

Va rilevato che la formula avverbiale *"non facile"*⁶⁹ si presta ad un'interpretazione bivalente: da un lato, infatti, può sembrare alludere a casi di eccezionale inoperatività della disposizione augustea che vieta l'inizio delle indagini *ex abrupto* dalla *quaestio*. Dall'altro, e questa lettura è a mio parere preferibile, potrebbe essere significativa di una resistenza all'applicazione della regola da parte dell'ordi-

⁶⁸ Significativo il verbo *comprobare*, che sottolinea la necessità del raggiungimento di un convincente risultato investigativo. Utile il collegamento con il richiamo di Arcadio Carisio alla *moderata ratio* del giudicante che si legge in D. 48.18.10.3, su cui *infra*, § 5.

⁶⁹ Il monito contro il facile ricorso alle torture si ritrova anche in tema di *causae pecuniariae*: D. 48.18.9pr., su cui vd. cap. III, § 6.

naria prassi investigativa, propensa a definire le indagini in maniera economica e possibilmente rapida, esigenze che il ricorso all'estorsione violenta di dichiarazioni è in grado di soddisfare facilmente.

La gestione realistica della fattispecie induce l'autore del brano a non esprimersi in termini che postulano una preclusione assoluta della tortura ma mediante indicazioni di metodo di carattere generale, atte a lasciare aperta una via d'uscita per quei casi, probabilmente nemmeno eccezionali, in cui le necessità investigativo-probatorie abbiano il sopravvento su quelle garantiste dell'interrogato.

Nonostante questo, l'importanza del principio esposto non va sottovalutata. Esso persegue, forse in qualche misura riuscendovi, il difficile bilanciamento tra le esigenze di persecuzione dei crimini e le esigenze di rispetto della persona dell'accusato, quando si tratti – ovviamente – di persona libera⁷⁰. Questo senza troppo alleggerire l'*onus probandi*, ma rimarcando la necessità che l'accusatore sia tenuto al massimo sforzo dimostrativo.

La sostanza del frammento si rivela quindi consonante al rescritto adrianeo trådito da Ulpiano nell'ottavo libro del *de officio proconsulis* (e riportato dai giustinianeî in D. 48.18.1.1), che consente i *tormenta* soltanto come ultimo atto della catena investigativa, una volta che il reo sia già pressato da altre prove. Entrambi i testi descrivono infatti un contesto processuale in cui la tortura può essere disposta non a causa della totale assenza di materiale probatorio bensì, al contrario, in quanto altri gravi e fondati sospetti premono sull'imputato.

Per quanto il passo in D. 48.18.18.2 non si rapporti espressamente ad alcuna fonte per la paternità della regola esposta, la sostanziale convergenza del contenuto dispositivo induce a pensare che il referente legislativo sia il medesimo rescritto cui attingeva espressamente Ulpiano. Sotto questo profilo, pare conferente anche l'aspetto lessicale. L'uso del verbo *urguere* ("*nullis... argumentis urguebatur*") è speculare al verbo *admovere* che compare nei *verba rescripti* riferiti da Ulpiano in D. 48.18.1.1 ("*cum... admovetur*"): entrambe le formulazioni sono significative della presussistenza di elementi probatori fortemente indicativi di colpevolezza, sia pur non schiacciati. Le

⁷⁰ In tal senso, almeno credo, pare da intendersi il passo.

parole adrianeae descrivono il reo come sospinto da *argumenta* evidenti che muovono verso il riconoscimento definitivo della sua colpevolezza, laddove il verbo *urguebatur* raffigura l'incedere di prove incalzanti⁷¹. Esplicita consapevolezza del valore imperfetto della prova confessoria estorta sotto tortura al presunto reo si legge anche nel richiamo di Settimio Severo⁷² alla *religio cognoscentis*:

D. 48.18.1.17 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Divus Severus rescripsit confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.*

Le parole dell'imperatore suonano non solo come monito etico-morale ma, ancor più ampiamente, come una riserva che, forse già nell'opera ulpiana ma certamente nel Digesto, assumerà valore generale in merito al valore dell'autoincriminazione ottenuta mediante tortura⁷³: le confessioni degli accusati non vanno ritenute aver risolto i delitti, se nessuna prova munisce la coscienza del giudicante⁷⁴.

Sotto il profilo sostanziale, la pronuncia severiana si inquadra nel problematico contesto attinente alla possibilità di assoggettare ai

⁷¹ In un altro brano, D. 48.18.18.1, viene descritto il senso dell'oppressione derivante dall'incalzare e dalla gravità delle prove: *Reus evidentioribus argumentis obpressus repeti in quaestionem potest, maxime si in tormenta animum corpusque duraverit.* Sul passo vd. *infra*, § 7.

⁷² GUALANDI, *Legislazione imperiale*, I, cit., p. 177.

⁷³ Che si tratti di accuse estorte mediante tortura si ricava dal contesto in cui il brano è ubicato, all'interno cioè della trattazione *de quaestionibus*.

⁷⁴ Sulla *confessio*, P. FIORELLI, s.v. "Confessione" (*dir. rom. e interm.*), in *ED.* 8, 1961, p. 864 ss., riflette che "Nessuna questione può sorgere su un'efficacia esecutiva della confessione nel processo criminale, dove non sono in gioco diritti disponibili. Sorge soltanto la questione del suo valore come prova [...] In età classica, la diffidenza manifestata da diversi retori, come lo Pseudo-Quintiliano (*Decl. Min.* 314: "*Nemo contra se dicit, nisi aliquo cogente*") e Calpurnio Flacco (*Decl.* 42: "*Confessio voluntaria suspecta est*"), ha un preciso riscontro in un [...] rescritto di Settimio Severo [...] la confessione pura e semplice non era considerata di per sé prova sufficiente alla condanna. Non a caso, in un frammento di Venuleio Saturnino si ricorda che "*si confessus fuerit reus, donec de eo pronuntietur, in vincula publica coiciendus est*" (D. 48.3.5); e questa prudente procedura è confermata da testi anche non giuridici". Cfr. PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 395 ss. La disciplina sul ricorso ai tormenti e sugli effetti della confessione estorta, accennate frammentariamente nei testi romani, si troveranno poi ricondotte a sistema dagli interpreti: FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, II, cit., spec. p. 66 ss., p. 103 ss.

tormenta non solo i *damnati* ma anche i *confessi* prima della condanna per ottenere i nomi dei complici⁷⁵.

Il rescritto nega valore probatorio decisivo alle *confessiones reorum* in difetto di ulteriori riscontri che sostengano l'ipotesi della loro effettiva colpevolezza. In pratica, l'imperatore mostra di ritenere non adeguata l'indagine basata sulla sola acquisizione confessoria, che non deve considerarsi sostitutiva degli atti d'indagine ("*exploratio facinoris*").

La sostanza della norma presenta elementi di scansione temporale degli atti istruttori tali da indurre a collocarla nel medesimo orientamento avviato da Adriano e riferito da Ulpiano all'interno del medesimo libro come uno sviluppo del medesimo.

Il punto d'osservazione del rescritto severiano appare rovesciato rispetto all'impostazione adrianea: se in quest'ultima, infatti, l'*oportere* ha impiego in positivo a segnalare il momento a partire dal quale è legittima l'esecuzione dei *tormenta* ("*cum suspectus est reus et aliis argumentis ita probationi admovetur*"), nel disposto di Settimio Severo l'attenzione del *non oportere* è a rimarcare, appunto in negativo, l'inopportunità (con conseguente inutilizzabilità) dell'uso esclusivo del mezzo ("*si nulla probatio... instruat*")⁷⁶.

L'angolo di visuale è dunque, come già nel passo in D. 48.18.18.2, quello del giudicante, fermamente richiamato a un deontologico 'esame di coscienza'.

Al riguardo, non pare privo di importanza nemmeno il dato semantico insito nel verbo "*(non) oportere*", soprattutto qualora lo si ponga in relazione ai *verba rescripti Hadriani* (D. 48.18.1.1), ove parimenti ricorre il verbo *oportere* per esprimere la non opportunità di procedere *ad tormenta servorum* in mancanza di un quadro probatorio già evoluto.

L'impiego del verbo *oportere* in questi luoghi pare inoltre lasciar trasparire la consapevolezza che la valutazione in merito alla gravità e all'idoneità della pregressa attività istruttoria è affidata alla discre-

⁷⁵ In tal senso anche PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression of Crime*, cit., p. 235 ss., che sostiene che il divieto di tortura prima della condanna era ancora vigente sotto la dinastia dei Severi. Sui dubbi sollevati da due disposizioni di Marco Aurelio, riportate in D. 48.22.6.2 e C. 9.41.11, vd. *ib.*, p. 236 ss.

⁷⁶ In tema vd. *infra*.

zionalità del giudice⁷⁷. Sicuramente, però, esso colloca la materia in un ambito nel quale le regole sono assistite da un ridotto grado di cogenza, lasciando ampio spazio al concreto dipanarsi della vicenda processuale ed alla libera valutazione delle forme e dei contenuti di essa da parte del giudice procedente. Le finalità di Adriano prima e di Settimio Severo poi appaiono dirette a delineare una metodologia dell'istruzione, attraverso l'indicazione di criteri orientativi, quasi deontologici, assistiti da vincolatività di grado minore.

Lo strumento *per quaestionem*, con la conseguente confessione⁷⁸, viene dunque esplicitamente investito dell'ultimo posto, in ordine temporale, nella graduatoria degli atti d'indagine *in criminibus eruendis*⁷⁹.

Un'ulteriore consonanza si ravvisa tra l'espressione ulpiana "*nulla probatio*" (D. 48.18.1.17), che si specchia in quella corrispondente di D. 48.18.18.2 "*nullis argumentis*": la corrispondenza non è solo lessicale ma anche di contenuto, posto che il risultato precettivo converge nel collocare la tortura nel momento conclusivo delle indagini.

Appare inoltre significativo il richiamo imperiale alla "*religio cognoscentis*"⁸⁰, a sottolineare l'attenzione verso la fase decisionale:

⁷⁷ In adesione, del resto, al più generale criterio che ormai affidava pienamente lo svolgimento del processo alla discrezionalità degli organi giudicanti. In tal senso vd. per tutti SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 246 ss.

⁷⁸ L'imperatore doveva del resto avere ben presente il dato concreto e statistico per cui l'escussione *sub tormentis*, come già si è avuto occasione di rilevare, assai di rado non portava alla confessione del torturato. Sul punto, le riflessioni delle fonti retoriche e giuridiche si rivelano sostanzialmente concordi: si vedano le considerazioni in tema di *fides quaestionum* nel capitolo successivo.

⁷⁹ Sempre mantenendo viva l'eccezione dei *crimina atrociora e graviora* esplicitata da Augusto (D. 48.18.1pr.).

⁸⁰ Il termine "*religio*" rileva qui nella sua accezione di 'scrupolo', 'coscienza', impiegato con grande frequenza in contesti giudiziari con riferimento al compito di giudici e testimoni. Ad esempio cfr. Cic., *Verr.* 1.15: "*nulla in iudiciis severitas, nulla religio, nulla denique iam existimantur esse iudicia*"; Cic., *Verr.* 2.3.74: "*tanta religio in testimonio*"; Cic., *Verr.* 3.146: "*vestram in hac re fidem, dignitatem, religionem in iudicando non imploro*"; Cic., *Cat.* 3.15: "*patefactis indiciis, confessionibus suis, iudicio senatus*"; Cic., *Brut.* 293: "*vide ne religio nobis tam adhibenda sit quam si testimonium diceremus*"; Cic., *de off.* 3.10: "*religio et fides anteponatur amicitiae*"; Plin., *Paneg.* 77.3: "*Reliqua pars diei tribunali dabatur. Ibi vero quanta religio aequitatis, quanta legum reverentia*"; Val. Max., 4.1.11: "*unius testimonio aliquem cadere pessimi esset exempli. et religioni igitur suae debitam fidem et com-*

l'intima formazione del convincimento del giudice deve essere supportata dal sostegno esteriore e tangibile rappresentato da prove diverse dalla confessione dell'accusato estorta sotto tortura.

Sotto questo profilo, il riferimento alla coscienza del giudice è accostabile all'espressione "*non facile adhibenda*" presente nel passo in D. 48.18.18.2. Entrambe le espressioni sono infatti indicative dell'attenzione alla funzione del giudicante, la cui discrezionalità gioca un ruolo fondamentale. Pertanto, la sottoposizione ai *tormenta* potrà essere deliberata solamente in seguito a un vaglio scrupoloso che ha come parametro di riferimento concreto la sussistenza di *alia argumenta* che determinino un convergere di gravi sospetti verso il reo⁸¹.

Pare inoltre interessante precisare che nell'opera ulpiana, così come nella sistematica dei *Digesta*, il ricordo della norma citata in D. 48.18.1.17 è preceduto dalla citazione di un altro rescritto severiano⁸²:

D. 48.18.1.16 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Item Severus Spicio Antigono ita rescripsit: "Cum quaestio de servis contra dominos neque haberi debeat neque, si facta sit, dicturi sententiam consilium instruat: multo minus indicia servorum contra dominos admittenda sunt"*.

Come meglio si vedrà in seguito, la compilazione restituisce il rescritto anche nel codice, ove gli assegna anzi un ruolo di rilievo, scegliendolo come esordio del titolo *de quaestionibus*, C. 9.41.1. Da questa sede apprendiamo che la norma è datata 196 d.C. Sui problemi di raccordo sollevati dalle due versioni, almeno apparentemente divergenti, ora non ci soffermiamo⁸³. In questo punto interessa sot-

muni utilitati salubre consilium reddidit"; 9.15.4: "*in illa tamen quaestione neque calumniae petitoris neque violentiae plebis iudicantium religio cessit*"; D. 22.5.13 (Pap. 1 *de adult.*): "*quod legibus omissum est, non omittetur religione iudicantium ad quorum officium pertinet eius quoque testimonii fidem*" (su cui cfr. cap. III, nt. 7). Cfr. M. KOBBERT, s.v. "*religio*", in *PWRE*, Bd I A.1, Stuttgart, 1914, coll. 565 ss., spec. col. 571. Vedi anche *infra*, cap. III, nt. 33.

⁸¹ Si precisa che, peraltro, nel brano in D. 48.18.18.2 non viene impiegato il verbo *oportere*.

⁸² Vd. GUALANDI, *Legislazione imperiale*, I, cit., p. 176.

⁸³ Si rinvia a cap. III, §§ 4 e 6.

tolineare che nella costituzione, posto il generale divieto di *quaestio contra dominos*, Settimio Severo afferma che in ogni caso la dichiarazione accusatoria del servo *in caput domini* non ha valore se non è supportata da altre prove (“*Cum quaestio de servis contra dominos... neque, si facta sit, dicturi sententiam consilium instruat*”). Non solo, dunque, l'imperatore ribadisce l'illegittimità della *quaestio contra dominos* (in applicazione del noto divieto) ma va oltre, precisando che anche qualora il mezzo abbia fornito elementi di accusa questi non sono comunque utilizzabili ai fini della formazione della sentenza.

Anche questa norma, dunque, così come quella letta in D. 48.18.1.17, segue la regola adrianea, già recepita dal rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero (D. 48.18.1.4), per cui le risultanze della tortura non devono essere la causa unica del convincimento del giudice (“*non utique in servi unius quaestione fidem rei constituendam, sed argumentis causam examinandam*”).

Conforme è anche Antonino Pio, come riferisce Callistrato:

D. 48.18.15.1 (Call. 5 *de cogn.*): *De minore quoque quattuordecim annis in caput alterius quaestionem habendam non esse divus Pius Maecilio rescripsit, maxime cum nullis extrinsecus argumentis accusatio impleatur...*

La disposizione, che muove dalla problematica della sottoposizione a *quaestio* del men che quattordicenne, si colloca dall'angolo di visuale dell'accusatore ma la sostanza è speculare a quanto già osservato in rapporto al giudice: è riprovato l'interrogatorio con tortura del fanciullo, soprattutto quando l'accusa non sia corroborata da altri elementi di prova⁸⁴.

Un rescritto di Diocleziano e Massimiano, accolto nel *de quaestionibus* del codice giustiniano, consacra l'orientamento pressoché univoco della legislazione imperiale in relazione alla regola sin qui esposta:

C. 9.41.8 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. ad Sallustianum praesidem. *Milites neque tormentis neque*

⁸⁴ Sulla *quaestio impuberum* vd. cap. III, § 8.

plebeiorum poenis in causis criminum subiungi concedimus, etiamsi non emeritis stipendiis videantur esse dimissi, exceptis scilicet his, qui ignominiose sunt soluti. Quod et in filiis militum et veteranorum servabitur. 1. Oportet autem iudices nec in his criminibus, quae publicorum iudiciorum sunt, in investigatione veritatis a tormentis initium sumere, sed argumentis primum verisimilibus probabilibusque uti. 2. Et si his veluti certis indiciis ducti investigandae veritatis gratia ad tormenta putaverint esse veniendum, tunc id demum facere debebunt, si personarum condicio pateretur. Hac enim ratione etiam universi provinciales nostri fructum ingenitae nobis benevolentiae consequentur. PP. sine die et consule.

Il *principium* disciplina quella che sembra essere l'*occasio legis* e cioè l'esonazione dei militari dai *tormenta* e dalle pene previste per i plebei, con la sola eccezione di coloro che si sono congedati *ignominiose*⁸⁵. A fronte di questa concessione particolare, Diocleziano ini-

⁸⁵ A fronte dell'iniziale riferimento al binomio *tormenta* e *poenae*, la costituzione tratta solo delle prime. Riconosce in questo passo il riferimento alla tradizionale funzione istruttoria dei *tormenta* CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., p. 39 ss., nt. 13. Si riferisce, invece, alla tortura "nella sua duplice funzione di pena e di mezzo istruttorio" (*ib.*, p. 42) un altro rescritto di Diocleziano e Massimiano del 290 d.C., ove si afferma che gli appartenenti alle classi sociali più elevate non devono soggiacere alle pene e alle torture riservate ai ceti più umili: C. 9.41.11 Imppp. Diocletianus et Maximianus AA. Boetho. *Divo Marco placuit eminentissimorum quidem necnon etiam perfectissimorum virorum usque ad pronepotes liberos plebeiorum poenis vel quaestionibus non subici, si tamen propioris gradus liberos, per quos id privilegium ad ulteriorem gradum transgreditur, nulla violati pudoris macula adspersit. 1. In decurionibus autem et filiis eorum hoc observari vir prudentissimus Domitius Ulpianus in publicarum disputationum libris ad perennem scientiae memoriam refert.* PP. V k. Dec. ipsis IIII et III AA. cons. [a. 290]. Incidentalmente, si nota che la costituzione è l'unica del titolo che richiama nominalmente un imperatore, laddove le altre fonti si limitano a rinviare alle norme preesistenti solo in maniera generica e impersonale. Inoltre, nel § 1 compare anche l'unica citazione nominativa di un giurista, attraverso un richiamo deferente alla figura di Ulpiano ("vir prudentissimus"), e l'indicazione dei *Libri disputationum*. Su quest'opera ulpiana vd. spec. A. LOVATO, *Studi sulle Disputationes di Ulpiano*, Bari 2003. Sulla stessa linea di C. 9.41.11 è il *principium* della costituzione in C. 9.41.16: Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Antonium pp. Galliarum. *Decuriones sive ob alienum sive ob suum debitum exsortes omnino earum volumus esse poenarum, quas fidiculae et tormenta constituunt. quod quidem capitale iudici erit, si in contumeliam ordinis exitiumque temptetur.* D. XV k. Oct. Trevisis Valente V et Valentiniano AA. cons. [a. 376]. L'inclusione dei *tormenta* nei *genera poenarum* trova conferma, già per l'età dei Severi, in un frammento del quarto libro *De*

zia una pericope nella quale riassume i principali risultati raggiunti in tema di tortura.

Il primo paragrafo del rescritto è nella sostanza speculare al passo ulpiano scelto come *incipit* del titolo *de quaestionibus* del Digesto (D. 48.18.1pr.-1), basato sui principi individuati da Augusto e da Adriano. L'imperatore afferma, infatti, ricollegandosi al fondamento costituito dalla ricerca della verità, che non è opportuno “*a tormentis initium sumere*”, in ciò richiamandosi con tutta evidenza all'editto augusteo che stabiliva “*non esse a tormentis incipiendum*”⁸⁶.

In immediata successione, emerge il principio della necessità di un castello probatorio altamente probabile, rispettando così l'impostazione adrianea volta a sancire la sussidiarietà della tortura.

Per quanto attiene all'aspetto formale, va notato il ricorrere nell'*incipit* del verbo *oportere*, già visto tra i *verba* del rescritto di Adriano in D. 48.18.1.1 e poi ripreso dalla norma severiana riferita in D. 48.18.1.17⁸⁷. Anche qui, il dato pare significativo di come l'atteggiamento imperiale si ponga in un'ottica metodologica, sorretta da finalità tese a disegnare una deontologia dell'istruttoria di carattere orientativo, ma assistite da una cogenza, se vogliamo, minore.

Merita di essere sottolineata, inoltre, la lucida esposizione in forma chiasmica dei concetti chiave (“*veritas – tormenta – argumenta – verisimilis/probabilis*”) e del rapporto intercorrente tra il fine dell'attività giurisdizionale, che resta la ricerca della verità, e il procedimento istruttorio-probatorio, che consente di perseguirlo attraverso approssimazioni logiche progressive che prendono piede dal verosimile e dal probabile. Il rapporto tra *verisimile* e *veritas* qui emerge in maniera più lineare di quanto non si sia visto altrove. Nel pensiero dioleziano, la tortura è strumento che, in presenza di una ricostruzione

poenis di Modestino, inserito dai compilatori nel titolo *De re militari* dei *Digesta*: D. 49.16.3.1 (Mod. 4 *de poen.*): *Poenae militum huiuscemodi sunt: castigatio, pecuniaria multa, munerum indictio, militiae mutatio, gradus deiectio, ignominiosa missio. nam in metallum aut in opus metalli non dabuntur nec torquentur*. Sulle pene militari nell'opera di Modestino vedi spec. V. GIUFFRÉ, *Il “diritto militare” dei romani*, Bologna, 1980, p. 65 ss.

⁸⁶ D. 48.18.1pr. (cap. II, § 2).

⁸⁷ Vedi anche quanto osservato *infra*, nt. 108, circa il ricorrere del verbo *oportere*.

dei fatti ottenuta mediante prove argomentate e logiche consente di completare l'indagine e di trasformare il verosimile in 'verità'.

Il paragrafo 2 pone due condizioni consecutive: la prima è che ai *tormenta* si giunga sulla base della valutazione di argomenti già dotati di verosimiglianza, equiparati a *certa indicia*⁸⁸; la seconda pone la delimitazione soggettiva "*si personarum condicio pateretur*". Non pare trascurabile, inoltre, la riaffermazione del meccanismo, già posto da Adriano, che ricollegava la non autosufficienza probatoria delle dichiarazioni estorte *in tormentis* all'imposizione di un ordine cronologico nell'esperimento delle indagini, laddove, ripetendo, si antepone la sussistenza di altri elementi probatori all'esperimento della *quaestio*. Infatti, precisa il secondo paragrafo, la tortura potrà essere eseguita soltanto qualora, "*certis indiciis ducti*", appaia necessaria "*investigandae veritatis gratia*".

La previsione che la tortura sia preceduta da una situazione rapportabile ad indizi certi appare un passo ulteriore rispetto all'elaborazione imperiale e giurisprudenziale precedente, che aveva espresso il concetto in termini meno netti. Adriano, infatti, come riferito da Ulpiano, aveva rescritto che "*ad tormenta servorum ita demum veniri oportet, cum suspectus est reus et aliis argumentis ita probationi ad-movetur, ut sola confessio servorum deesse videatur*" (D. 48.18.1.1). Il riferimento diocleziano ai *certa indicia* precisa, se non addirittura innalza, lo *standard* probatorio richiesto per l'espletamento della *quaestio*, da un lato limitando la discrezionalità del giudice e le possibilità di arbitrio, dall'altro collocando il ricorso ai *tormenta* in uno spazio residuale e quasi superfluo, comprimendo la percentuale di sussidiarietà e quasi trasformandola in mera accessoria. La precisazione imperiale, peraltro, non va probabilmente disgiunta dalla stretta connessione tra le due consecutive citate. Pare, cioè, plausibile pensare che la delimitazione qui prevista di *certa indicia* sia almeno in parte motivata dal collegamento con la problematica della tortura degli esponenti di determinate categorie sociali. Nell'ottica dell'inter-

⁸⁸ Nella *lex* diocleziana il termine *indicium* sembrerebbe in parte affrancato dal tradizionale significato di denuncia e di chiamata in correità, per assumere una connotazione maggiormente simile a quella che finirà per acquisire di 'sospetto', 'indizio'. Il concetto di *indicium* verrà più approfonditamente esposto *infra*, nt. 151.

vento, dunque, l'approdo garantista finisce per fungere da contrappeso teorico alla specificità dell'esenzione prevista.

Attorno a questi contenuti, concentrati nei paragrafi 1 e 2, ruota quello che appare come il prioritario interesse imperiale, esposto nel *principium* in forma circoscritta ai *milites* e in chiusura del § 2 in veste più ampia, teso a salvaguardare determinate categorie di persone: “*ad tormenta putaverint esse veniendum... , si personarum condicio pateretur*”. Esplicita è la natura di concessione imperiale del beneficio, come si legge nella chiusa della legge: “*Hac enim ratione etiam universi provinciales nostri fructum ingenitae nobis benevolentiae consequentur*”.

Il tenore del discorso diocleziano appare diversamente orientato rispetto agli altri testi imperiali sopra ricordati, come se la disposizione venisse presentata in funzione di una sua delimitazione. Il punto d'arrivo dell'attenzione del legislatore, pur prendendo le mosse da una dichiarazione di apparente portata generale, sembra soprattutto appuntarsi sulla finale affermazione di garanzia verso la *personarum condicio*, posizione indiscussa di esonero dai *tortura* anche in deroga alle disposizioni appena dettate. La chiusa della costituzione subordina, infatti, l'uso della tortura alla prudente valutazione della *condicio personarum*, con ogni evidenza affidata alla figura del giudice, *dominus* del procedimento istruttorio, ma sulla base di una chiara opzione legislativa tesa a salvaguardare determinate categorie di soggetti⁸⁹.

Le esigenze della *veritatis investigatio*, dunque, si devono arrendere nel momento del conflitto con quei soggetti la cui posizione li preserva dalla sottoposizione allo strumento. Sullo sfondo, rimane la ricerca della verità, la cui importanza appare velarsi, nell'intenzione del legislatore, a fronte del superiore interesse della *personarum condicio*⁹⁰.

Con tutta probabilità, non è casuale la dichiarazione per cui la tortura viene eseguita “*investigandae veritatis gratia*” ma appare significativa di una propaganda che vuole far apparire l'imperatore come portatore di una politica criminale illuminata. Simile imposta-

⁸⁹ In tal senso emblematica è la diocleziana C. 9.41.8, richiamata poco sopra nel testo.

⁹⁰ Come si è già osservato, su questa linea pare in effetti attestarsi la maggior parte delle costituzioni tra la fine del III e il V secolo d.C.

zione appare ulteriormente rivelatrice di una realtà in cui la tortura non era più rigorosamente limitata ai servi e non veniva più eseguita in via di “illegale eccezione”, bensì era ormai divenuta un ordinario mezzo istruttorio applicato anche agli uomini liberi in nome della ricerca della verità⁹¹.

Le osservazioni sin qui svolte in merito ai principi introdotti dalla normativa imperiale (soprattutto di Augusto e Adriano) permettono di fissare alcuni punti basilari della disciplina.

La regola augustea in forza della quale la *quaestio* non può porsi come primo atto di indagine impone un meccanismo che trova adempimento attraverso il formale rispetto di un ordine logico o cronologico nell’assunzione delle prove.

Adriano, emanando il rescritto di cui è memoria in D. 48.18.1.1, supera l’aspetto meramente procedimentale e traduce la regola in un principio qualitativo che richiede, quale condizione per l’esperimento della tortura, un giudizio ponderato (ancorché allo stato degli atti e, quindi, provvisorio) circa il peso degli elementi già acquisiti, la cui consistenza si dovrà configurare quantomeno verosimile. La confessione dei servi viene prospettata come ultimo e necessario anello mancante della catena probatoria idonea ad acquisire la piena dimostrazione dei fatti. La tortura più che un mezzo di ‘ricerca’ della prova pare sentita, in questi testi, più come un mezzo di ‘conferma’ della prova stessa; più che come funzionale allo svelamento della verità, è concepita come confermativa di una verità che già si è intuita.

Il pensiero adrianeo si pone dunque in termini giuridicamente più avanzati rispetto ad Augusto, di cui completa il percorso metodologico. Sotto questo profilo, l’attenzione di Adriano all’aspetto probatorio appare senz’altro pregevole: l’imperatore afferma infatti un importante principio processuale, dal quale traspare una logica di garantismo che opera direttamente sul momento logico-valutativo piuttosto che su quello procedimentale.

Simili considerazioni consentono un’ulteriore riflessione, basata sul concomitante apporto di una pluralità di dati.

⁹¹ Espressioni analoghe compaiono anche in C. 9.41.10 del 290 (“*ad illuminandam veritatem*”) e in C. 9.41.12 dell’anno successivo (“*veritas illuminari*”). Il fraseggio è anche in un brano tratto dal *liber singularis de testibus* di Arcadio Carisio (D. 48.18.10.5).

Si è detto che la tortura dei servi è ammessa nella fase conclusiva dell'*iter* investigativo, qualora appaia necessaria per ottenere la conferma di quanto ormai fondatamente si sospetta: in tal senso indicativa è la legislazione adrianea che, guardando non più solo al momento investigativo ma anche a quello decisorio, pone la regola per cui i *tormenta* possono essere eseguiti solo a suggello delle investigazioni. Da questo si può ulteriormente ricavare che, in questa logica, non si può condannare in base ai risultati derivanti dalla sola *quaestio*.

Nei passi letti, inoltre, il dato normativo ruota intorno a dichiarazioni rese sotto tortura da schiavi i quali, come noto, non sono soggetti idonei a rendere vera testimonianza, tant'è vero che le loro attestazioni devono necessariamente essere rese sotto tortura e soltanto quando appaiano come la conferma finale e definitiva da apporre ad un'indagine della quale ormai già si scorge la conclusione. Se è vero che nessuno può essere condannato in base alle risultanze della sola *quaestio*, e se è vero che le dichiarazioni servili rilevano soltanto a conclusione di una catena probatorio-investigativa già conclusa, pare possibile dedurne che le dichiarazioni servili non possono assumere valore di prova. Come vedremo nel prosieguo, il valore riconoscibile alle attestazioni in questione assume una fisionomia più precisa nell'ambito degli *indicia*⁹². Anche per questa ragione, dunque, vengono richiesti *alia argumenta* come presupposti dell'esperibilità della tortura e si afferma nettamente l'impossibilità di procedere alla condanna sulla base della sola *quaestio*: tecnicamente, la *quaestio servorum* non forma prove ma soltanto indizi⁹³.

È chiara, dunque, nella riflessione di legislatori e giuristi la consapevolezza dell'intrinseca inadeguatezza del valore probatorio delle attestazioni rese in sede di tortura, non portatrici di un

⁹² In tema vd. meglio *infra*, § 6.

⁹³ A ciò si aggiungono, come vedremo, le cautele in tema di attendibilità (*fides*) della *confessio servorum*, anche ottenuta con la *quaestio*, già preannunciata da Ulpiano nell'*incipit* del titolo D. 48.18 ed oggetto della terza direttiva imperiale in merito alle dichiarazioni acquisite tramite *quaestio* ("*et divus Augustus constituit neque adeo fidem quaestioni adhibendam, sed et epistula divi Hadriani ad Sennium Sabinum continetur*": D. 48.18.1). Vd. capitolo III.

contenuto dimostrativo autosufficiente, ma necessitanti di conferme eterogene⁹⁴.

Il principio della sussidiarietà della *quaestio* trova così ulteriore conferma a fronte del ruolo privilegiato attribuito, almeno in linea di principio, agli altri elementi probatori.

Questa funzione della tortura risulta anche in

D. 48.18.18.3 (Paul. 5 *sent.*): *Testes torquendi non sunt convincendi mendacii aut veritatis gratia, nisi cum facto intervenisse dicuntur.*

I testi non vanno torturati per esser convinti di menzogna o di verità, a meno che si dica che abbiano partecipato al fatto. Il testimone che non solo era presente al fatto oggetto d'indagine ma vi ha persino avuto un ruolo attivo ("*cum facto intervenisse*") non è più considerato un semplice teste bensì la sua qualità si trasforma in quella di complice⁹⁵.

Va rilevato che l'orientamento sin qui delineato traspare anche in materia di *quaestio* dei detenuti. Coloro che sono in carcere, in mancanza di accusatori, non devono infatti essere sottoposti a *quaestio* a meno che non siano gravati da pesanti sospetti⁹⁶:

D. 48.18.22 (Paul. 1 *sent.*): *Qui sine accusatoribus in custodiam recepti sunt, quaestio de his habenda non est, nisi si aliquibus suspicionibus urgueantur.*

Il passo – che chiude il titolo *de quaestionibus* del Digesto – vuole arginare il libero ricorso alla tortura delle persone private del-

⁹⁴ È in questo senso che si discorre di sussidiarietà della tortura.

⁹⁵ Il brano si legge anche in Paul. *Sent.* 5.14.5. POTHIER, *Pandectae*, XX, cit., p. 491, argomenta dal passo che soltanto i testimoni oculari, ossia presenti al fatto, possono essere torturati mentre non devono esserlo gli altri: "On ne doit faire subir la question aux témoins pur savoir s'ils ont menti ou dit la vérité, que quand ils ont dit qu'ils étaient présents quand le délit a été commis". Sulla tortura dei complici, ed in particolare sul passo citato, vd. spec. PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression of Crime*, cit., p. 251; LÉVY, *La torture*, cit., p. 246, nt. 33. Sul passo vd. anche *supra*, cap. I, nt. 25.

⁹⁶ = Paul. *Sent.* 1.12.7. Per considerazioni sistematiche vd. *infra*, nt. 100.

la libertà e si inserisce nell'alveo di una linea di tutela apprestata ai detenuti rispetto a condotte vessatorie pubbliche o private⁹⁷.

Si può ritenere che il criterio di moderazione sia dettato non solo (o non tanto) al fine di tutelare il ricorso alla violenza fisica su persone già limitate nella libertà personale, quanto nella consapevolezza della facilità con cui tali soggetti siano suscettibili di estorsioni, suggestioni, ricatti, corrottele, e quindi di quanto le testimonianze di costoro siano altamente influenzabili⁹⁸. L'inciso relativo alla mancanza di accusatori fa pensare che lo stato di detenzione già disposto riguardasse vicende diverse da quelle per cui si sta procedendo, rispetto alle quali non sussista più, a monte, un interesse specifico di un accusatore, e quindi sia ancora più facile la prospettazione di vantaggi in cambio di una determinata versione eteroaccusatoria. Da qui la puntualizzazione circa la derogabilità del limite nei casi in cui sullo stesso detenuto gravino sospetti⁹⁹. In sostanza, i carcerati non devono essere interrogati sulla responsabilità altrui mentre, ovviamente, possono esserlo sulla propria¹⁰⁰.

⁹⁷ Basti qui il rinvio alle specifiche previsioni della *Lex Iulia de vi privata* (D. 48.6.8) e della *Lex Iulia repetundarum* (D. 48.11.7pr.), anche solo per l'aspetto descrittivo dei possibili abusi sulle persone *in vinculis* e sui possibili risvolti sull'esercizio della giurisdizione.

⁹⁸ Si legga in proposito D. 4.2.22 (Paul. 1 *sent.*): *Qui in carcerem quem detrusit, ut aliquid ei extorqueret, quidquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est.*

⁹⁹ G. BESELER, *Textkritische Studien*, in ZSS, 53, 1933, p. 3, ritiene la frase "*nisi... urgueantur*" interpolata. Più cauto E. VOLTERRA, *Sull'uso delle sententiae di Paolo presso i compilatori del Breviarium e presso i compilatori giustiniane*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*, 1, Pavia, 1934, p. 35 ss., p. 111 (= *Scritti giuridici*, 4, Napoli, 1993, p. 141 ss.).

¹⁰⁰ A sostegno di quanto detto, si rileva che nelle *Pauli Sententiae* il passo in D. 48.18.22 è inserito nel titolo XII, *de iudiciis omnibus* (1.12.7), ed è preceduto da disposizioni incentrate sui temi della genuinità delle allegazioni, orali e scritte, e dell'attendibilità delle testimonianze. L'opera, dopo aver considerato l'applicazione della *lex Cornelia de falsis* a chi dolosamente abbia fatto uso di documenti falsi (Paul. *Sent.* 1.12.1 e 2), pone in sequenza i divieti di interrogare il servo e il liberto *in caput domini patronive* (Paul. *Sent.* 1.12.3: "*In caput domini patronive nec servus nec libertus interrogari potest*"), di tortura e di *damnatio* della donna gravida (Paul. *Sent.* 1.12.4: "*Praegnantes neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt*") e di avvalersi di rescritti imperiali ottenuti con false allegazioni (Paul. *Sent.* 1.12.5). Il frammento che precede quello di cui si tratta concerne proprio la distinzione tra dichiarazioni auto ed eteroaccusatorie: in Paul. *Sent.* 1.12.6 (sul quale vd. anche *infra*, § 7) si vieta infatti la tortura di chi abbia già confessato

La *sententia*, oltre ad esprimere “un orientamento in qualche misura garantistico”¹⁰¹, rappresenta nella sostanza un’applicazione alle persone *in vinculis* della nota regola stabilita da Adriano, in base alla quale si può ricorrere alla tortura soltanto qualora sussistano altri elementi probatori a sostegno della responsabilità, così che sembri mancare soltanto la confessione¹⁰².

A contrario, dal passo si potrebbe altresì ricavare che la carcerazione disposta sulla base di dichiarazioni accusatorie comporti il venir meno della necessità degli altrimenti richiesti sospetti, potendosi in tal caso dar corso alla *quaestio* verso i detenuti anche in mancanza di altri elementi probatori.

Incidentalmente, merita di essere ricordata la tendenziale estensione ai detenuti dei principi fondamentali in tema di *quaestio* applicati in via ordinaria. Ad esempio, secondo Papiniano non si dovrebbe tenere la tortura del servo condannato alle miniere contro chi ne era stato il padrone, a nulla rilevando eventuale ipotesi di correttezza nel delitto¹⁰³:

D. 48.18.17.3 (Pap. 16 *resp.*): *De servo in metallum damnato quaestionem contra eum qui dominus fuit, non esse*

le proprie responsabilità (“*Qui de se confessus est, in alium torqueri non potest, ne alienam salutem in dubium deducat, qui de sua desperavit*”). L’esposizione in *Paul. Sent.* 1.12.7 soddisfa quindi un criterio logico della regola relativa al divieto di tortura delle persone *in custodia* salvo che non siano raggiunti da sospetti. In tema di processo per falso vd. SCHIAVO, *Il falso documentale*, cit., p. 127 (ivi bibliografia); sul fenomeno dell’induzione al falso nei rescritti imperiali, S. SCIORTINO, *Note in tema di falsificazione dei rescritti*, in *AUPA*, 45.2, 1998, p. 445 ss. Vd. anche *infra*.

¹⁰¹ Il primo libro delle *Sententiae* pseudopaoline è un testo prezioso per comprendere un orientamento che in termini moderni potremmo definire in qualche misura ‘garantistico’: così A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari, 1994, p. 51, ove l’A. rileva altresì che la garanzia di un trattamento non vessatorio accompagnava il detenuto anche dopo un’eventuale sentenza sfavorevole. Ulpiano, nel quarto libro *de appellationibus* (D. 49.7.1.3), afferma, infatti, che chi fosse stato condannato alla *deportatio* non avrebbe dovuto subire le catene, o qualsiasi altra ingiuria, se avesse interposto appello contro la sentenza di condanna. Sui deportati vd. anche *infra*, nt. 105.

¹⁰² D. 48.18.1.1. Si noti la stretta corrispondenza, anche terminologica (si sottolinea in special modo l’uso del verbo *urgueo*), tra questo passo e quello già letto in D. 48.18.18.2.

¹⁰³ Sulla complicità tra il servo e il *dominus* si veda *infra*, e specialmente i passi in D. 48.18.1.5, 19 (cap. III, rispettivamente § 4 e § 6).

habendam respondi: nec ad rem pertinere, si ministrum se facinoris fuisse confiteatur.

Il caso cui risponde il giurista è apparentemente lineare ma in realtà in esso si intrecciano varie tematiche che si riallacciano ai principi basilari della materia: il divieto di *quaestio contra dominos*, il *servus index* (con il connesso problema della chiamata in correità del padrone) e, infine, la complicità¹⁰⁴.

Il responso appare netto ed univoco su tutti questi punti che convergono in una regola di ampio respiro: “*de servo... quaestionem contra eum qui dominus fuit, non esse habendam*”. A maggior ragione, se quel servo è già stato *in metallum damnatus* la *fides* delle sue dichiarazioni non può essere tale da avvalorare l'accusa¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Vd. *infra*, cap. III.

¹⁰⁵ Il passo solleva il problema relativo al fatto che, a ben vedere, la *servitus poenae* si qualificava come *servitus fisci* e, a taluni fini, come *servitus sine domino*, come attestato da un rescritto di Antonino Pio (in D. 49.14.12, Call. 6 *de cogn.*) in base al quale il condannato *ad metalla* perdeva cittadinanza, beni e libertà: l'imperatore afferma che il fisco non può acquistare i legati disposti in favore del condannato, perché costui è da considerare *servus poenae*, non *fisci*. Anche l'acquisto *in causa caduca* è impossibile: l'imperatore, infatti, rinuncia preventivamente a rivendicare qualsiasi lascito in favore del condannato *in metallum*. Il condannato è posto in una condizione giuridica particolare: per un verso è, a tutti gli effetti, un *servus fisci*, per altro, rispetto al regime degli acquisti, pare assimilato a un *servus sine domino*. Vd. spec. U. ZILLETI, *In tema di servitus poenae. Note di diritto penale tardo-classico*, in *SDHI*, 34, 1968, p. 41 ss.; M.G. ZOZ, *Sulla capacità a ricevere fedecommissi alimentari*, in *SDHI* 40, 1974, p. 319 ss.; K.P. MÜLLER-EISELT, *Divus Pius constituit: kaiserliches Erbrecht*, Berlin, 1982, p. 221 ss.; MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 344 ss. Diversa dalla condizione del *damnatus ad metalla* è quella del *deportatus*. Il primo, infatti, viene attinto dalla *servitus poenae* e, quindi, si trova nella condizione soggettiva che legittima la tortura, mentre il deportato non perde la libertà. Sul punto rescrive Antonino Pio, ponendo un'altra limitazione all'impiego della tortura nei confronti di colui che *in insulam deportatus est*: D. 48.18.9.2 (Marcian. 2 *de iudic. publ.*): *De eo, qui in insulam deportatus est, quaestio habenda non est, ut divus Pius rescripsit. La ratio della limitazione pare ravvisabile nel fatto che il deportato non assumeva lo stato servile, generale presupposto per l'esperibilità della quaestio*. Il rescritto di Antonino, in questo caso, parrebbe più interpretativo di una questione giuridica che introduttivo di un nuovo caso di divieto. La norma è stata tramandata, secondo una diversa redazione, anche da Paolo nel primo libro *quaestionum*: D. 50.2.14 (Paul. 1 *quaest.*): *De decurione damnato non debere quaestionem haberi divus Pius rescripsit*. Non pare comunque chiaro se il decurione condannato, oltre la tortura giudiziale, che precede l'escussione della testimonianza, evitava pure la *quaestio* che si soleva infliggere al *reus criminis capitalis*: così MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 323 ss. Cfr. an-

Si rileva infine l'evidenza che i giustinianeî hanno inteso attribuire alla direttiva che richiede la sussistenza di ulteriori prove per procedersi a *quaestio*: infatti, il lungo brano d'esordio del *de quaestionibus* del Digesto inizia con la citazione della disposizione augustea per cui "*non esse a tormentis incipiendum*", subito corroborata e precisata dall'*epistula* di Adriano che sanciva l'opportunità che il destinato *ad tormenta* fosse già *suspectus* in base ad *alia argumenta*, ma si conclude anche con il precetto, appena letto in D. 48.18.22, per cui "*Qui sine accusatoribus in custodiam recepti sunt quaestio de his habenda non est, nisi si aliquibus suspicionibus urgeantur*". La peculiarità della fattispecie ivi considerata, si tratta infatti di *quaestio* di detenuti, nulla toglie all'importanza della regola che, posta in esordio di titolo con visuale generale, via via conosce ramificazioni e applicazioni particolari.

5. Quatenus torturare: il modus tormentorum

Il secondo tema posto da Ulpiano in D. 48.18.1pr. riguarda un ulteriore limite al ricorso alla tortura. Una volta adempiuto il criterio del "*quando id faciendum sit*", occorre rispettare le condizioni entro le quali risulta consentito l'uso di *tormenta*:

D. 48.18.1pr. (Ulp. 8 *de off. procons.*): *In criminibus eruendis quaestio adhiberi solet. Sed quando vel quatenus id faciendum sit, videamus.*

Il giurista promette indicazioni relativamente a modalità e limiti da osservare in caso di esperimento della tortura ("*quando vel quatenus*"): il ricorso alla *quaestio* come mezzo investigativo soggiace non soltanto a regole temporali, bensì a limitazioni oggettive e soggettive.

Il problema dei limiti ("*quatenus*") non pare appartenere, almeno stando al tenore del discorso, alla norma augustea di seguito

che GARNSEY, *Social Status*, cit., p. 141 ss.; PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression of Crime*, cit., p. 252 nt. 38. Sulla *damnatio ad metalla* vd. per tutti di recente F. SALERNO, "*Ad metalla*". *Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli, 2003. Cfr. *supra*, cap. II, nt. 101.

enunciata: esso pare piuttosto il frutto di un inserimento del giurista che, nella sua trattazione *de quaestionibus*, ha inteso precisare un altro punto cardine nella disciplina della *quaestio*.

In particolare, il *quatenus* trova la prima e macroscopica espressione in un articolato elenco di situazioni soggettive particolari atte a delimitare, almeno a livello teorico, le possibilità di esecuzione della *quaestio*. Tali limitazioni si rinvengono non solo all'interno del lungo frammento che apre D. 48.18 ma sono distribuite per tutto il titolo *de quaestionibus*, che si dipana in gran parte lungo questa traiettoria. Il passo ulpiano d'esordio anticipa ben presto i due grandi settori lungo i quali si articoleranno i principali divieti in tema di tortura: in D. 48.18.1.3 viene esposto il divieto di escussione di coloro che sono prodotti "*de domo*", ossia che sono legati alle parti da rapporti affettivi o potestativi (i cosiddetti "*domestici testimonii*") subito seguito, dopo una breve parentesi ove significativamente si ricorda il monito a "*non utique in servi unius quaestione fidem rei constituendam, sed argumentis causam examinandam*", dall'avvio della complessa tematica della *quaestio de domino* (in D. 48.18.1.5) che impegnerà l'attenzione del lettore in una casistica assai articolata¹⁰⁶. Al riguardo, si osserva come il divieto di *quaestio de domino*,

¹⁰⁶ Si è scelto di affrontare le tematiche della testimonianza domestica e del divieto di *quaestio contra dominos* nella visuale della *fides tormentorum*: si rinvia pertanto alle relative trattazioni all'interno del capitolo III. In rapporto al più generale tema dei limiti relativi all'ammissibilità della tortura, qui basti osservare che imperatori e giuristi iniziano porsi il problema soprattutto tra il II e il III secolo d.C.: vd. spec. RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 188; FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 21 ss.; PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 357 ss.; VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 121 ss. In tema torna in mente la domanda che Plinio il Giovane rivolge al suo imperatore nell'*incipit* dell'epistola 10.96.1: *Sollemne est mihi, domine, omnia de quibus dubito ad te referre. Quis enim potest melius vel cunctationem meam regere vel ignorantiam instruere? Cognitionibus de Christianis interfui numquam: ideo nescio quid et quatenus aut puniri soleat aut quaeri*. Nel famoso passo, il legato proconsulare della Bitinia (anni 111-113 d.C.), interpella Traiano sulle procedure da seguire nei confronti dei cristiani, esternando più d'uno scrupolo circa tali *cognitiones*, sotto il profilo sostanziale, investigativo, processuale e infine anche sanzionatorio. I dubbi vengono sintetizzati nell'espressione "*nescio quid et quatenus aut puniri soleat aut quaeri*", dove entrambi i punti di questione vanno allacciati tra loro: "*quid quaeri, quid puniri, quatenus quaeri e quatenus puniri*", con un evidente riferimento anche alla commisurazione della *quaestio per tormenta* cui Plinio fa espresso riferimento nel § 8 (sopra riportato, cap. II, nt. 62) a proposito delle due *ancillae* torturate per accertare *quid esset veri*. Sul punto vd. LANATA, *Gli atti dei martiri*, cit., p.

enunciato in immediata successione espositiva al divieto di escutere le persone condotte *de domo*, ne sembri quasi (pur avendo indubbia rilevanza autonoma) l'esemplificazione pratica più importante. In effetti, il legame potestativo che astringe servo e *dominus* è quello che, per evidenti e noti motivi, pare destare maggiori preoccupazioni, oltre a registrare numerosi tentativi di raggio ad opera della prassi.

Il punto di osservazione che qui si privilegia, peraltro, induce a prestare maggior rilievo ad un altro aspetto applicativo del criterio in discorso: oltre a riferirsi a tutte quelle disposizioni che, per ragioni di categoria sociale oppure di vincoli potestativi ed affettivi, impongono di non torturare determinati soggetti, il *quatenus* esprime infatti anche una limitazione in termini di potestà decisionale del giudicante.

In quest'ottica, è significativa una considerazione che Ulpiano svolge in un frammento tratto dal terzo libro *de adulteriis*¹⁰⁷:

D. 48.18.7 (Ulp. 3 *de adult.*): *Quaestionis modum magis est iudices arbitrari oportere: itaque quaestionem habere oportet, ut servus salvus sit vel innocentiae vel supplicio.*

La riflessione ulpiana, che abbraccia il duplice profilo della tortura, strumento investigativo ("*tormenta pro investigatione*") ma anche momento esecutivo della pena ("*tormenta pro poena*"), esprime due coordinate operative informate ambedue ad un principio di opportunità, sottolineato mediante la duplice ripetizione, in poche righe, del verbo *oportere*: è opportuno che siano i giudici a determinare la misura dei tormenti ed è parimenti opportuno che la tortura venga esperita in modo che il servo sia risparmiato, o per l'innocenza o per il supplizio.

Sotto il profilo semantico, non pare casuale l'incalzare del concetto di opportunità espresso dal verbo *oportere*, legato, in entrambi i casi, al *modus* da impiegare nell'esecuzione della *quaestio*.

57 nt. 68, che ritiene che "nell'espressione pliniana... *quid* va unito, chiasmicamente, a *quaeri*, e *quatenus* a *puniri*". Le procedure del legato verranno poi approvate da Traiano, che non osserverà nulla sul punto: "*Actum quem debuisti, mi Secunde, in excutiendis causis eorum...*" (Plin., *Ep.* 10.97.1).

¹⁰⁷ Il contesto concerne, dunque, uno di quei *crimina atrociora* in rapporto ai quali la tortura parrebbe consentita con maggiore libertà (D. 48.18.8pr.).

Il dato, anche in questo contesto, appare infatti significativo della consapevolezza che la direttiva offerta non è norma veramente cogente bensì soltanto un criterio ricavato, in via di interpretazione, dagli orientamenti di politica legislativa sino allora seguiti.

Al riguardo, si nota che già in varie disposizioni si è riscontrato l'impiego del verbo *oportere*¹⁰⁸. Primo tra tutti il già considerato rescritto di Adriano in D. 48.18.1.1, in cui si riconosceva che “*ad tormenta servorum ita demum veniri oportet, cum suspectus est reus et aliis argumentis ita probationi admovetur, ut sola confessio servorum deesse videatur*”. Così anche nella costituzione riferita in D. 48.18.1.17, ove Settimio Severo faceva appello alla *religio cognoscentis* dei giudici perché non attribuissero valore decisivo alle confessioni degli accusati ottenute *sub tormentis* in mancanza di altre prove (“...*confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat*”). Il verbo *oportere* apre poi il rescritto di Diocleziano in C. 9.41.8, laddove l'imperatore richiama le regole affermate dalla legislazione precedente. Il riferimento è, in particolare, a quelli che oramai dovevano essere divenuti capisaldi della materia, almeno a livello normativo, ossia la regola posta da Augusto (“*Oportet autem iudices...*

¹⁰⁸ Anche in altri passi attinenti alla nostra ricerca si rinviene l'idea dell'*oportere*: così, ad esempio, in D. 48.18.15pr. (Call. 5 *de cogn.*): “*Ex libero homine pro testimonio non vacillante quaestionem haberi non oportet*”; D. 22.5.3.2 (Call. 4 *de cogn.*): “...*Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatum non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris*”; D. 48.18.1.27 (Ulp. 8 *de off. procons.*): “...*Quid igitur? Principi eum scribere oportet, si quando ei, qui nocens videbatur, postea ratio innocentiae constitit*”; D. 48.18.18.5 (Paul. 5 *sent.*): “*Servo qui ultro aliquid de domino confitetur, fides non accommodatur: neque enim oportet salutem dominorum servorum arbitrio committi*” (cfr. Paul. Sent. 5.16.4); D. 48.18.18.8 (Paul. 5 *sent.*): “*Sane quotiens quaeritur, an servi in caput domini interrogandi sint, prius de eorum dominio oportet inquiri*” (= Paul. Sent. 5.16.8b); D. 48.18.10.6 (Arc. l.s. *de test.*): “*In causis quoque liberalibus non oportet per eorum tormenta, de quorum statu quaeritur, veritatem requiri*”. Una contrapposizione “*oportere-debere*” simile a quella già rilevata in riferimento a C. 9.41.8 si riscontra anche nella norma severiana in C. 9.41.1, ove si legge che “*Quaestionem de servis contra dominos haberi non oportet... In ceteris autem... iudicaturi sententiam formare non debeant*”. Tuttavia, nella versione della medesima norma offerta nel Digesto viene espunto *oportet*, sostituito da *debeat*: D. 48.18.1.16: “...*Cum quaestio de servis contra dominos neque haberi debeat neque, si facta sit, dicturi sententiam consilium instruat...*”. Su questi testi vd. cap. III, §§ 4 e 6.

in investigatione veritatis a tormentis initium sumere”) e il disposto adrianeo (“*sed argumentis primum verisimilibus probabilibusque uti*”). Tuttavia, quando nel secondo paragrafo si introduce l’eccezione determinata dall’attenzione alla *condicio personarum* non compare più il verbo *oportere* bensì *debere* (“*si... ad tormenta putaverint esse veniendum, tunc id demum facere debebunt, si personarum condicio pateretur*”). Senza voler esasperare esegeticamente il dato, il cambiamento di lemma induce comunque a deduzioni nel segno di quanto sin qui supposto, e quindi significativo della consapevolezza che le regole così espresse rappresentano sostanzialmente una linea di tendenza che informa la disciplina della materia.

Riprendendo il discorso attinente al criterio del *quatenus*, questo si traduce sostanzialmente in un generale richiamo al rispetto di un *modus quaestionis*¹⁰⁹. In particolare, in questo contesto il *modus* deve porsi in riferimento alla gestione delle modalità esecutive dei tormenti e soprattutto, concretamente, al limite massimo cui è legittimo spingere la *vis torquendi*¹¹⁰.

Sotto il profilo della titolarità del potere decisionale in merito alla quantificazione dei tormenti, appare opportuno che il *modus quaestionis* non sia prefissato bensì venga stabilito dal giudice in via discrezionale, a seconda delle circostanze (“*quaestionis modum magis est iudices arbitrari oportere*”)¹¹¹.

¹⁰⁹ Un richiamo al *modus quaestionum* si legge anche in sede di commento all’editto sulle *iniuriae* ai servi, laddove Ulpiano ricorda un responso di Labeone che sosteneva la perseguibilità della *quaestio*, sia pur avvenuta *iussu domini*, qualora si fosse ravvisato un travalicamento del *modus*: D. 47.10.15.42 (Ulp. 77 ad ed.): *Sed et si iussu domini quis quaestionem habeat, modum tamen excesserit, teneri eum debere Labeo ait*. Sul frammento vd. cap. I, §§ 2 e 4.

¹¹⁰ E la violenza è certo uno dei tratti caratterizzanti lo strumento della *quaestio*. Si veda la già citata definizione, anch’essa ulpiana, in D. 47.10.15.41 (“*Cum igitur per vim et tormenta habita quaestio est, tunc quaestio intellegitur*”).

¹¹¹ La base del nucleo dispositivo del passo ulpiano è ravvisabile, con tutta probabilità, nella precedente legislazione imperiale e specialmente adrianea, sia pur non espressamente richiamata (si veda, ad esempio, tra i passi ricordati in precedenza, D. 48.18.1.1, che riporta il *rescriptum Hadriani*, nonché D. 48.18.1.17, ove Ulpiano esprime un forte richiamo alla *religio cognoscentis*, su cui vd. *supra*, cap. II, nt. 80), che, pur riconoscendo il discrezionale apprezzamento in capo al giudice nell’ambito del giudizio di fatto, introduce tuttavia sempre maggiori limitazioni al fine di meglio controllarne l’arbitrio ed oggettivizzare i criteri di valutazione: ZILLETI, *Sul valore probatorio*, cit., p. 139 ss.

Ciò precisato, il tema si trasferisce al momento esecutivo dello strumento. Sotto questo profilo, il giurista severiano esprime una generale dichiarazione d'intenti: qualora si sia decisa l'opportunità di procedere alla *quaestio*, i *tormenta* dovranno essere eseguiti in modo tale che il torturato ne esca vivo, o perché innocente o perché venga destinato al supplizio (“*itaque quaestionem habere oportet, ut servus salvus sit vel innocentiae vel supplicio*”)¹¹².

Al di là del sapore amaro di quello che sembra un vano tentativo di salvaguardare la vita del torturato¹¹³, la lapidaria esposizione

¹¹² Non va dimenticato che la morte dell'accusato durante il processo spiega effetti particolari sul processo, impedendo l'irrogazione della condanna e attivando meccanismi di carattere civilistico. Cfr. D. 48.19.20 (Paul. 18 ad Plaut.), in cui si conia la fortunata espressione di principio per cui “*poena constituitur in emendationem hominum*”. In tema vedi U. BRASIELLO, *Sulla persecuzione degli eredi del colpevole nel campo criminale*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 4, Milano, 1971, p. 325 ss.; E. VOLTERRA, *Processi penali contro i defunti in diritto romano*, in *Mélanges F. De Visscher*, II, Bruxelles, 1949, p. 485 ss. (= *RIDA*, 3, 1949); L. FANIZZA, *Il crimine e la morte del reo*, in *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, 96, 1984, p. 671 ss.; U. LAFFI, *La morte del reo nel procedimento de repetundis*, in *Studi in onore di Albino Garzetti*, Brescia, 1996, p. 231 ss. (= in *Studi di storia romana e di diritto*, Roma, 2001, p. 559 ss).

¹¹³ Si ricordino i passi che affrontano il tema dell'indennizzo al padrone del servo torturato e morto durante il processo, come ad esempio D. 48.5.28(27).15 (Ulp. 3 de adult.): *Si reus vel rea absoluti fuerint, aestimari per iudices lex damnum voluit, sive mortui fuerint, quantae pecuniae ante quaestionem fuerint, sive vivent, quantae pecuniae in his damnum datum fuerit factumve esset*. Nell'ambito della trattazione sulla *lex Iulia de adulteriis*, Ulpiano ricorda che qualora lo schiavo fosse deceduto sotto tortura senza che il giudice fosse riuscito a stabilirne la colpevolezza, l'accusatore era tenuto ad indennizzare il proprietario nella misura del valore che aveva prima della sottoposizione a *quaestio* oppure, se sopravvissuto, in proporzione al danno con la tortura subito. La disposizione era, probabilmente, volta a dissuadere gli accusatori dal proporre accuse prive di fondamento. In tal senso si esprime anche Papiniano in D. 48.18.6pr. (Pap. 2 de adult.): *Patre vel marito de adulterio agente et postulantibus de servis rei ut quaestio habeatur, si vere causa perorata testibus prolatis absolutio secuta fuerit, mancipiorum, quae mortua sunt, aestimatio habetur: secuta vero damnatione quae supersunt publicantur*. La fattispecie poneva peraltro un ulteriore problema, oltre a quello del risarcimento del danno arrecato con la tortura, relativo alla possibilità di procedere anche per calunnia in caso di assoluzione del servo: D. 3.6.9 (Pap. 2 de adult.): *De servo qui accusatur, si postuletur, quaestio habetur: quo absoluto in duplum pretium accusator domino damnatur: sed et citra pretii aestimationem quaeritur de calumnia eius. Separatum est etenim calumniae crimen a damno quod in servo propter quaestionem domino datum est*. Qualora il servo ingiustamente accusato e torturato venga poi assolto, l'accusatore, che ne aveva richiesto la *quaestio*, sostiene Papiniano, è tenuto a versare al padrone il doppio del prezzo per risarcirlo del danno patrimo-

lascia trasparire non tanto spirito di giustizia o sentimenti umanitari quanto, piuttosto, un freddo calcolo di natura politico-processuale. Deve essere il magistrato, investito dall'imperatore del potere giurisdizionale, a decretare la vita o la morte (“*vel innocentiae vel supplicio*”) e non il boia. Spetta al giudice risparmiare gli innocenti oppure garantire l'effetto retributivo ed esemplare della pena finale¹¹⁴.

La considerazione, dunque, se da un lato fornisce occasione per stabilire un calmiera alla crudeltà smodata cui, evidentemente, il *tor-tor* trascendeva, dall'altro, soprattutto, risponde alla necessità di riaffermare recisamente, almeno a livello concettuale, la potestà della decisione ultima nelle mani del giudice penale¹¹⁵.

niale che, violandone il fisico, ne è conseguito. Oltre a questa stima, il giurista pare optare anche a favore dell'azione per calunnia in quanto, riflette, “il crimine di calunnia è distinto dal danno arrecato allo schiavo a causa di tortura”. Vd. MOMMSEN, *Le droit pénal*, II, cit., p. 90 ss.; FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 35 ss.; ROBINSON, *Slaves*, cit., p. 239; MORABITO, *Les réalités de l'esclavage*, cit., p. 235; FASANO, *La torture judiciaire*, cit., p. 101, p. 121. Sul *crimen calumniae* sono assai numerosi i contributi: in questa sede rinvio per tutti, anche per i riferimenti bibliografici, a S. PULIATTI, *Per una storia del crimen calumniae*, in *Index*, 30, 2002, p. 385 ss.; D.A. CENTOLA, *In tema di responsabilità penale nella legislazione tardo imperiale*, in *SDHI*, 68, 2002, p. 567 ss.; A.M. GIOMARO, *Per lo studio della calunnia. Aspetti di 'deontologia' processuale in Roma antica*, Torino, 2003, p. 27, p. 48, p. 153 nt. 196.

¹¹⁴ Cfr. D. 48.19.8.3, su cui *infra* nel testo.

¹¹⁵ Nella pratica, infatti, “*modus quaestionis non tam in potestate iudicis, quam carnificis sit*”, commenta MATTHAEUS, *De Criminibus. Ad lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius*, cit., p. 560, che prosegue considerando come l'aver spinto le torture *ultra modum*, così da provocare persino il decesso del torturato, non fosse evento da rimanere privo di conseguenze qualora commesso *dolo malo*: “*Et si quidem dolo malo iudex reum ita torserit, ut sub manu carnificis animam efflaret, non est dubitandum, in legem Corneliam de sicariis eum incidere. Si non occiderit, in insulam deportandus videtur. Quod si pecuniam acceperit, ut torqueret, etiam lege Julia repetundarum tenetur*” (*ib.*, p. 562). Sulla *lex Cornelia de sicariis* si rinvia per tutti a SANTALUCIA, *Omicidio*, cit., p. 118 ss.; MIGLIETTA, “*Servus dolo occisus*”, cit., *passim*. Relativamente al *crimen repetundarum* qui basti il rinvio, anche per le citazioni bibliografiche in merito, a C. VENTURINI, *Studi sul crimen repetundarum nell'età repubblicana*, Milano, 1979; B. SANTALUCIA, *La legislazione sillana in materia di falso nummario*, in *Studi di diritto penale*, cit., p. 77 ss.; U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto*, Roma, 2001, p. 560 ss. (ivi, cfr. anche alcune considerazioni sulla *lex Cornelia de sicariis*, p. 601 ss.); C. MASI DORIA, *Quaesitor urnam movet e altri studi sul diritto penale romano: con due aneddoti*, Napoli, 2003, p. 81 ss.

Significativo è anche un brano di Arcadio Carisio tratto dal *liber singularis de testibus*¹¹⁶:

D. 48.18.10.3 (Arc. *l.s. de test.*): *Tormenta autem adhibenda sunt, non quanta accusator postulat, sed ut moderatae rationis temperamenta desiderant.*

Il giurista rimarca con fermezza il principio per cui la decisione in merito a concessione ed esecuzione della tortura non deve dipendere dalla volontà dell'accusatore¹¹⁷ bensì deve scaturire da una ponderata valutazione ("*moderatae rationis temperamenta*") rinve-

¹¹⁶ Nei passi di Arcadio Carisio tramandatici nel Digesto, l'alto funzionario imperiale denota una peculiare attenzione agli aspetti pratici ma, al contempo, al ruolo del titolare dell'*officium*. Lo si rileva in questo passo così come in altri riportati nei titoli *de quaestionibus* e *de testibus* del Digesto, sui quali si tornerà più avanti nel testo (vd. spec. cap. II, § 5; cap. III, § 8). Per un profilo generale di questo giurista vd. T. HONORÉ, *Arcadius, also Charisius: Career and Ideology*, in *Index*, 22, 1994, p. 163 ss.; F. GRELLE, *Arcadio Carisio, l' "officium" del prefetto del pretorio e i "munera civilia"*, in *Index* 15, 1987, p. 65, il quale ipotizza che Carisio abbia diretto lo *scrinium libellorum* "tra la fine della tetrarchia diocleziana e l'asestamento del regime costantiniano". Cfr. anche, di recente, DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici*, cit., p. 165 ss., e ivi ulteriore bibliografia (ntt. 432 e 434). Sottolinea MANTOVANI, *Digesto e masse*, cit., p. 153, come il *liber singularis de testibus* di Arcadio Carisio sia poi confluito nella 'massa penale' del Digesto.

¹¹⁷ Il passo appare conferente anche alla tematica dei *domestici testimoni*, su cui *infra*, cap. III, § 7. Queste norme di comportamento procedurale possono trovare un collegamento con quelle costituzioni che prevedono la mancata concessione dell'*abolitio accusationis* a colui che avesse avanzato un'accusa *fallaciter*: in tal senso di legge, ad esempio, una costituzione di Valentiniano, Valente e Graziano del 369 d.C., ove si dispone che l'abolizione sarà negata, anche qualora l'accusato abbia dato il suo consenso, quando, per motivo di testimonianza, siano stati sottoposti a *tormenta* degli ingenui innocenti, anche se plebei: C. 9.42.3.3 Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp.: *Quod si ingenuorum, licet plebeiorum, qui conscii vel participes criminum non erant, testimonii gratia corpora fuerint lacessita verberibus tormentisque vexata, abolitionem etiam duarum partium consensu petitam iubemus vigore iudicis denegari et crimen propositum, cuius examen tormentis iam coeperat, agitari*. D. prid. id. Oct. Trevisis Valentiniano np. et Victore cons. In casi di tal genere, si procederà comunque, seguendo l'orientamento consolidato, in caso di accusa per *maiestas* (C. 9.42.3.4: *Sin autem testibus tormenta minime sunt illata, et sic abolitio non dabitur in illis criminibus, ut in violata maiestate aut patria oppugnata vel prodita aut peculatus admissio aut sacramentis desertis, omniaque quae iuri veteri continentur: in quibus iudex non minus accusatorem ad docenda quae detulit, quam reum purganda quae negat debet urguere*). Cfr. anche C. 9.2.13 (= C.Th. 9.1.14) di Valentiniano, Valente e Teodosio del 383 d.C.

nibile in colui cui spetta la decisione sulla prosecuzione o meno dei *tormenta*.

Il monito scaturisce, con tutta probabilità, dalla consapevolezza che i tentativi di calmierare la prassi delle torture ‘facili’ imponendo un *modus* erano, in concreto, vani: il vero freno va ricercato nella *mens* di coloro che hanno il potere di disporre ed eseguire i *tormenta*¹¹⁸. Solo il moderato apprezzamento del giudice può regolare con equilibrio la materia.

Il richiamo alla *moderata ratio* altro non è che una espansione in termini più regolativi della considerazione di Ulpiano che sul punto rifletteva, piuttosto, in termini di semplice opportunità (“*quaestionis modum magis est iudices arbitrari oportere*”: D. 48.18.7).

Pare interessante rilevare come la giurisprudenza in tema di *modus tormentorum* sia prevalentemente orientata a sottolineare due esigenze sentite come basilari: la prima che impone il rispetto di regole procedurali, l'altra tesa a riaffermare il potere discrezionale e decisionale in capo al giudice¹¹⁹.

¹¹⁸ Si ricordi il richiamo alla coscienza (“*religio*”) del giudicante che emerge nel rescritto severiano in D. 48.18.1.17 (vd. *supra*, cap. II, § 4 e nt. 80). Un altro monito in tal senso si è letto in D. 48.18.18.2 (vd. *supra*, cap. II, § 4) ove, forse, sulla base del noto rescritto di Adriano, si esorta a non ricorrere ai *tormenta* con facilità in quelle cause in cui il reo non è già gravemente sospettato (“*tormenta non facile adhibenda sunt*”), richiamando l'accusatore a svolgere il suo ruolo investigativo avvalendosi di altri mezzi per dimostrare l'opportunità di procedere ai *tormenta* stessi. Simili richiami alla moderazione nell'uso della tortura sono da collegare al fatto che il nuovo clima costituzionale dell'impero aveva consentito un sempre più diffuso ricorso alla tortura anche nei confronti degli uomini liberi, soprattutto per i casi di accusa di cospirazione contro l'imperatore: RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 2 ss. Qualche considerazione sui criteri che doveva seguire l'accusatore nella citazione dei testimoni in W. KUNKEL, s.v. “*Quaestio*”, in *PWRE* 24, Stuttgart, 1963, p. 720 ss., spec. p. 760 (= *Kleine Schriften*, Weimar, 1974, p. 99 ss.).

¹¹⁹ Principio che, forse, nella prassi si era andato oscurando a causa delle intemperanze nelle torture. Pare interessante ricordare che al potere d'azione dell'accusatore era stato posto un corrispondente limite in materia testimoniale, ove era vietato produrre come testimone a difesa chi avesse precedentemente prestato testimonianza a carico dell'accusato, come ricorda Venuleio in D. 22.5.23 (Venul. 1 *de iudic. publ.*): *Produci testis is non potest, qui ante in eum reum testimonium dixit*. Sul punto FANIZZA, *Giuristi crimini*, cit., p. 35 ss., che ritiene che, nel caso prospettato da Venuleio, l'impedimento a produrre come testimone *qui ante in eum reum testimonium dixit* sembra essere posto più che per l'accusatore per l'accusato stesso, dato che l'espressione pare rimandare ad una testimonianza a carico già re-

Altro tema collegato alla moderazione emerge nei tentativi, elaborati soprattutto nelle opere giurisprudenziali, volti ad elaborare un ordine di escussione dei soggetti da sottoporre a tortura. Ancora una volta è Ulpiano ad offrirne un esempio:

D. 48.18.1.2 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Idem divus Hadrianus Claudio Quartino rescripsit: quo rescripto illud expressit a suspectissimo incipiendum et a quo facillime posse verum scire iudex crediderit.*

Il passo riferisce di un rescritto rilasciato da Adriano che fornisce due indicazioni di natura pratica, suggerendo di iniziare l'interrogatorio da colui che appare maggiormente sospetto e dal quale il giudice ritenga poter più facilmente conoscere il vero.

Nel caso prospettato, è dato supporre che il numero di soggetti dei quali si chiedeva la sottoposizione ai *tormenta* fosse talmente elevato che persino l'inquirente si era posto l'interrogativo sull'effettiva opportunità di disporre la tortura nei confronti di tutti¹²⁰ e pertanto aveva verosimilmente chiesto istruzioni all'imperatore circa i criteri utili ad operare una selezione.

sa precedentemente nel corso del dibattito. In altri termini, il giurista affermerebbe che l'accusato non può produrre in sua difesa un teste che in precedenza aveva già testimoniato a carico dell'accusato stesso. In generale, si può affermare che Venuleio si proponeva di disciplinare la prova testimoniale, nell'intento di impedire deposizioni contraddittorie oltre che eventuali collusioni tra le parti. Si può inoltre supporre, nonostante la frammentarietà delle fonti in tema, che il magistrato, una volta accettata l'accusa, stabilisse il giorno per il dibattimento e invitasse l'accusatore a presentare entro questa data le prove, oltre a citare i testimoni che avrebbe voluto produrre nel corso del dibattimento. A sua volta l'accusato, che era stato citato in giudizio, aveva la possibilità di produrre nel corso del dibattimento i testimoni utili alla difesa. Per ulteriori limiti al diritto dell'accusatore, determinati essenzialmente da sospetti di *praevaricatio*, vd. FANIZZA, *Giuristi crimini*, cit., spec. p. 45 ss., p. 84 ss.

¹²⁰ In tal senso vd. VOET, *Commentariorum ad Pandectas libri*, cit., VI, p. 375: "*Quod si plures eiusdem criminis intuitu ita praesumptionibus et indiciis onerati sint, ut omnes quaestionibus videantur exponendi; admonentur iudices, a suspectissimo incipiendum esse, vel ab eo, qui timidior videtur, aut aetatis tenerioris, ideoque minus ad versus tormenta induraturus praesumitur, et generaliter, a quo facillime posse verum sciri, iudex crediderit*". Nel commento del trattatista è dato riconoscere anche il riferimento ad un brano delle *Pauli Sententiae* che i giustiniani collocheranno in D. 48.18.18pr. (Paul. 5 *sent.*), di cui a breve nel testo.

Adriano risolve la situazione additando una duplice via: l'escusazione deve iniziare da colui sul quale convergono i maggiori sospetti (“*a suspectissimo incipiendum*”) e da colui che, secondo il giudice, sembra maggiormente informato (“*a quo facillime posse verum scire iudex crediderit*”). Ragionando dall'avverbio *facillime*, pare plausibile che i due criteri non si pongano in contrasto tra loro ma si integrino reciprocamente: secondo il pensiero imperiale, il *verum* può essere raggiunto con maggior facilità (per così dire, in termini statistici) qualora si scelga di interrogare il soggetto che, più degli altri, appaia colpevole e che, di conseguenza, conosce il reale svolgimento dei fatti.

Se nel frammento di Arcadio Carisio poc'anzi analizzato (D. 48.18.10.3) la *moderata* valutazione del giudice veniva invocata per un intervento di razionalizzazione quantitativa del ricorso alla tortura, in D. 48.18.1.2, di Ulpiano, vengono piuttosto introdotti aspetti di natura qualitativa. Il criterio selettivo indicato da Adriano, ivi riportato, punta infatti sull'assunzione prioritaria della confessione più utile, secondo una logica di economia processuale già illuminata dall'intima previsione della decisione sul merito.

La soluzione è modellata sulla fattispecie della tortura del *suspectus*, ma il tenore della direttiva, si osserva incidentalmente, appare in grado di disciplinare indistintamente ogni caso in cui si profili una *quaestio*, a prescindere dal fatto che i destinati alla tortura siano da sentire in qualità di imputati oppure soltanto di testimoni.

Dall'indicazione traspare il tentativo di dare un risvolto oggettivo al problema, ponendo al contempo un calmiera alla prassi di torture smodate e indiscriminate e un monito per il giudice di ricordarsi il ruolo strumentale dei *tormenta*, che devono comunque essere concepiti *ad eruendam veritatem*.

In ogni caso, entrambe le direttive, “*a suspectissimo incipiendum et a quo facillime posse verum scire iudex crediderit*”, non esprimono altro, in sostanza, che un orientamento ricorrente in materia, risolvendosi in ultima analisi nella scelta di rimettere la decisione, pur in presenza di una cornice legislativa entro cui muoversi, alla valutazione del magistrato (“*iudex crediderit*”), del quale contestualmente si tenta di oggettivizzare il risultato decisionale¹²¹.

¹²¹ Vd. cap. I, nt. 22; cap. II, nt. 156.

Vale la pena sottolineare, a questo punto, l'indubbia attenzione di Adriano nei confronti delle problematiche in tema di *quaestio*, soprattutto ricordando che a lui si deve l'importante regola, indicata nel rescritto a Sennio Sabino, per cui "*ad tormenta servorum ita demum veniri oportet, cum suspectus est reus et aliis argumentis ita probationi admovetur, ut sola confessio servorum deesse videatur*", ricordata nel passo immediatamente precedente anche nella sistematica giustiniana (D. 48.18.1.1)¹²². Mette conto notare, anzi, come il criterio additato nel rescritto diretto a Claudio Quartino (D. 48.18.1.2) non sia altro che una esplicazione della direttiva inviata a Sennio Sabino, precedentemente citata, con la quale si muove in sostanziale simmetria. Ambedue infatti stabiliscono che la tortura si deve eseguire solamente nei confronti di persone già sospettate sulla base di altri elementi probatori. In particolare, laddove il rescritto ricordato in D. 48.18.1.1 disponeva la tortura dell'unico reo sospetto al fine di completare il quadro probatorio con la mancante confessione, in D. 48.18.1.2 vi è un caso di pluralità di sospettati per il quale l'imperatore precisa che "*a suspectissimo incipiendum*".

La seconda modalità indicata ("*et a quo facillime posse verum scire iudex crediderit*") pare inoltre attinente al criterio della *fides quaestionum*, posto che si tratta di un parametro di scelta nell'ambito della graduatoria dei soggetti da torturare che vede come segnale di riconoscimento utile l'individuazione di chi, per carattere o situazione, sembri più informato dei fatti. Non sfugge, peraltro, il fatto che un simile giudizio può soltanto essere oggetto di una personalissima e del tutto soggettiva opinione formata nel giudice, confermando così l'importanza dell'apprezzamento del magistrato.

In ogni caso, l'attività normativa adrianea si rivela ancora una volta un punto di svolta basilare, almeno secondo la volontà legislativa, nella disciplina in tema di *quaestio*, strumento del quale non pare più apprezzarsi l'uso incontrollato.

Alla soluzione esposta, basata su un criterio pragmatico di conoscibilità dei fatti oggetto di interrogatorio, deve aggiungersi un metodo decisamente più vile che si legge in

¹²² Sul quale vd. *supra*.

D. 48.18.18pr. (Paul. 5 sent.): *Unius facinoris plurimi rei ita audiendi sunt, ut ab eo primum incipiatur, qui timidior est vel tenerae aetatis videtur.*

Il caso è quello della correatà nel medesimo crimine. Il passo propone un ordine di audizione che inizi o da colui che sembra più pavido (“*timidior*”) o dal più giovane (“*tenerae aetatis*”)¹²⁵.

In entrambi i casi, la scelta pare rispondere ad una meschina logica intimidatoria, ben lontana dal pensiero di Adriano, improntato, almeno in apparenza, ad una più neutra razionalità giuridico-investigativa.

La lettura di questo frammento suggerisce, peraltro, un ripensamento circa l’interpretazione del ‘*facillime*’ adrianeo, che ora appare suscettibile anche di altra sfumatura. L’avverbio potrebbe in effetti riferirsi allo sforzo richiesto al magistrato per ottenere un esito positivo dell’interrogatorio *per tormenta*: tra più torturandi si deve preferire colui che appare, all’oculato apprezzamento del caso, più facilmente arrendevole di fronte alla violenza, così da poter ottenere una risposta con il minor impiego di energia. Anche in questo senso, comunque, il criterio informatore della scelta del giudice già indicato da Adriano, si pone in un’ottica di moderazione nel ricorso allo strumento e di limitazione quantitativa della sofferenza.

Le esigenze di economia processuale che nel rescritto riportato in D. 48.18.1.2 apparivano calibrate anche sulla base della preveggenza del giudizio finale, qui operano dunque solo sulla base di un freddo calcolo utilitaristico, funzionale alla pronta definizione del caso.

La prudente politica adrianea in tema di *quaestio* torna in un altro provvedimento di questo imperatore, citato in un passo di Paolo

¹²⁵ Il brano è riportato con un testo sostanzialmente corrispondente in *Paul. Sent.* 5.14.2. Non si può non rilevare che la soluzione di iniziare i *tormenta* da colui *qui tenerae aetatis videtur* stride fortemente con tutti quei passi ove si cerca di preservare e proteggere l’impubere dalla tortura proprio a causa della tenera età. Cfr., ad esempio, D. 29.5.1.33 (Ulp. 50 ad ed.): *...et magis est, ut de impubere nec quaestio habeatur: et alias solet hoc in usu observari, ut impuberes non torqueantur: terri tantum solent et habena et ferula vel caedi.* D’ORGEVAL, *L’empereur Hadrien*, cit., p. 338, giustamente nota che “une telle décision n’est peut-être pas d’une haute moralité, mais elle a le mérite de restreindre singulièrement le nombre des innocents qui seront torturés”. Sulla *quaestio* dell’impubere vd. *infra*, cap. III, § 8.

tratto dal *liber de poenis paganorum* ed inserito dai giustinianeî nel titolo *de quaestionibus*:

D. 48.18.21 (Paul. *l.s. de poen. pag.*): *Quaestionis habendae causa neminem esse damnandum divus Hadrianus rescripsit.*

La pronuncia, pur occasionata da una vicenda particolare (trattasi infatti di un rescritto), detta un principio di notevole valore: nessuno deve essere condannato al fine di essere reso schiavo, così che il nuovo *status* ne consenta la sottoposizione a tortura¹²⁴.

¹²⁴ Il “brevissimo ed enigmatico frammento” (rileva CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., p. 35) viene interpretato dal Cuiacio, nelle sue *Observationes et emendationes*, come significativo del fatto che simile *quaestio*, eseguita per effetto di una *damnatio* inflitta specificamente per rendere possibile la tortura – verosimilmente di un *homo liber* –, presenterebbe più gli estremi di una pena che di un mezzo istruttorio *ad eruendam veritatem*. L’interpretazione si aggancia al celebre passo dell’*Apologeticum* di Tertulliano (sul quale vd. anche *supra*, cap. II, nt. 28) che esorta i governatori provinciali a non usare la tortura a scopi repressivi, come avveniva durante la tirannide, bensì come strumento investigativo e soltanto qualora necessario *ad confessionem* (2.14-15): *Hoc imperium, cuius ministri estis, civilis, non tyrannica dominatio est. Apud tyrannos enim tormenta pro poena adhibebantur: apud vos soli quaestioni temperantur. Vestram illis servate legem usque ad confessionem necessariam, et iam, si confessione praeveniantur, vacabunt, sententiae ceditur*. Come noto, l’ottica dell’apologeta abbraccia la forte riprovazione all’abuso della tortura avverso i cristiani, nei cui confronti la finalità dello strumento appariva ribaltata, venendo inflitta non per estorcere una confessione bensì un’abiura al *nomen Christi* (“*quod ceteris negantibus tormenta adhibetis ad confitendum, solis christianis ad negandum*”: *Apolog.* 2.10-11). Cfr. per tutti CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., p. 34 ss. PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression of Crime*, cit., p. 230 ss., ritiene che il rescritto di Adriano menzionato da Paolo in D. 48.18.21, sintomatico della prassi di condannare uomini liberi al fine di renderli schiavi per poi torturarli, costituisca una prova del fatto che, ancora nella Roma del II secolo d.C., la sottoposizione ai *tormenta* prima della condanna era illegale. La conclusione sarebbe suffragata da un’altra disposizione del medesimo imperatore riportata in D. 48.18.12 (Ulp. 54 *ad ed.*), in base alla quale “*Si quis, ne quaestio de eo agatur, liberum se dicat, divus Hadrianus rescripsit non esse eum ante torquendum quam liberale iudicium experiatur*”. Va peraltro sottolineato come la norma ricordata andasse a tutelare, essenzialmente, le classi sociali più basse, in rapporto al cui trattamento dovevano evidentemente riscontrarsi ben poche remore. Il titolo dell’opera di Paolo da cui il frammento è tratto (*De poenis paganorum*) ha suggerito a D’ORGEVAL, *L’empereur Hadrien*, cit., p. 338 ss. (seguito da CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., p. 35 nt. 4), l’idea che il rescritto adrianeo fosse diretto contro quei governatori che erano soliti condannare alle maniere persone di basso livello sociale, sulla base di una mera presunzione di colpevolezza, per renderli ‘*servi poenae*’ così da poterli torturare per scoprire eventuali complicità. In merito a questa ipotesi, tuttavia, deve osser-

Adriano interviene con una disposizione dall'ampio e fermo contenuto precettivo ("*neminem esse damnandum*") che ne esplicita il contenuto teorico-generale direttamente influente sia sul *modus* sia sulla finalità dello strumento.

La norma appare in effetti come una sorta di argine disperato a fronte di una prassi dilagante e difficilmente contenibile¹²⁵ che non conosceva remore né scrupoli nel ricorso alla tortura, tanto che si arriva al punto di dover stabilire legislativamente il divieto di condannare al fine di sottoporre a tortura.

Il rescritto appare come uno sviluppo della necessità della preesistenza di solidi indizi che legittimino il ricorso alla tortura per ottenere la convalida finale espressa dalla confessione degli schiavi. Di fatto, la strumentale riduzione in schiavitù di colui che, in realtà, è uomo libero suona non solo come abuso investigativo¹²⁶ ma anche come

varsi, in accordo con Pölönen (*ib.*, p. 231 nt. 31), che il richiamo al solo rescritto in D. 48.18.21 non è bastevole a provare nulla più che il pensiero di Paolo in relazione all'ordine adrianeo nei coevi processi criminali che andavano ad incidere sui civili per sottolinearne la differenza di trattamento rispetto ai militari. La legittimità di torturare coloro che cadevano nella *servitus poenae* viene espressamente attestata da Gaio che, in un passo tradito nel Digesto, riferisce addirittura dell'usualità di una prassi a tenere in carcere anche dopo la condanna a morte i *damnati* così da poterli sottoporre a tortura a fini investigativi: D. 48.19.29 (Gai 1 *ad l. Iul. et Pap.*): *saepe etiam ideo servari solent post damnationem, ut ex his in alios quaestio habeatur*. Sul punto cfr. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 378, che considera Antonino Pio come un innovatore in merito alla condizione del *servus poenae*. Cfr. BRUNT, *Evidence given under Torture*, cit., p. 263. Per una deroga alla norma adrianea in D. 48.18.21, relativamente ad un caso peraltro assai peculiare, vd. *infra*, in rapporto a D. 48.18.1.27.

¹²⁵ Ancora Antonino Pio ribadisce un limite alla *quaestio* del *damnatus*, per di più appartenente alla classe dei decurioni, come riferisce Paolo in D. 50.2.14 (Paul. 1 *quaest.*): *De decurione damnato non debere quaestionem haberi divus Pius rescripsit. Unde etiam si desierit decurio esse, deinde damnetur, non esse torquendum in memoriam prioris dignitatis placet*. Il divieto viene espressamente esteso anche a favore di chi abbia cessato di essere decurione, per rispetto della precedente *dignitas*. Vd. anche cap. III, nt. 11.

¹²⁶ Il lapidario frammento, riportato quasi in chiusura del titolo giustiniano, non spiega quali conseguenze fossero connesse all'abuso derivante dalla violazione della regola, né in termini di validità della *quaestio* e delle dichiarazioni rese, né di sanzioni a carico dell'istruttore. VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 122 nt. 27, ritiene che, in ogni caso, l'istruttore sarebbe andato esente da sanzione nel caso di *quaestio* non consentita.

esasperata ricerca di una qualsivoglia confessione, in concreto non suggerita da alcun elemento probatorio¹²⁷.

Se già nel rescritto a Claudio Quartino (D.48.18.1.2) Adriano aveva limitato gli effetti della previsione del giudizio finale alla sola possibilità di orientare l'istruttoria con la selezione delle persone da torturare, qui si pone un limite più netto per impedire che il giudice, di fronte ad una persona gravemente sospettata, decida di chiudere rapidamente il caso trasformando il *suspectissimus* in *damnatus*, per poi procedere, in via confermativa, alla sola tortura di questi per ottenerne con facilità la confessione oltre all'indicazione di eventuali correi in caso di compartecipazione nel reato.

Il passo consente altre considerazioni.

Laddove la tortura assolve ad una funzione di acquisizione di elementi utili per giungere alla *damnatio*, Adriano precisa non doversi decidere la condanna al fine di compiere una successiva *quaestio*. Partendo dalla considerazione che il frammento è tratto da un testo sulle *poenae*, appare plausibile ipotizzare che la *damnatio*, stigmatizzata da Adriano intervenisse in via subitanea, in presenza di *argumenta* insufficienti e che la *quaestio* seguisse quindi la *damnatio*. L'ordine così invertito *damnatio-quaestio* (anziché *quaestio-damnatio*) finiva per attribuire a quest'ultima un ruolo di mera convalida, cnicamente superflua, di una decisione già presa, con abdicazione della funzione indagatrice della *quaestio*.

Il principio della sussidiarietà della tortura, implicando l'esistenza di altri *argumenta* all'interno del processo, pone in effetti il problema della sufficienza del quadro probatorio *ante tormenta* rispetto alla possibilità di addivenire alla condanna. Di fronte ad un quadro probatorio carente, si rischia di attribuire alla *quaestio* un'importanza perfino superiore alle prove, per così dire, tradizionali e di determinare non solo il possibile abuso della discrezionalità dell'istruttore¹²⁸ quanto lo snaturamento della *quaestio* che, da

¹²⁷ Oltre a testimoniare, indirettamente, come la regola di non iniziare le indagini dalla tortura non incontrasse nella prassi applicazioni rigorose.

¹²⁸ In proposito si veda B. SANTALUCIA, *Pena criminale*, in *Studi di diritto penale*, cit., p. 241 ss. (= s.v. "Pena criminale", *Diritto romano*, in *ED.* 32, 1982, p. 734 ss.), che, in adesione alla tesi di LEVY, *Gesetz und Richter*, cit., p. 95 ss., precisa che nella *cognitio extra ordinem* "al giudicante era riconosciuta una ampia

mezzo *ad eruendam veritatem*, e dunque puramente funzionale alla formazione del definitivo convincimento del giudice, finirebbe per diventare mezzo di rafforzamento di una decisione già presa, quindi mezzo inutile dal punto di vista ontologico e funzionale. La *mal-practice* cui Adriano pare voler porre un freno, allora, non sarebbe tanto l'uso nefasto della presunzione di colpevolezza, facile via verso una precoce e sommaria *damnatio*, quanto il ricorso alla tortura come mero strumento di conferma della scelta personale del giudice, in una fase processuale per così dire 'postuma'.

Il rescritto di Adriano riportato in D. 48.18.21 è quindi un sintomo di come la prassi giudiziaria della *cognitio* criminale dovette conoscere l'impiego della tortura anche post-sentenza. Questa forma di ricorso alla tortura, proprio alla luce della fase processuale in cui interviene e per le finalità perseguite, finisce per assumere le sembianze di una *poena*, in contraddizione alla natura della *quaestio*¹²⁹. La dottrina tradizionale giunge a giustificare il divieto adrianeo dal punto di vista teorico, costruendo la distinzione tra *quaestio* e *poena*, e ritenendo inammissibile il ricorso ai *tormenta pro poena adhibita*, per l'ontologica differenza esistente tra l'*eruerere* ed il *punire*¹³⁰. Ma una siffatta distinzione non trova espresso appiglio nel rescritto di Adriano, le cui pur illuminate motivazioni sembrano prescindere da

discrezionalità nella determinazione della pena e anche quando veniva investito della cognizione di un crimine contemplato nel sistema dell'*ordo* non era vincolato alla rigorosa osservanza delle pene di legge".

¹²⁹ Come già si ricordava in cap. II, nt. 28, GOTHOFREDUS, *Corpus Iuris Civilis. Digesto*, cit., ad D. 48.18.21, rifletteva che "*Quaestio enim non ad poenam, sed ad eruendam veritatem inventa est*". Significativo è anche MATTHAEUS, *De Criminibus. Ad lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius*, cit., p. 590 ss., che conclude il commento al titolo D. 48.19, *De poenis*, con le seguenti parole: "*De tormentis nunc non agemus: nam frustra quaeritur, an tormenta sint poenae capitalis, cum ne poena quidem, quippe vetuit ius, non solum tormentis quemquam enecare, verum etiam poenae causa quemquam torquere. Eruendis non puniendis sceleribus quaestiones repertae sunt*". Sotto questo profilo, si concorda, dunque, con l'interpretazione offerta da CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., p. 35 ss. Ma cfr. anche le riflessioni di Francesco Casoni nel *Tractatus de tormentis* riportate in cap. III, nt. 154.

¹³⁰ Cfr. per tutti CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., p. 37, che argomenta come "l'idea-dogma della tortura come mezzo istruttorio [...] è tributaria del punto di vista di Tertulliano", mentre la stessa non corrisponderebbe al diritto e al pensiero giuridico dell'età dei Severi. Il riferimento a Tertulliano riprende *Apolog.* 2.14, 15, come già si annotava *supra*, cap. II, nt. 124 (cui *adde* nt. 28).

esigenze teoretiche, apparendo invece mirate a prevenire disfunzioni pratiche e, soprattutto, a definire il *quatenus* torturare.

Le indagini, dunque, non si devono iniziare dalla tortura¹⁵¹ ma neppure si devono con essa concludere.

Peraltro, l'inflizione della tortura non era evento tale da evitare che talora, drammaticamente, il torturato soccombesse durante i tormenti:

D. 48.19.8.3 (Ulp. 9 *de off. procons*): *Nec ea quidem poena damnari quem oportet, ut verberibus necetur vel virgis interematur, nec tormentis: quamvis plerique dum torquentur deficere solent.*

Il passo, che conclude la descrizione della pena di morte¹⁵², esprime, con sconcolato cinismo, un dato di fatto: non è necessario che uno sia condannato a morte perché venga ucciso mediante *verberatio*, o con le verghe, o con i *tormenta*¹⁵³. Il frammento termina con un'annotazione di sapore marcatamente empirico ("per quanto molti sogliano morire mentre li si torturi"), da cui si evince come il decesso del *tortus* fosse conseguenza magari non voluta, ma accet-

¹⁵¹ Eccezione fatta per i crimini più gravi: D. 48.18.1pr.

¹⁵² Le fonti in D. 48.19.6.2 e D. 48.19.8pr.-3 contengono la classificazione delle pene che i presidi possono irrogare nell'ambito delle province. L'elenco è realizzato dai compilatori giustinianeî attraverso l'intreccio di passi di Ulpiano e di Callistrato. Prima distinzione è la quadripartizione tra pene che sopprimono la vita, pene che determinano la servitù, pene che tolgono la cittadinanza o comportano l'esilio e pene che contengono la coercizione del corpo. Seguono poi altre pene che comportano *infamia*, la dismissione di qualche dignità oppure la proibizione di qualche attività. Tra quelle del quarto gruppo vengono annoverate, secondo l'indicazione di Callistrato, l'ammonizione tramite i bastoni, la castigazione tramite i flagelli, la *verberatio* tramite le catene. Segue la trattazione della pena di morte (D. 48.19.8.1 e 2), nella quale viene indicata come unica modalità consentita di esecuzione l'uso del *gladium* e si dichiarano vietati altri strumenti (scure, lancia, bastoni, laccio, veleno), in forza del principio per cui i presidi non hanno il diritto di scegliere liberamente il modo in cui comminare la morte, salvo che la facoltà non venga concessa eccezionalmente, su richiesta, da parte dell'imperatore (come risulterebbe avvenuto in qualche caso sotto i *divi fratres*). In generale vd. SANTALUCIA, *Pena criminale*, cit., p. 239 ss.

¹⁵³ CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., p. 38, con particolare riferimento a D. 48.19.8.3, ritiene che non si possa giungere alla conclusione che la tortura non sia mai stata configurata come pena, potendosi solo escludere che possa essere considerata come normale "forma di esecuzione" di una *damnatio capitis*.

tata e tollerata qualora intervenisse: l'evento infausto non ha l'effetto di trasformare, nella rappresentazione teorica, la *quaestio* in una *poena*. Anzi, dal passo risulta affermata l'esigenza che la tortura risparmi il torturato perché attuata in virtù dell'obiettivo di acquisire informazioni funzionali alla decisione della causa e di assicurare il colpevole alla condanna.

In chiusura, deve rilevarsi che la giurisprudenza non ha focalizzato il proprio pensiero solo sugli aspetti legati alla *vis* impiegata nella *quaestio*, non essendo scontata l'equazione per cui l'ottenimento della *veritas* sia direttamente proporzionale alla quantità di violenza adoperata. In tal senso si può riportare un suggerimento di carattere essenzialmente retorico, utile *in excutienda veritate*, offerto da Arcadio Carisio:

D. 48.18.10.5 (Arc. *l.s. de test.*): *Plurimum quoque in excutienda veritate etiam vox ipsa et cognitionis suptilis diligentia adfert: nam et ex sermone et ex eo, qua quis constantia, qua trepidatione quid diceret, vel cuius existimationis quisque in civitate sua est, quaedam ad inluminandam veritatem in lucem emergunt.*

Due sono gli esponenti di riferimento che Arcadio Carisio suggerisce di non sottovalutare e il cui sapiente dosaggio contribuisce a portare alla luce la verità: la *vox*, cui è correlato il *sermo*¹⁵⁴, e la *cognitionis suptilis diligentia*, che si esprime nella *constantia* o nella

¹⁵⁴ La suggestione esercitata dall'*ars oratoria* appare qui manifesta nel suggerimento ad un funzionale uso dello strumento vocale nonché del discorso ("*sermo*"), qui da intendersi, credo, come modalità di formulazione delle domande oggetto dell'interrogatorio. Il sapiente uso della voce unito ad una diligente costruzione del discorso può corrispondere, infatti, ai noti insegnamenti retorici che pongono cinque operazioni fondamentali alla base della *bene dicendi scientia* (le cosiddette *partitiones oratoriae: inventio, dispositio, elocutio, memoria* ed *actio* o *pronuntiatio*). In particolare, il richiamo all'uso della voce, nel passo di Arcadio Carisio, si riferisce alla quinta partizione, la *pronuntiatio*, consistente nel modo di porgere il discorso regolando voce, gesti e portamento in base alle esigenze della dissertazione e del contesto in cui essa viene enunciata: "*pronuntiatio est ex rerum et verborum dignitate vocis et corporis moderatio*", insegna Cicerone (*de inv.* 1.9); *adde Quint., Inst. orat.* 3.3.3 ("*Verum haec cuncta corrumpit ac propemodum perdit indecora vel voce vel gestu pronuntiatio*"). In tema vd. per tutti BARTHES, *La retorica*, cit., p. 57 ss.; MORTARA GARAVELLI, *Manuale*, cit., p. 17 ss.

trepidatio con cui si porge il discorso. In base al temperamento del *tortus*, infatti, la scelta del giusto tono di voce può rivelarsi vincente mentre la costanza, l'atteggiamento o la considerazione di cui si gode nella propria città possono esprimere di per sé una componente utile *ad inluminandam veritatem*.

Con padronanza letteraria il giurista calibra lo stesso uso dei termini, così rendendo maggiormente espressiva l'efficacia dei suoi suggerimenti circa l'utilizzo dei metodi di persuasione: alla veemenza insita nell'iniziale verbo *excudere* ("*in excutienda veritate*")¹⁵⁵, indicativo di un contesto di brutta investigazione, la chiusa del passo contrappone un più pacato *inluminare* ("*ad inluminandam veritatem in lucem*")¹⁵⁶, come a significare che, talvolta, la *suptilis diligentia* mette in luce verità che la violenza potrebbe respingere.

6. *Le domande suggestive*

La tematica del *modus* di conduzione dell'interrogatorio si interseca ed interagisce logicamente con il problema della *fides* delle sue risultanze. Già duramente inficiata dalla modalità violenta, la genuinità delle risposte dovrebbe richiedere almeno una certa oggettività da parte dell'interrogante che non deve insinuare nella mente dell'escusso risposte a lui gradite.

¹⁵⁵ Il verbo 'escutare', e il termine 'escussione', dal latino *excudere*, esprimono in maniera vibrata lo sforzo tensivo all'ottenimento di risposte. FORCELLINI, *Lexicon*, cit., II, p. 345 (s.v. "*excutio*"), spiega come "*quatiendo ejicere, dejicere*". Il termine è anche oggi di comune impiego per l'escussione dei testi, diretta e incrociata. Commenta infatti CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 678, che "in regime accusatorio ogni testimonianza è *happening*. Poi il testimone passa al vaglio dei contraddittori, nel solito ordine (art. 493, commi 1 e 2) e, fin dall'approccio, la scena appare diversa: sarà un dialogo meno riguardoso; e dove sembri innocuo, forse nasconde l'insidia più temibile. L'antagonista cerca i punti vulnerabili: appena ne scovi uno, scarica sul paziente la massima pressione; come minimo, tenta mosse che screditino. Qui l'*adversary system* sviluppa effetti ignoti al vecchio stile monologante: l'esame diventa autentica escussione [...] *Ad eruendam veritatem* non esiste tecnica migliore".

¹⁵⁶ L'espressione "*ad inluminandam veritatem*" ricorre anche nei rescritti diocleziani in C. 9.41.10 e 12, sui quali vd. *supra*.

Sotto questo profilo, l'interrogatorio, impostato secondo una sequenza di domande strumentalmente formulate, costituisce con ogni evidenza un passaggio fondamentale nello sviluppo progressivo dell'argomentazione, configurandosi come arte controllata di richiedere informazioni, porre domande e ottenere risposte al dichiarato fine di influire sulla creazione della verità processuale.

Tutto questo comporta che la credibilità dell'interrogato dipenda solo in parte dalla veridicità delle informazioni che può produrre mentre molto discende, invece, dalle modalità di conduzione dell'interrogatorio¹⁵⁷.

In questa cornice, si collocano le riflessioni di giuristi e legislatori, volte ad elaborare criteri e metodiche sempre più precise cui atenersi nella fase dell'interrogatorio e che lasciano trasparire una realtà processuale in cui il legislatore è indotto a porre regole per stabilire quali siano i criteri di veridicità, intesa come attendibilità delle attestazioni e credibilità di coloro che le rilasciano.

La via a tal fine percorsa mira all'individuazione di indicatori di rapida riconoscibilità, pur nella consapevolezza che si tratta soltanto di parametri orientativi. Tra questi, certo si può inserire anche la regola che vieta quelle domande che, suggerendo di fatto la risposta, più di altre si prestano a dubbi in merito alla veridicità della risposta stessa.

È proprio l'elaborazione giuridica in tema di *quaestio* a rinvenire l'occasione per esplicitare un'importante direttiva metodologica, assurta nel tempo a canone fondamentale della disciplina dell'interrogatorio *ad eruendam veritatem*¹⁵⁸.

Si tratta di un monito espresso da Traiano¹⁵⁹ in un rescritto restituito da Ulpiano nel libro VIII *de officio proconsulis*:

¹⁵⁷ Sulla deontologia giudiziaria si vedano le essenziali notazioni in CERAMI, "Honeste et libere", cit., p. 289 ss., spec. p. 309 ss.

¹⁵⁸ Il presente paragrafo e quello seguente riprendono, nella sostanza, riflessioni già oggetto di un mio contributo intitolato: *Alle origini del divieto di domande suggestive ai testimoni*, in *Studi in onore di Generoso Melillo*, I, Napoli, 2010, p. 85 ss.

¹⁵⁹ Si annota che l'edizione lionese della Glossa che qui si cita, *ad D. 48.18.1.21, de quaestionibus*, l. *Qui quaestionem*, ascrive la norma all'imperatore *Hadrianus*, ma l'editore a margine corregge con *Traianus*. Sulla struttura e composizione dell'articolato frammento ulpiano al cui interno è inserito questo passo vd.

D. 48.18.1.21 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *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.*

Colui che si accinge a compiere un interrogatorio con tortura non deve porre domande specifiche relative alla responsabilità del maggior indiziato (“*Lucius Titius*”) ma, più genericamente, deve chiedere chi sia l’autore dell’omicidio. Nel primo caso l’inquirente parrebbe, in effetti, suggerire una risposta, piuttosto che cercarla (letteralmente, sarebbe ‘suggerente’ più che requirente, suggestivo più che investigativo).

Stigmatizzando due atteggiamenti distinti dell’interrogante (“*magis suggerentis quam requirentis*”), il precetto traiano propone un modello di domanda e, ancor prima, un modello di comportamento che si pone alla base di un’impostazione concettuale tuttora valida: la distinzione tra domande “suggestive” e domande “requirenti”¹⁴⁰.

supra, cap. II, nt. 2. In particolare, si ricorda che il nucleo centrale, costituito dai frammenti in D. 48.18.1.21-22 e attinente alle modalità di escussione del mezzo, sarebbe costruito secondo il metodo della ‘stratificazione’: vd. MANTOVANI, *Il bonus praeses*, cit., p. 253 ss.

¹⁴⁰ Pare interessante rilevare che la legge italiana offre una nozione esplicita di domanda suggestiva nell’art. 499, comma 2, c.p.p. (quale novellato dal d.p.r. 22.9.1988 n. 247). L’articolo, sotto la rubrica “regole per l’esame testimoniale”, dopo aver vietato in generale “le domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte” (comma 2) scende nella specificazione, vietando “le domande che tendono a suggerire le risposte”. Il divieto opera limitatamente alle domande poste dalla parte ai testi portati nel proprio interesse. Qualora il teste abbia reso dichiarazioni in risposta a domande ritenute suggestive, i contenuti dichiarativi saranno colpiti dal vizio dell’inutilizzabilità (art. 191 c.p.p.) ai fini della decisione, secondo quanto disposto dall’art. 526 c.p.p., in forza del quale il giudice può utilizzare ai fini della deliberazione solo le prove legittimamente acquisite nel dibattimento. Le domande suggestive sono dunque bandite dal processo, unitamente agli eventuali effetti delle stesse, in quanto ritenute idonee a deviare il processo dalla sua funzione tipica, quella dell’accertamento della verità. Vd. G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, VII, Milano, 2003, p. 168 ss. (*sub* art. 499; *ivi*, la moderna principale bibliografia): gli AA. sottolineano come l’art. 499, comma 2, vietando le domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte, e cioè le domande maliziose, capziose o tendenziose, ponga in sostanza un divieto a porre in genere ogni domanda mirante ad influenzare la risposta del teste,

All'essenza delle due categorie si perviene ragionando in via strettamente letterale dal frammento: suggestive appaiono essere le domande che, evocando in maniera diretta il fatto, nei suoi aspetti soggettivi ed oggettivi (autore e azione: "*an Lucius Titius homicidium fecerit*"), mirano ad ottenere dall'interrogato una risposta secca (affermativa o negativa), riducendo in tal modo lo spazio di interlocuzione e la gamma di risposte; requirenti sono, invece, le domande che puntano in maniera indiretta, per approssimazioni progressive, al *thema probandum*.

La domanda suggestiva contiene dunque informazioni, che vanno dall'inquirente all'interrogato, relative agli obiettivi dell'atto istruttorio e rischia di far dipendere la risposta non dall'effettivo grado di conoscenza della questione da parte dell'escusso ma da elementi estranei, tra cui, ad esempio, la volontà di assecondare l'interrogante o, nella fattispecie, di ottenere la cessazione dei *t tormenta*. Le domande requirenti, invece, muovendo da lontano, sono in grado di sondare preliminarmente il livello di conoscenza dell'esaminato così da rinviare ad un momento successivo, qualora ne emerga la reale utilità, l'approfondimento specifico.

In pratica, cogliendo una suggestione dal dettato letterale del passo, le domande 'suggerenti' pongono l'interrogato di fronte ad un "*an*", che già propone una verità possibile, mentre le domande 'requirenti' lo pongono di fronte ad un "*quis*", da cui attendono lo svelamento di quella verità.

Il problema sottoposto all'attenzione imperiale, pur muovendo da un caso di specie, viene pertanto a toccare un aspetto di basilare importanza per lo svolgimento del processo criminale in generale. La non corretta formulazione delle domande in cui si articola l'interrogatorio si traduce in sostanza nella non corretta assunzione del materiale probatorio e, conseguentemente, può comportare gravi rifrazioni sul momento valutativo delle medesime, quando il magistrato sarà chiamato a compiere il giudizio di fatto sulle risultanze

compromettendone la spontaneità e la genuinità e soprattutto l'aderenza al vero. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 681 ss., in riferimento all'art 499, comma 1, sottolinea come l'esaminante nel contesto *ad eruendam veritatem* non debba usare espedienti lesivi della libertà morale, appuntando come "le domande suggestive presuppongono cose non ancora dette, insinuandole all'escusso".

oggettive e, a monte, sulla correttezza che ha portato all'acquisizione dei contenuti stessi.

Occasione per esplicitare questa importante direttiva è l'elaborazione giuridica in tema di *quaestio*, una delle attività inquisitorie *ad eruendam veritatem* in cui appare più forte l'interrogativo circa l'affidamento che il giudice può fare sulle dichiarazioni estorte. Sotto questo profilo, la prospettiva in cui si pone l'intervento di Traiano restituito in D. 48.18.1.21 rivela un'apprezzabile ottica metodologica che conduce ad un interessante esempio di tecnica processuale.

Il frammento ulpiano si limita a riportare in termini assai concisi il nucleo dispositivo del rescritto, non consentendo di ricostruire in modo preciso gli aspetti della fattispecie all'origine dell'intervento imperiale.

Il contesto in cui è inserito rende plausibile supporre che sottoposto a *quaestio* fosse uno schiavo ma, al di là di questo, il brano non fornisce indicazioni né sulla qualità processuale del torturato, così da appurare se si trattasse del presunto reo, di un correo o di un testimone¹⁴¹; non contiene nemmeno elementi in grado di spie-

¹⁴¹ Significativamente ACCURSIO, gl. *interrogari*, ad D. 48.18.1.21, de *quaestionibus*, l. *Qui quaestionem*, spiega: "*nisi in se torqueatur*". L'aggiunta prende atto del valore generale della regola traiana, confermando la legittimità dell'interrogativo. Il glossatore ritiene, però, di dover precisare che il divieto di domande suggestive non opera in sede di tortura del sospetto reo. Sul punto sono interessanti le riflessioni dei commentatori. Si attiene letteralmente al testo traiano (quale riferito da Ulpiano) Rolandino Passeggeri ("*Et nota quod non debet iudex quaerere, 'Fecisti tu tale homicidium', vel 'Fecit Ioan[nes] tale homicidium' vel 'tale delictum', sed generaliter interrogandus est, quis commisit tale homicidium, vel fecit tale delictum'*": *Summa totius artis notariae* 9.2, form. *Confessio facta super inquisitione per tormentorum acerbitem*, Venetiis, apud Iuntas, 1546, ora rist. anast. Bologna, 1977, p. 389). Ancora, Iacopo di Belviso, sulla base del divieto di domande suggestive, elabora per primo un'articolata formula sulla maniera di interrogare, con tortura o senza: "*In omnibus istis casibus, sunt interrogandi tales, in genere, non in specie*" (*Aurea practica criminalis* 3.8.3, Coloniae apud Maternum Cholinum, 1580). Sviluppando l'argomento, Bartolo da Sassoferrato (*Secunda super Digesto Novo*, Lugduni, 1533, ad *Dig. 48.18.1.21*, nn. 1-2) compie un'articolata distinzione, nei seguenti termini: nel caso in cui il giudice abbia ricevuto la notizia di reato ma non ha indizi circa il suo autore, il divieto di domande suggestive ha pieno vigore: infatti, interrogare nominando una determinata persona equivale a suggerire di incolparla del reato. Qualora invece vi siano indizi a carico di una persona, occorre distinguere a seconda che l'interrogato sia un testimone o il presunto reo. Nel primo caso, il giudice può chiedere se il fatto è stato commesso dalla persona a carico della quale già sussistono indizi: simile domanda, infatti, non sarebbe più considerata un

gare le possibili conseguenze processuali derivanti dall'inosservanza del divieto. L'unico dato esplicitato è il riferimento ad un'indagine per omicidio.

Alla luce della direttiva enunciata da Traiano, assume contorni di forte verosimiglianza l'ipotesi per cui l'inquirente avesse cercato, presumibilmente con successo, di arrivare con l'aiuto di domande 'suggerenti' all'incriminazione di un terzo. Costui, è dato immaginare, si era pertanto rivolto all'imperatore lamentando la scorrettezza della tecnica inquirente.

Al riguardo, posto che l'escusso era, verosimilmente, un servo e posto altresì l'atteggiamento di favore di questo imperatore verso le *quaestiones contra dominos*¹⁴², non pare inverosimile ipotizzare che l'interesse specifico ed immediato alla base del rescritto sia nato nell'ambito della ricerca di una diversa forma di tutela di un *dominus* che, raggiunto da un'accusa estorta sotto tortura e non potendo confidare sul divieto di *quaestio contra dominos*, giunse ad escogitare un altro motivo di confutazione dell'accusa, ravvisandolo nella 'speciale' domanda posta dall'inquirente.

La linea di pensiero (diremmo oggi 'poco garantista') di Traiano avrebbe dunque indotto l'elaborazione giudiziaria a cercare nuove vie di contrasto al valore delle accuse formulate sotto *tormenta* dagli schiavi.

La contestazione riesce a fare breccia presso l'imperatore, che giunge a formulare una regola volta a censurare le condotte di quegli inquirenti che maliziosamente pilotino l'atto istruttorio: a tal fine risponde, infatti, la norma che disconosce le dichiarazioni accusatorie frutto di suggerimento. La personale visione di sfavore verso evenienze di questo tipo porta così alla proibizione di inserire nelle domande qualsiasi speciale indicazione che suggerisca il nome del sospetto autore dell'omicidio.

suggerimento, mentre sarebbe tale qualora indizi non vi fossero. Nel secondo caso, invece, le domande devono riguardare soltanto il presunto reo direttamente. Sul punto vd. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, II, cit., p. 68 ss. Forse è legittimo avanzare qualche perplessità in merito, posto che rischi di alterare la *mens* del torturato si corrono anche quando si interroghi il sospetto reo, con conseguenze in ipotesi ancora più gravi, quando si tratti di un correo. Per ulteriori considerazioni vd. *infra*, in riferimento al frammento in D. 48.18.1.22.

¹⁴² Come attesta la norma tradita in D. 48.18.1.19: vd. *infra*, cap. III, § 6.

Il caso concreto costituisce dunque l'occasione per affrontare un importante aspetto nell'ambito della ricerca di una deontologia dell'interrogatorio ancora *in fieri*.

In prosiegua, il precetto "*non debet specialiter interrogare*", atteso l'intrinseco valore metodologico, verrà proposto nella compilazione giustiniana, dopo aver subito un'opera di decontestualizzazione che le conferisce il valore di regola generale.

Va peraltro rilevato che una prima forma di generalizzazione del disposto potrebbe già essere attribuibile allo stesso Ulpiano, che riporta l'intervento imperiale nell'ottavo libro del *de officio proconsulis*, trattato in cui il giurista severiano definisce doveri e competenze dei titolari del potere cognizionale nelle province¹⁴³.

Un'osservazione di natura stilistica conduce infatti ad un primo rilievo: il testo della direttiva contiene la formulazione volutamente generica relativa a "*Lucius Titius*", di natura palesemente didattica¹⁴⁴. Pare in effetti strano che in un rescritto ("*et ita divus Traianus rescripit*") l'imperatore abbia fatto ricorso all'uso del generico *Lucius Titius*. Ebbene: il nome di scuola induce a pensare a un intervento apportato dalla mano di Ulpiano che, scrivendo il trattato, avrebbe ritenuto opportuno escerpire il dispositivo dal caso di specie, cogliendo il destro per indicare un precetto di carattere generale a coloro che si accingessero a ricoprire la carica di proconsole¹⁴⁵: colui che sta per interrogare mediante tortura non deve chiedere in maniera specifica 'se Lucio Tizio' ha commesso l'omicidio, ma più in generale 'chi' l'ha commesso. La disposizione rilasciata in risposta ad una esigenza di natura contingente potrebbe avere quindi subito una prima generalizzazione già ad opera del giurista nel momento di inserimento nel *de officio proconsulis*, forse in nome di un'esigenza di natura teoretico-scolastica.

Per questa via, il rescritto traiano viene ad acquisire un significato che gli conferisce il valore, sia pur non ufficiale, di direttiva metodologica che mira a garantire l'atto istruttorio in sé, fornendo

¹⁴³ Sull'opera ulpiana vd. all'inizio di questo capitolo, nt. 1.

¹⁴⁴ A conferma, l'*Index Interpolationum*, III, Weimar, 1935, *ad h.l.*, non segnala interpolazioni giustiniane sul passo.

¹⁴⁵ Operazione che, del resto, viene di norma compiuta sui *responsa* dei giuristi prima della loro pubblicazione.

una buona prassi, utile e formativa per la sua conduzione da parte dell'interrogante. La compilazione rinuncerà, poi, al contesto iniziale e restituirà l'indicazione di Traiano come una regola di portata generale.

A questo punto è necessario porsi un'altra domanda. Atteso che il frammento, nella sua stringatezza, non fornisce indicazioni in merito alle conseguenze derivanti da una *quaestio* eventualmente condotta in maniera difforme dall'indicazione traiana, ci si chiede se sia possibile ipotizzare che il divieto di *specialiter interrogare* fosse assistito da un grado di cogenza tale da comportare l'invalidazione delle dichiarazioni acquisite.

Prima facie, il divieto parrebbe avere natura soltanto deontologica, in quanto volto ad impartire regole di opportunità nella conduzione delle domande in sede di interrogatorio¹⁴⁶, in vista della protezione dell'istruttoria da possibili alterazioni della genuinità della dichiarazione, pur assunta tramite *tormenta*¹⁴⁷. Ma, come già si accennava, nulla traspare circa gli effetti dell'inosservanza del divieto.

La soluzione, in realtà, a parere di chi scrive, non è scontata, posto che proprio in tema di *quaestio illicita* si trova l'elaborazione di una interessante casistica di sanzioni di carattere processuale in caso di inosservanza dei divieti.

Un tentativo di soluzione del quesito, utile ai fini di una corretta valutazione della fonte stessa, richiede di allargare lo sguardo alla sede di collocazione del passo. Già nella sistematica ulpiana, secondo la ricostruzione dell'ottavo libro *de officio proconsulis* operata dal Lenel, in immediata successione rispetto al frammento che accoglie il nostro rescritto (D. 48.18.1.21) viene posto un passo (D. 48.18.1.22) ove il giurista riporta una disposizione di Adriano¹⁴⁸. I

¹⁴⁶ *Ratio* della norma traiana sarebbe la preoccupazione di prevenire che si aggirasse il "buon criterio istruttorio" di evitare che l'interrogato esprima una conclusione anziché limitarsi a riferire fatti a lui noti: ZILLETTI, *Sul valore probatorio*, cit., p. 135 e nt. 39.

¹⁴⁷ Ciò che il Lévy sottintende quando ne tratta riguardo alle "précautions à observer dans l'interrogatoire pur ne pas risquer de passer à côté de la vérité": *La torture*, cit., p. 253.

¹⁴⁸ LENEL, *Palinnesia*, II, cit., col. 980: [§ 2210] *Qui quaestionem habiturus est, non debet specialiter interrogare, an Lucius Titius homicidium fecerit, sed generaliter, quis id fecerit: alterum enim magis suggerentis quam requirentis*

due brani, pur in apparente discontinuità con la trattazione, non solo appaiono abbinati ma addirittura isolati rispetto agli altri, quasi un'enclave nell'economia del testo¹⁴⁹.

La contiguità dei frammenti 21 e 22 pare significativa. Il collegamento tra i due passi come avallato da Lenel può infatti aiutare, quasi per osmosi, ad aggiungere elementi cognitivi sul caso trattato nel nostro frammento.

D. 48.18.1.22 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Divus Hadrianus Calpurnio Celeriano in haec verba rescripsit: "Agricola Pompei Valentis servus de se potest interrogari. Si, dum quaestio habetur, amplius dixerit, rei fuerit indicium, non interrogationis culpa"*.

Il caso riguarda la *quaestio* di un servo (tale Agricola, schiavo di Pompeo Valente) che, interrogato sulla propria responsabilità ("*de se*"), finisce per fare dichiarazioni non richieste, esulanti dalla sua posizione ("*amplius dixerit*"). Un rescritto di Adriano dispone che tali informazioni, lungi dal minare la validità della tortura, "*rei fuerit indicium*".

Il dettato della norma suggerisce alcune considerazioni.

Anzitutto, occorre cogliere il significato dell'espressione "*amplius dixerit*", riferita a quelle dichiarazioni rilasciate dall'interrogato che, esorbitando dall'oggetto centrale dell'interrogatorio, determinano la chiamata in correità o lo storno dell'accusa a carico di terzi. In questo senso, il termine *reus* in fine del passo individua una persona diversa dall'interrogato. "*Agricola de se potest interrogari*", stabilisce l'imperatore, affermando la piena liceità di una *quaestio de se*, alla quale oppone il problema della possibile illegittimità delle dichiarazioni coinvolgenti altri soggetti. La contrapposizione è, dunque, tra le domande in merito alla posizione del servo interrogato

videtur. Et ita divus Traianus rescripsit. Divus Hadrianus Calpurnio Celeriano in haec verba rescripsit: "Agricola Pompei Valentis servus de se potest interrogari. si, dum quaestio habetur, amplius dixerit, rei fuerit indicium, non interrogationis culpa" [D. 48.18.1.21-22].

¹⁴⁹ Per la ricostruzione leneliana del lungo frammento in D. 48.18.1 vd. *supra*, cap. II, nt. 2.

(“*de se*”) e quelle che comportano una risposta ‘più ampia’ in quanto coinvolgono la posizione di terze persone.

Non emerge dal passo se simili accuse fossero scaturite spontaneamente oppure a causa di una *interrogatio* condotta “*specialiter*”, ma vi sono elementi per ritenere verosimile che l’*occasio legis* sia stata il dubbio sulla sorte probatoria delle risposte suggerite al servo e sconfinanti dalla sua responsabilità.

Il problema viene impostato sotto il profilo del valore processuale-probatorio della dichiarazione ‘più ampia’. Adriano stabilisce che qualora il servo “*amplius dixerit*”, forse a causa di domande ‘speciali’ che gli ‘suggeriscono’ un nome, l’accusa conseguente avrà solo valore di *indicium*¹⁵⁰.

Un’ulteriore osservazione, ad integrazione della precedente, si appunta sulla natura della “*interrogationis culpa*”, che l’imperatore esclude nella conduzione della *quaestio*. Verosimilmente, la persona accusata dal servo aveva lamentato una scorrettezza nel *modus procedendi*, forse ravvisabile proprio nella modalità di escussione delle domande. Il collegamento con il passo precedente comincia a prendere corpo: esso può condurre a presumere che l’*indicium* di Agricola fosse stato estorto sulla falsariga di domande suggestive poste da un inquirente che, attraverso la tortura del servo, cercava di pervenire all’incriminazione di altre persone.

Una valutazione a sé richiede l’inciso finale del passo, laddove Adriano stabilisce che le dichiarazioni del servo non richieste dall’interrogante (oggetto, dunque, dell’*amplius dixerit*) “*rei fuerit indicium*”, vengono cioè a rappresentare un “*indicium*” a carico del reo. L’attenzione si appunta sul valore da attribuire al vocabolo ‘*indicium*’, termine che, come noto, almeno originariamente valeva per denuncia¹⁵¹.

¹⁵⁰ In tal senso si legga ACCURSIO, gl. *amplius*, ad D. 48.18.1.22, *de quaestionibus*, l. *Divus Hadrianus*: “*qua de se. quod de aliis dixit certe hoc fuerit, id erit, vel est indicium rei, si indicaretur reus: non tamen culpa interrogatoris, id est interrogationis: quia bene sic debuit interrogari*”.

¹⁵¹ D’ORGEVAL, *L’empereur Hadrien*, cit., p. 338, definisce, non a torto, la parte finale del passo (“*si... indicium*”) “un peu mystérieuse”. Lo studioso propende comunque per ritenere che *indicium* in questo caso stia ad indicare “une présomption, non une preuve”, ma senza che questo possa inficiare la legittimità del procedimento. Si legga anche MOMMSEN, *Le droit pénal*, II, cit., p. 123, nt. 1: “*Indicium désigne*

dans son acception technique la dénonciation; le mot est également employé dans le sens qui nous est familier, mais le langage technique emploie plus fréquemment dans ce dernier sens *argumentum* ou *signum*. “*Indicium*”, derivato dal verbo *dico* (da cui discenderebbero *indico*, *index*, *indicium*), è l’atto che si traduce nella “*detectio rei occultae, praesertim criminis*”, in specie “*ab eo... qui delicti est conscius*”: FORCELLINI, *Lexicon*, cit., II, p. 799 ss. (s.v. “*index*”, “*indicium*”, “*indico*”): correlatamente, “*profiteri*” aut “*offerre indicium*” est proprie eius qui, cum sit sceleris particeps, indicat et manifestat socios, ut impunitatem obtineat” (ib., 800, s.v. “*Indicium*”). Il vocabolo *index* denota, dunque, tecnicamente il “correo narrante” (l’efficace espressione è di CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 628 ss.), “colui che mostra o indica qualcosa con la parola”. Cfr. *Thesaurus Linguae Latinae*, VII.1, Lipsiae, 1934-1964, coll. 1141 ss. (s.v. “*index*”), col. 1155 (s.v. “*indico*”, sub II); A. WALDE, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*⁴, Heidelberg, 1965, p. 349 (“mit Worten hinweisen”); G. AGAMBEN, *Signatura rerum. Sul metodo*, Torino, 2008, p. 76. È *index* anche colui che, dietro promessa di impunità, denuncia le trame segrete del crimine del quale è egli stesso compartecipe. In particolare, l’espressione “*servus index*” designa storicamente colui che *indicat*, che fornisce *indicia* a carico del *dominus*: è *index* e non *accusator* a causa del suo *status*, significando che non può fornire prove ma soltanto indizi. Cfr. anche Isid., *Etym.* 10.147: “*Index proditor ab indicando*”. Talora in Cicerone “*index*” riveste anche il significato di ‘spia’: cfr. *pro Mur.*, 22.49; *pro Sest.*, 44.95; *in Vat.*, 10.24. Sul punto R. KLEINFELLER, s.v. “*Index*”, in *PWRE*, IX.2, Stuttgart, 1916, coll. 1263 ss.; G. HUMBERT, s.v. “*Index*”, in *DS*. III.1, Paris, 1900 (rist. Graz, 1969), p. 468; T. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Utilitas publica. Denunce e pentiti nel mondo romano*, in *Panorami*, 6, 1994, p. 272 ss.; MANTOVANI, *Il problema d’origine*, cit., p. 54 nt. 140; M. MICELI, *La prova retorica tra esperienza romanistica e moderno processo penale*, in *Index*, 26, 1998, p. 278, contributo poi rielaborato ed intitolato *Tipologia della “prova” e dei “riti” all’interno dei sistemi processuali di tipo accusatorio. La prova retorica: struttura, funzione, razionalità*, in CERAMI, DI CHIARA, MICELI, *Profili processualistici*, cit., p. 132 ss.; P. CERAMI, *La collaborazione processuale: le radici romane*, in CERAMI, DI CHIARA, MICELI, *Profili processualistici*, cit., p. 263 (nt. 31), p. 266 ss., ove si sottolinea la graduale differenziazione tra l’*index* e il *delator*. Sulla ricca casistica offerta dalle fonti, specialmente di età repubblicana, è d’obbligo compulsare l’approfondita disamina ricostruita da SCHUMACHER, *Servus index*, cit., p. 9 ss., ove si pone in risalto il dato che l’impiego privilegiato del termine “*index*” era volto a denotare il ruolo di collaboratore dello schiavo al corrente di condotte criminose del suo *dominus*, se non addirittura suo complice. In tal senso cfr. anche SPAGNUOLO VIGORITA, *Utilitas publica*, cit., p. 272, che esplicita la frequente configurabilità di una presunzione di complicità, o quantomeno conoscenza, in capo allo schiavo. P. CERAMI, “*Accusatores populares*”, “*delatores*”, “*indices*”. *Tipologia dei “collaboratori di giustizia” nell’antica Roma*, in *AUPA*, 45.1, 1998, p. 155 ss. (ora confluito in *La collaborazione processuale*, cit., p. 255 ss.), in una chiarificatrice ricognizione degli aspetti peculiari della terminologia tecnico-processuale della giustizia criminale romana, sottolinea il fatto che il diffuso impiego e le modalità di gestione degli *indices* (nonché dei *delatores*) sia nel contesto del sistema accusatorio delle *quaestiones* sia in quello più o meno marcatamente inquisitorio ad esso succeduto conferiva alla giustizia penale romana una sorta di “connotazione negozial-amministrativa”, posto il ruolo fondamentale (ma non esclusivo) della misura

premiare dell'impunità in materia di collaborazione. In particolare, l'A. tratteggia un profilo semantico del vocabolo "*index*", evidenziandone l'accezione di base che contrassegna colui che informa su fatti di cui ha diretta e personale conoscenza (*ib.*, p. 127), accogliendo quanto si legge in L. FANIZZA, *Delatori e accusatori. L'iniziativa dei processi di età imperiale*, Roma, 1988, p. 20 e nt. 26. Sul rilievo e la notevole incidenza che le tecniche premiali e promozionali hanno avuto nell'esperienza giuridica romana, e segnatamente in materia criminale, vd. spec. G. LURASCHI, *Il "praemium" nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi Biscardi IV*, Milano, 1983, p. 239 ss. Inoltre, secondo CERAMI, *La collaborazione processuale*, cit., p. 266 ss., la parola *index* (come gli altri vocaboli appartenenti alla stessa famiglia semantica) soltanto a partire dal I secolo a.C. sarebbe stata impiegata con una certa regolarità per qualificare colui che, implicato nell'azione delittuosa, accusa i complici dietro promessa di impunità o comunque di un *praemium*. Nel medesimo contributo (p. 261 ss.), l'A. ricorda inoltre che la differenza tra il ruolo del *delator* (l'informatore non coinvolto nei fatti) e quello dell'*index* (il correo dissociato) si va delineando solo nelle *quaestiones publicae*, dunque dal II secolo a.C. circa, nell'ambito di un sistema processuale di stampo accusatorio. Tale distinzione si verrà offuscando nel processo delle *cognitiones extra ordinem*, come dimostrano gli scritti dei giuristi di età severiana, nei quali il tecnicismo della differente terminologia appare ormai perduto: cfr. D. 50.16.197 (Ulp. 50 *ad ed.*): '*Indicasse' est detulisse: 'arguisse' accusasse et convicisse*. Il frammento appare estremamente significativo nel delineare la distinzione tra il verbo *arguere* e *indicare*: mentre *arguere* denota l'attività processuale diretta a fornire elementi di prova, *indicare* contrassegna la mera attività di informazione; vd. DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 60 nt. 35. Secondo la ricostruzione palinogenetica proposta da LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 736, § 1241, il frammento collocato in D. 50.16.197 proverrebbe dal commento ai *senatus consulta Silanianum* e *Claudianum* e sarebbe da riconnettere a quanto si legge in D. 29.5.3.14 (Ulp. 50 *ad ed.*), ove Ulpiano ritiene preferibile considerare 'aver dato informazioni' ("*indicasse*"), e quindi meritevole del *praemium*, soltanto chi si è presentato spontaneamente a tal fine e non anche chi, accusato, trasferisce il crimine su altri: *Utrum autem is solus videatur indicasse vel arguisse, qui ad hoc prosilit ultro, an etiam is, qui, cum accusaretur ipse, detorsit in alium crimen? et magis est, ut ille hoc praemio dignus sit, qui ultro ad accusationem prosilit*. Sulla prassi di concedere agli *indices* l'impunità al fine di ottenere la dichiarazione incriminante i complici vd. anche MANTOVANI, *Il problema d'origine*, cit., p. 241 nt. 107. Sulla premialità vd. anche cap. III, nt. 156.

Vale la pena ricordare, inoltre, che nella tradizione retorica, *indicia* o *signa* sono quelle circostanze utili a rafforzare la *vis probatoria* di altri mezzi di prova: *Rhet. ad Herenn.* 2.4.6: *...Signum est per quod ostenditur idonea perficiendi facultas esse quaesita...*; Cic., *de inv.* 1.48: *Signum est, quod sub sensum aliquem cadit et quiddam significat, quod ex ipso profectum videtur, quod aut ante fuerit aut in ipso negotio aut post sit consecutum et tamen indiget testimonii et gravioris confirmationis, ut cruor, fuga, pallor, pulvis, et quae his sunt similia*; Quint., *Inst. orat.* 5.9.1.8: *... quae ad tollendam dubitationem sola non sufficiunt, tamen adiuta ceteris plurimum valent*. I *signa*, dunque, da soli non bastano a fugare i dubbi ma hanno grandissima efficacia qualora siano supportati da altri elementi. In particolare, gli *indicia* vengono in considerazione nel c.d. *status coniecturalis*, che insorge quando il reo non ammette l'accusa e di conseguenza permane il dubbio sul fatto imputato: pertanto,

si procede per ‘congetture’, ossia per indizi (cfr. ad es. *Rhet. ad Herenn.* 1.11.18; 2.2.3; Cic., *Top.* 82; 392). Sul punto vd. spec. L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli status nella retorica greca e romana*, Zurich-New York, 1986, p. 60 ss., *passim*; Id., *Logica, retorica e giurisprudenza nella dottrina degli status*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano: dall’età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del Seminario di San Marino*, 7-9 gennaio 1993, a cura di D. Mantovani, Torino, 1996, p. 209 ss. Cfr. PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 408; cfr. BRASIELLO, s.v. *Istruzione*, cit., p. 137; F. GNOLI, *Sulla teoria della prova nella Institutio Oratoria di Quintiliano (cenni introduttivi)*, in *Seminario Giuridico Gardesano 19-21 maggio 1976*, Milano, 1977, p. 135 ss. La successiva fortuna del termine ‘indizio’ si giustifica con la spiegazione etimologica del Nicolini (N. NICOLINI, *Procedura penale del Regno delle Due Sicilie*, Livorno, 1843, p. 68), il quale rifacendosi ad un passo oraziano (“*indiciis monstrare recentibus abdita rerum*”: Hor., *Ars* 49), argomenta che mostrare da segni recentemente osservati il segreto nascosto delle cose equivale a svelarli. L’acquisita accezione comune del termine non si discosta in modo significativo, dunque, da quella giuridica, che oggi definisce l’indizio come una circostanza certa dalla quale si può trarre, per induzione logica, una conclusione circa la sussistenza o la insussistenza di un fatto da provarsi. L’indizio, quindi, sarebbe non solo *argumentum demonstrativum delicti et auctoris*, ma anche, nel suo aspetto negativo, *argumentum demonstrativum innocentiae*: così G. BELLAVISTA, s.v. “*Indizi*”, *ED.* 21, 1971, p. 224. Nelle fonti canoniche e nel sistema delle prove legali, gli indizi saranno poi oggetto di tentativi di classificazione circa la qualità e la quantità dei medesimi, come idonea fonte del convincimento giudiziale. Tuttavia, indizi e presunzioni si confondono: la *praesumptio*, e cioè l’*argumentum ad credendum unum factum surgens ex probatione alterius*, diventa più che un mezzo di prova, un argomento sostitutivo della prova e viene correlata al giuramento suppletorio e alla *purgatio canonica*. Questa confusione tra indizi e presunzioni continua presso i glossatori, ma nella dottrina successiva si inizierà a considerare la prova indiziaria come probatoriamente più debole, e si deve arrivare al XVI secolo per avere una controllata rivalutazione della medesima, sempre che sia certa la circostanza indiziante: “*indicia a iure approbata non minorem auctoritatem et fidem prestant, quam testes et instrumenta*”, e tuttavia si avvisa che “*indicia quae vim plenam habent in civilibus, non sufficiunt ad condemnandum in criminalibus*” (F. CASONUS, *De indiciis et tormentis*, Venetiis, 1580, p. 411), con ciò ammettendo la minore efficacia probatoria dell’indizio in genere. Con la *Constitutio Criminalis Carolina* del 1530 può dirsi si abbia il primo completo tentativo di regolare normativamente la prova indiziaria: si determina la sufficienza degli indizi *ad inquirendum* (art. 18), e si stabilisce il principio che gli indizi, ancorché gravi e molteplici, non possono portare mai alla condanna, ma legittimano la tortura (“*indicia ad torquendum*”) (artt. 20 e 22). Vd. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, III, Torino, 1956, p. 416; V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, Milano, 1958, p. 3 ss. L’evoluzione del vocabolo è stata di recente tratteggiata nelle sue linee essenziali anche da M. VARVARO, “*Certissima indicia*”. *Il valore probatorio della chiamata in correità nei processi della Roma repubblicana*, in *AUPA* 52 (2007-2008), p. 369 ss. (ivi ulteriori fonti e bibliografia) che rileva come, in prosieguo di tempo, il vocabolo ha conosciuto una sorta di virata semantica (*ib.*, p. 372) che ne ha segnato l’impiego nei secoli successivi nell’accezione di elemento probatorio valutabile dall’organo giudicante in considerazione dei riscontri che ne confermino l’at-

Due le possibili letture. Accogliendo il significato tradizionale, il servo *qui amplius dixerit* avrebbe compiuto, mediante tali ulteriori dichiarazioni, una chiamata in correità a carico di terzi che, però, solleva dubbi di liceità (come argomentabile dalla lamentela riguardo all'*interrogationis culpa*).

Al riguardo, pare opportuno osservare, incidentalmente, che il profilo di invalidazione della *quaestio* poteva essere duplice: qualora l'accusa del servo avesse raggiunto il *dominus*, questi per difendersi avrebbe potuto fare leva sul generale divieto di *quaestio in caput domini* che Adriano aveva fermamente ribadito¹⁵². Se, invece, il chiamato in correità fosse stato un terzo, il divieto non avrebbe operato: in tal caso, argomento difensivo di talento si sarebbe appalesato quello teso a porre nel dubbio la correttezza metodologica della *quaestio*, magari proprio rimarcando la suggestività delle domande.

La peculiarità del contesto in cui si inserisce la soluzione imperiale e il tenore della risposta stessa (così come riferita) sembrano peraltro aggiungere una sfumatura peculiare al termine *indicium*, almeno nel caso *de quo*.

La risposta imperiale così suona: “*Si, dum quaestio habetur, amplius dixerit, rei fuerit indicium, non interrogationis culpa*”. Adriano, dunque, esclude nella fattispecie vizi dell'interrogatorio (“*interrogationis culpa*”) e conferma la validità della *quaestio*. Non solo. L'imperatore salva le informazioni più ampie in tal modo acquisite ma quando stabilisce che queste “*rei fuerit indicium*” non pare tanto riferirsi alla loro essenza accusatoria quanto al valore probatorio, sotto il profilo dell'utilizzabilità. In altri termini, Adriano, nel salvare la dichiarazione eteroaccusatoria oggetto dell'*amplius dixerit*, avrebbe inteso limitarne anche la qualità, non riconoscendole valore di prova piena e degradandola a livello di mero elemento indiziario.

tendibilità. Tra le fonti in tal senso conferenti, a mio parere, può trovare motivata collocazione anche il passo che andiamo esaminando, D. 48.18.1.22, per le ragioni esposte nel testo. Con particolare riguardo alla normativa sugli *indices* nelle *quaestiones perpetuae* sino al I secolo dell'Impero si veda ora RUSSO RUGGERI, *Indices et indicia*, cit., *passim* (ivi bibliografia).

¹⁵² Dalle frequenti dichiarazioni accusatorie a carico dei padroni, scaturì la complessa problematica dell'ammissibilità della *quaestio in caput domini* (vd. cap. III, § 4).

Pertanto, se, come qui si ipotizza, il problema sottoposto all'imperatore Adriano riguarda il valore delle affermazioni estorte al servo sotto tortura, pare verosimile ritenere che anche il termine *indicium* sia da leggersi in questa prospettiva. Se, da un lato, pare innegabile che il contenuto dell'*amplius dixerit* sia un'accusa (forse in dotta dalla suggestività delle domande), dall'altro, l'ambito di incidenza della medesima (emersa a causa delle 'più ampie' dichiarazioni) appare quello della sua utilizzabilità probatoria, tant'è vero che l'imperatore si preoccupa di escludere censure all'operato dell'interrogante, precisando che non sussiste una *interrogationis culpa*.

La regola indicata al giudice appare, quindi, configurabile in questi termini: le dichiarazioni estorte allo schiavo esulanti dalla sua posizione e dalle domande rivolte ("*amplius dixerit*") devono essere salvate, così come l'interrogatorio. D'altronde, la soluzione è inevitabile conseguenza di logica giuridica: se viene salvata la *quaestio*, non possono invalidarsi nemmeno le dichiarazioni rese durante la sua esecuzione. Tali dichiarazioni, tuttavia, non partecipano del valore di una vera prova ma vanno corroborate da ulteriori elementi che ne rafforzino l'affidabilità. *Indicium*, dunque, pur rappresentando in sostanza una chiamata in correità, verrebbe altresì a denotare, almeno in questo caso, che il contenuto dell'accusa necessita di ulteriori riscontri atti a confermarne l'attendibilità.

A ben guardare, quindi, la decisione di Adriano se esclude la presenza di vizi di metodo (sussistenti invece nella fattispecie risolta da Traiano), non sembra nemmeno considerare ipotetiche eccezioni fondate sulla violazione di divieti specifici, quali il divieto di *quaestio in caput domini*. Di conseguenza, pare verosimile ritenere che il caso non fosse pertinente alla tematica della tortura del servo *contra dominos* in quanto, in caso contrario, l'imperatore avrebbe accolto la relativa eccezione, alla luce del suo attestato orientamento in tema.

Se si accetta che la questione sia da porre in questi termini, ne deriva che le dichiarazioni *ultra petita* rese dall'interrogato avevano coinvolto un terzo, persona fisica distinta dal *dominus*, che aveva portato avanti una linea difensiva basata sulla suggestività dell'interrogatorio del servo, difesa che Adriano non riterrà meritevole di accoglimento poiché non c'è *interrogationis culpa*. L'estraneità del caso alla problematica delle dichiarazioni accusatorie rese dal servo a cari-

co del padrone viene confermata anche dalla validità riconosciuta alle dichiarazioni estorte, pur nella teorizzata *deminutio probatoria*¹⁵³, che collima quindi con la correttezza deontologica della *quaestio*.

A fronte delle considerazioni svolte pare possibile introdurre alcune osservazioni, nella ricerca di elementi che consentano di inferire quale potesse essere la sorte processuale delle dichiarazioni rese in risposta ad una domanda suggestiva.

Come già rilevato, dall'ulpiano *de officio proconsulis* i compilatori del Digesto hanno largamente attinto materiale utile al confezionamento del titolo *de quaestionibus*, ove risulta composto una sorta di testo unico sulle modalità di escussione dell'interrogatorio mediante *tormenta*. In particolare, all'interno del primo, lungo frammento, vengono esposti in gran parte i limiti alla tortura, che paiono raggruppati così da formare un insieme unitario utile per l'impostazione giuridica dell'istituto che va ben al di là di una semplice ricostruzione metodologica. Essa comporta effetti giuridici e processuali tecnicamente ben delineati, frutto di una elaborazione giurisprudenziale e legislativa tutt'altro che improvvisata. La visione d'insieme evidenzia come i passi riportati, basati soprattutto su costituzioni imperiali, intendano non solo porre regole pratiche per l'escussione dei testimoni ma appaiano anche volti a fissare una procedura che risulti idonea a ricomporre, per quanto possibile, la verità dei fatti ed anche valida ai fini dell'utilizzabilità delle risultanze dell'interrogatorio in sede giudiziale.

In questo contesto si colloca il rescritto in D. 48.18.1.21, che può ritenersi esposizione di un vero e proprio divieto di domande suggestive introdotto da Traiano per un caso specifico e poi dotato dai giustiniani di intento precettivo ed organico, in sintonia con gli altri interventi imperiali che i compilatori passano in rassegna nello stesso paragrafo¹⁵⁴. Tuttavia, attesa la mancanza di indicazioni specifiche nel passo in esame, non sembra possibile esprimere in termini di certezza la conclusione che tale divieto fosse assistito da una corrispondente proibizione per il giudice di tenere in conto, ai fini della decisione, le dichiarazioni assunte con inosservanza del divieto stesso.

¹⁵³ Cfr. D. 48.18.1.16.

¹⁵⁴ Sul tema vedi meglio in cap. III, § 6.

Pare quindi soluzione più prudente quella di limitarsi a evidenziare come la regola introdotta da Traiano rispondesse essenzialmente a finalità deontologiche, di cui non conosciamo peraltro la concreta incidenza a livello processuale.

Ciò non esime dal valorizzare in questa direzione alcune osservazioni già svolte, come la significativa collocazione del passo nel primo frammento del titolo D. 48.18, attento alle questioni relative alla *fides quaestionum*¹⁵⁵, la formulazione della regola nell'ambito della problematica del divieto di *quaestio servile in caput domini* e, infine, l'abbinamento ad un altro passo (D. 48.18.1.22) ove il tema della valutazione delle dichiarazioni assunte è impostato in maniera tecnica e, in casi analoghi, risolto con la sanzione dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni *ultra petita*.

A queste considerazioni si aggiunga il tenore del rescritto traiano: ancorché il frammento non risulti trascrivere la forma esatta dei *verba legis*, non pare obiettabile l'intento precettivo della formula per cui l'inquirente "*non debet specialiter interrogare*"¹⁵⁶.

A questo punto pare possibile prospettare la ricostruzione dei fatti che hanno dato luogo al rescritto.

Il disposto traiano in D. 48.18.1.21 rappresenta la risposta ad un caso attinente alla *quaestio* di un servo, probabilmente sospettato di conoscere l'autore di un omicidio. Sotto tortura, il servo aveva reso dichiarazioni accusatorie a carico di terzi (forse lo stesso *dominus*) ma, probabilmente, sulla base di domande che gli avevano reso noto come l'inquirente cercasse elementi a carico di altri complici,

¹⁵⁵ Espressamente ripresa in D. 48.18.1.23.

¹⁵⁶ Va colta, ad esempio, la differenza con la terminologia impiegata, sempre in materia di testimonianza, nel rescritto di cui a D. 22.5.3.2, laddove l'imperatore Adriano suggeriva al magistrato, al fine della formazione del proprio convincimento, la libera ma coscienziosa valutazione delle prove acquisite: "*...Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris*". In questo caso, Adriano prescrive con fermezza la necessità di assunzione di strumenti probatori eterogenei, ma lascia all'opportunità del caso specifico ("*oportet*") la valutazione sull'attendibilità delle stesse. Per un'accurata esegesi del passo rinvio a ZILLETTI, *Sul valore probatorio*, cit., p. 137 ss., che vede nel brano di Callistrato "le tracce non di atteggiamenti sporadici, ma di una vera e propria politica adrianea volta alla precisazione di aspetti centrali del giudizio di fatto" (p. 139). In tema vd. anche *supra*.

il cui nome era stato verosimilmente esplicitato nelle domande stesse¹⁵⁷. Il servo, forse per garantirsi un premio, ma certo per porre fine alla tortura, aveva assecondato simili domande ‘suggerenti’. L’atto istruttorio viene sottoposto dalla persona così accusata alla cognizione dell’imperatore Traiano che perviene ad enunciare la regola di cui ci occupiamo¹⁵⁸.

In conclusione, si può riflettere come, pur nella sua concisione, il precetto imperiale sia non solo rivolto all’individuazione di un limite al valore delle dichiarazioni ma si riveli attento anche al momento della corretta acquisizione del materiale probatorio, così rispondendo ad una pluralità di esigenze. Il rescritto consente, infatti, di enucleare svariati aspetti dei problemi connessi al ricorso allo strumento investigativo attinenti a profili di regole di economia probatoria, in corrispondenza all’emergere del più ampio interesse alla formazione di un inquirente che deve seguire modalità operative tali da assicurare una corretta impostazione dell’interrogatorio¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Finché l’inquirente agisce al fine di strappare una dichiarazione confessoria in merito alla colpevolezza della persona assoggettata a *quaestio* (cfr. D. 48.18.1.22 ove, come si è visto, il servo viene interrogato *de se*) la domanda, pur suggerendo inevitabilmente la risposta (dovendosi configurare all’incirca in questi termini: “sei tu il colpevole?”), non parrebbe, dunque, propriamente considerata suggestiva.

¹⁵⁸ Pare interessante rilevare che nel lungo frammento in D. 48.18.1 si annoverano altri tre rescritti di Traiano, anch’essi escerpiti dal libro ottavo *de officio proconsulis* di Ulpiano e paradigmatici quanto al pensiero inquisitorio dell’imperatore. In D. 48.1.11 si ricorda un rescritto con cui l’imperatore ammette la *quaestio* del servo del marito contro la moglie; nel rescritto in D. 48.1.12 dispone che i servi di un condannato potevano essere torturati contro di lui dal momento in cui avessero cessato di appartenergli; in D. 48.18.1.19, infine, Traiano si pronuncia sulla confessione dei servi *contra dominos*, ritenendola ammissibile e utilizzabile dal giudice ai fini della decisione. Si tratta, in sostanza, di altri interventi in cui l’attenzione si pone sotto il profilo dell’utilizzabilità delle informazioni acquisite. Sulla composizione del frammento vd. *supra*, cap. II, nt. 2.

¹⁵⁹ La regola è consona ai sistemi processuali di tipo accusatorio, basati sull’agone tra accusa e difesa, dove l’attendibilità del teste è un dato di grande delicatezza: un teste ‘indotto’ a fornire una versione preconfezionata potrebbe, in corso di contraddittorio, rivelare tutta la sua inconsistenza, così nuocendo non solo alla tesi di chi lo aveva prodotto, ma anche alla credibilità stessa di questi, con effetti negativi spesso difficili da recuperare. Viceversa nei sistemi di tipo inquisitorio, dove il giudice veste anche il ruolo di inquirente, o comunque è munito di grande e incensurabile discrezionalità nella valutazione delle prove, l’ottenimento di una versione di comodo, per nulla o solo in parte basata sulla autentica conoscenza dei fatti, si può rivelare utile strumento per la definizione del

Sfrondato di ogni elemento contingente, pone una distinzione concettuale di grande rilievo sotto il profilo della tecnica probatoria, fondando un basilare criterio istruttorio, teso ad evitare che l'interrogato esprima accuse anziché limitarsi, come gli compete, ad esporre circostanze a lui note, soprattutto attinenti alla propria posizione¹⁶⁰. L'eventuale nome fornito dall'*interrogatus* in assenza di alcun speciale suggerimento si presta, invece, ad essere considerato altamente attendibile e frutto di una reale conoscenza dei fatti¹⁶¹.

In questa prospettiva, il messaggio immediatamente emergente dalla fonte pare dare voce ad un interesse di portata generale: chi interroga è un inquisitore che cerca conferme alla sua tesi oppure un investigatore che cerca la verità?

La direttiva di Traiano mira a garantire l'acquisizione di informazioni genuine attraverso l'imposizione di una generale correttezza istruttorio, a salvaguardia di un interesse processuale primario, l'utilizzabilità delle informazioni acquisite¹⁶².

processo e, di conseguenza, le domande suggestive possono trovare un *humus* che agevola la loro proliferazione.

¹⁶⁰ Anche nel probabile timore che l'uso di simili mezzi d'indagine potesse degenerare in uno strumento persecutorio: ZILLETTI, *Sul valore probatorio*, cit., p. 135 nt. 39. Si ricorda inoltre, per la sua incisività, D. 48.18.18.3 (cap. II, § 4).

¹⁶¹ Ciò richiederebbe altresì che l'interrogato venga mantenuto in uno stato soggettivo di *'tabula rasa'* non solo durante l'interrogatorio, ma anche nelle fasi antecedenti o comunque propedeutiche allo stesso. Appare infatti importante evitare l'inquinamento dell'attendibilità dei testi attraverso domande che, ancor prima di cercare informazioni, cerchino risposte di supporto alle personali convinzioni dell'inquirente. È tutt'altro che inverosimile, infatti, supporre che alla base della direttiva vi sia stato anche il legittimo timore che il convincimento personale dell'interrogante, se non addirittura dell'interrogato, prevalesse sull'accertamento della verità dei fatti finendo poi per porsi come fondante la decisione dell'organo giudicante.

¹⁶² Secondo la prassi abituale, la prova testimoniale, che poteva essere resa o per iscritto o dai testi presenti (Quint., *Inst. orat.* 5.7.1: "*per tabulas aut a praesentibus*"), veniva condotta dall'accusatore: "*testes interrogandi, sublevandi, refutandi*" (Plin., *Ep.* 3.9.24). Vd. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 112. Nei processi penali la *potestas testibus denuntiandi* competeva di regola all'accusatore non al difensore: la difesa poteva contare soltanto su eventuali testi che si presentassero spontaneamente. Tale disposizione viene riferita da Quintiliano per la procedura ordinaria in *Inst. orat.* 5.7.9: *Et quoniam duo genera sunt testium, aut voluntariorum aut eorum quibus (in) iudiciis publicis lege denuntari solet, quorum altero pars utraque utitur, alterum accusatoribus tantum concessum est: separemus officium dantis testes et refellentis*. Non è chiaro se, e in quale misura, fosse applicata

Il rescritto affronta dunque un tipico problema processuale ancor prima che sostanziale¹⁶⁵: la ricerca di criteri in grado di garantire la corretta acquisizione di risposte attendibili. Tali criteri convergono, in concreto, nel metodo di pratica conduzione dell'atto, tra cui, appunto, la regola attinente alle domande suggestive, nella più generale dimensione di quelle regole processuali la cui inosservanza, oltre a fornire argomenti logici ai difensori delle parti, è destinata a incidere sulla regolarità (e quindi sull'esito) del processo stesso. Anzi, il principio appare anche strettamente connesso, quale corollario, alla regola augustea espressa in D. 48.18.1pr., in forza della quale la *quaestio* non deve essere il primo atto istruttorio.

Inoltre, se il canone che vuole la tortura adottabile solo contro persone sospette, già raggiunte da gravi indizi di colpevolezza, impone la verifica del criterio logico della compresenza di una pluralità di elementi di prova, la regola di cui ora si parla pare imporre anche un ordine cronologico nella consequenzialità degli atti istruttori.

L'apparente generica ovvietà del problema sull'affidamento che il giudice può fare sulle dichiarazioni estorte con tortura diviene pertanto occasione per porre uno dei capisaldi del processo penale: la

anche alla *cognitio senatus*: DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 105 ss. L'A. ritiene comunque verosimile la possibilità davanti al tribunale senatorio di evocare testimoni anche per la difesa dietro espressa autorizzazione del senato, e questo in virtù della maggior libertà di cui godevano i senatori nell'esercizio del loro potere giurisdizionale. Vd. anche VINCENTI, *Duo genera*, cit., *passim*.

¹⁶⁵ ZILLETTI, *Studi sulle prove*, cit., p. 196 ss., spiega con grande chiarezza che la peculiarità della prova testimoniale nel processo penale è la sua immediatezza. Nel processo penale "è più netta l'autonomia rispetto ai problemi sostanziali e [...] l'esigenza dell'oralità-immediatezza è immanente e non facilmente declinabile", sottolineando come il processo penale, rispetto a quello civile, presenti una tensione alla ricerca della verità dei fatti più profondo rispetto a quello civile che determina la necessità di consentire al giudice un più vasto ambito di libertà nella valutazione delle prove. Infatti, "mentre nel processo civile la "verità" tende a identificarsi con la certezza nella misura in cui, 'prima' e nel processo, il ruolo delle parti determina l'ambito e i modi stessi di acquisizione giudiziale dei fatti in quanto si siano adottati i modi legali, vincolati o preferenziali, di costituzione o di accertamento dei rapporti, nel processo penale tendenzialmente la prova è tutta 'dentro' il procedimento, con la conseguenza che emergono in primo piano quelle prove che rappresentano il fatto formandosi alla presenza e sotto la direzione del giudice" (*ib.*, p. 197 nt. 9). Pertanto, uno dei capisaldi cui non si può rinunciare nel processo penale è la difesa della necessità di comparizione del teste davanti al giudice, unitamente all'obbligatorietà della testimonianza.

credibilità del teste dipende anche dalle modalità con cui l'interrogante pone le domande, e il valore delle dichiarazioni rese può essere inficiato dal mancato rispetto delle regole procedurali dettate.

7. *La ripetizione della tortura*

Esigenze istruttorie possono talora condurre alla reiterazione dei *tormenta*. Ciò appare consigliabile, ad esempio, quando l'inquisito, già *tortus*, abbia rilasciato dichiarazioni che inducono a sospettare che possieda più informazioni di quante già rilasciate. Una documentazione in tal senso viene offerta da Modestino, all'interno di un frammento tratto dal terzo libro *de poenis* e conservato nei *Digesta*:

D. 48.18.16 (Mod. 3 *de poen.*): *Repeti posse quaestionem divi fratres rescripserunt. 1. Is, qui de se confessus est, in caput aliorum non torquetur, ut divus Pius rescripsit.*

Il passo riferisce di due interventi imperiali, uno di portata apparentemente generale, l'altro teso a porre un confine all'arbitrio della pretesa investigativa¹⁶⁴.

L'*incipit* suona come una regola precettiva di ampia portata, posta da Marco Aurelio e Lucio Vero: "*Repeti posse quaestionem*", la tortura può essere ripetuta. Il testo, nella sua concisione, non precisa peraltro le condizioni necessarie perché si possa procedere in tal senso. Il discorso di Modestino, in effetti, non sembra avere come perno l'aspetto regolativo della ripetizione dei *tormenta* ma pare convergere in realtà verso il criterio esposto nel paragrafo 1, ove il giurista ricorda un limite stabilito da Antonino Pio: colui che ha già confessato *de se* non deve essere torturato circa la responsabilità di altri.

I due periodi riportano direttive di diverso respiro. Laddove il *principium* pare esprimere una considerazione quantitativa, il para-

¹⁶⁴ FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, II, cit., p. 93 ss., p. 143 ss., considera la norma in D. 48.18.18.1 "imprecisa e vaga". In senso conforme al rescritto di Antonino Pio in D. 48.18.16.1 si esprimeranno, nel 425 d.C., anche Onorio e Teodosio II (C.Th. 9.1.19.1 = C. 9.2.17.1): "...*veteris iuris auctoritas de se confessos ne interrogari quidem de aliorum conscientia sinat*".

grafo 1 comporta piuttosto una valutazione sulla qualità delle domande. Una cosa è consentire la moltiplicazione delle torture, altra è escludere dalle stesse alcuni ambiti tematici: se nel primo caso la regola è esclusivamente di natura ordinatoria, tesa a regolamentare una possibile sequenza di atti nell'ambito del procedimento istruttorio, nel secondo l'attenzione si sposta sul contenuto dell'atto e diventa principio che limita i poteri dell'istruttore e, in sostanza, l'utilizzo degli apporti derivanti dalla tortura.

Inoltre, laddove il principio dei *divi fratres* per cui "*repeti posse quaestionem*" non risulta contestualizzato rispetto all'esito della precedente *quaestio*, la regola di Antonino si applica invece soltanto al caso di chi, in prima battuta, si sia già reso *confessus de se*. Il monito è anche riportato all'interno delle *Pauli Sententiae*, ove si vieta la tortura di chi abbia già confessato le proprie responsabilità:

Paul. Sent. 1.12.6: Qui de se confessus est, in alium torqueri non potest, ne alienam salutem in dubium deducat, qui de sua desperavit.

Il veto è dunque operante soltanto nel caso in cui si intenda torturare nuovamente colui che abbia già confessato la propria colpevolezza. Ragionando *a contrario* dalla norma contenuta in D. 48.18.16.1, pare allora possibile considerare ammissibile la ripetizione dei *tormenta* qualora, e fino a quando, l'inquisito non abbia riconosciuto la propria responsabilità¹⁶⁵.

Il rescritto antoniniano risulta confermare il generale sfavore per la chiamata in correità¹⁶⁶, applicandolo al caso particolare del

¹⁶⁵ Diverso parrebbe, allora, il discorso per le accuse *in caput aliorum* rilasciate prima della confessione, magari nel corso della prima seduta di *tormenta*.

¹⁶⁶ MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 324, così commenta la norma: "il rescritto corrisponde al generale sfavore per ogni forma, sia pur velata, di chiamata in correità: l'impunità, in tali casi, andava negata e la stessa *confessio* sottoposta ad un'accurata analisi per verificare se era stata indotta da paura o da motivi comunque non coincidenti con il sincero pentimento". PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression of Crime*, cit., p. 234 ss., ritenendo che sotto Antonino Pio non vi fosse altra forma di tortura legittima per ottenere il nome dei complici se non quella sui condannati, sostiene che il frammento in esame riguarderebbe il problema della tortura di un *confessus* prima della condanna. Lo studioso sottolinea altresì come la soluzione qui offerta verrà poi disattesa da una disposizione dei *divi fratres* che

torturato reo confesso. La *ratio* del limite appare intuitiva: chi, sposato da precedenti *tormenta*, è già arrivato ad incriminare se stesso, sarà in effetti ancor meno in grado di opporre resistenza ad ulteriori torture, il cui esito eteroaccusatorio appare praticamente scontato. Non pare difficile comprendere, in effetti, che chi ha già ammesso la propria colpevolezza è meno restio a mentire in merito alla responsabilità altrui.

Nella sistematica giustiniana la fonte trova una significativa collocazione: il brano viene infatti incuneato tra un passo di Callistrato che, almeno in linea di principio, esclude la *quaestio* contro gli uomini liberi e i minori di quattordici anni (D. 48.18.15) ed un frammento tratto dai *responsa* di Papiniano in cui, sostanzialmente, si vieta la tortura *contra dominos* (D. 48.18.17). L'osservazione permette di ipotizzare con un certo grado di verosimiglianza che la possibilità di disporre la ripetizione della tortura, limitata dallo stesso Modestino, trovi nel tessuto giustiniano un ulteriore confine nei divieti esposti nei brani che lo contornano, volti a tutelare determinate categorie dalla sottoposizione allo strumento.

In simile contesto, il passo di Modestino assolve, dunque, alla funzione di richiamare alla salvaguardia dei diritti riconosciuti a protezione di determinati soggetti (richiamati, appunto, dai passi circostanti): il brano, infatti, pur esordendo con la regola sancita dai *divi fratres* che permette la reiterazione dei *tormenta*, si rivela soprattutto funzionale alla valorizzazione dell'eccezione, che finisce quasi per diventare la vera regola: colui che ha confessato la propria responsabilità non deve essere torturato in merito all'altrui posizione.

Al riguardo, si potrebbe anche ipotizzare che, sino al rescritto di Antonino Pio, la regola applicata fosse quella divenuta successivamente eccezione. In termini temporali andrebbe invertito l'ordine espositivo del testo di Modestino: Antonino Pio, affrontando il problema in occasione di una vicenda specifica, avrebbe disposto che il reo confesso (sotto tortura) non doveva poi essere torturato anche *in caput aliorum*. In relazione ad un altro caso concreto, Marco Aure-

risolverà un caso simile, riportato in D. 48.18.1.27 (vd. *infra*, cap. III, § 3). Cfr. BRUNT, *Evidence given under Torture*, cit., p. 263.

lio e Lucio Vero avrebbero invece deciso in senso inverso, in favore, cioè, della ripetizione della tortura.

Nel brano di Modestino l'inversione dell'ordine cronologico di viene utile per l'emersione della regola infine avallata, per cui, in linea di principio, la ripetizione dei *tormenta* è ammessa.

In ogni caso, l'andamento del discorso consente di supporre che il giurista non avesse inteso considerare sostituita la norma di Antonino Pio dal sopravvenuto intervento dei *divi fratres* bensì, semplicemente, porre un criterio generale seguito dalla relativa eccezione.

Sorge tuttavia il dubbio circa il raccordo tra simile statuizione e la necessità investigativa di scoprire i nomi di eventuali complici: il reo confesso non può, infatti, secondo la disposizione di Antonino Pio, essere torturato *in caput aliorum*. Questo, mi pare, può solo significare che il nome di eventuali correi deve, per così dire, sfuggire al *tortus* durante la prima tortura¹⁶⁷. Ma una *quaestio* appositamente ripetuta per ottenere dichiarazioni eteroaccusatorie dopo la confessione dell'inquisito non sembra ammissibile.

La regola dei *divi fratres* non rappresenta soltanto, come *prima facie* potrebbe sembrare, l'espressione di un incondizionato arbitrio concesso all'inquirente che si accanisce nel voler estorcere una confessione all'indagato, ma potrebbe anche leggersi alla luce della condizione procedurale posta da Adriano che aveva stabilito che “*ad tormenta servorum ita demum veniri oportet, cum suspectus est reus et aliis argumentis ita probationi admovetur, ut sola confessio servorum deesse videatur*”¹⁶⁸.

In questa linea di pensiero si colloca un passo tratto dal quinto libro delle *Pauli Sententiae*¹⁶⁹, ripreso dai giustinianeî nei *Digesta*, ove espressamente si consente la reiterazione dei *tormenta* quando il reo è già schiacciato da altre prove:

¹⁶⁷ A conferma, si nota che anche in D. 48.18.1.19, passo relativo al problema della complicità tra padrone e servi, l'accusa contro il *dominus* resa dai servi torturati era sfuggita mentre costoro *in se torqueantur*. Quest'ultimo brano va peraltro inquadrato, a sua volta, nell'alveo della più specifica tematica attinente al divieto di *quaestio contra dominos*, su cui *infra*, cap. III, § 4.

¹⁶⁸ D. 48.18.1.1. Vd. anche D. 48.18.18.2. Su questi frammenti si vedano le osservazioni svolte nei precedenti §§ 3 e 4.

¹⁶⁹ = *Paul. Sent.* 5.14.3.

D. 48.18.18.1 (Paul. 5 sent.): *Reus evidentioribus argumentis obpressus repeti in quaestionem potest, maxime si in tormenta animum corpusque duraverit.*

Il ragionamento appare impostato a considerazioni di natura prettamente procedurale: condizione necessaria per la ripetizione dei *tormenta* è la schiacciante gravità delle prove sino a quel momento prodotte contro l'accusato ("*evidentioribus argumentis obpressus*"), soprattutto se l'animo e il corpo sono usciti rafforzati dai tormenti.

Anche in questa riflessione è visibile l'orientamento impresso dalla norma adrianea appena ricordata, in base alla quale per procedere alla tortura è necessaria la preesistenza di elementi probatori così gravi che sembri ormai mancare soltanto la confessione dell'accusato.

Il brano esprime, in sostanza, una forma rafforzata del criterio adrianeo che esige un castello probatorio praticamente completo, mancante soltanto della confessione finale, perché si proceda a *quaestio*. Secondo questo passo, infatti, sarebbe consentita la ripetizione dei *tormenta* nei confronti del reo che appaia "*evidentioribus argumentis obpressus*": ciò significa che il reo non ha ancora confessato. Ne consegue, allora, che la reiterazione è ammessa qualora la sussistenza di gravi indizi lascia fondatamente presumere che si riuscirà ad ottenere la confessione¹⁷⁰. È dunque il fine della confessione che autorizza la ripetizione.

Al riguardo, si nota la consonanza tra Adriano che ravvisava nella confessione la finalità ultima della tortura e il divieto di reiterare i *tormenta* su chi è già *confessus* (finalizzato ad estorcere ulteriori accuse *in caput aliorum*) stabilito da Antonino Pio. Laddove si è già

¹⁷⁰ MATTHAEUS, *De criminibus. Ad lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius*, cit., p. 556 ss., interpreta la disposizione nel senso della possibilità della reiterazione della *quaestio* "ex causa": "At qua causa justa? Si reus evidentioribus argumentis opprimatur... si nova emerint indicia". Il trattatista sottolinea poi come il participio "oppressus" (in D. 48.18.18.1) "praeteriti non futuri temporis est, adeoque et eum designat, qui ante quaestionem primam evidentioribus argumentis premebatur". Ma "quod si secundam quoque quaestionem reus duritie animi superaverit, non est deveniendum ad tertiam, nisi nova emergant indicia. Emergentibus autem indiciis, si tertiam quoque magna firmitudine sustinerit, absolvendus est. Est et illa iusta causa repetendae quaestionis, si levior prima quaestio fuerit, quam aut criminis magnitudo, aut robur torquendi exigat... Quod si tum quoque repetitam quaestionem pernegando superarit, ad tertiam absque novis indiciis non est perveniendum" (ib., p. 557).

ottenuta una confessione non si deve tentare di estorcere ulteriori informazioni, in quanto il reo confesso non appare idoneo a fornire elementi significativi nei confronti dei correi, contro i quali occorrerà acquisire ulteriori ed autonomi *argumenta*.

La politica legislativa imperiale vede, dunque, come fine e giustificazione della *quaestio* la confessione del reo: la sottoposizione alla tortura risponde all'intento di strappare all'imputato la confessione definitiva della propria colpevolezza circa il fatto contestato. Pertanto, una volta che questa è stata ottenuta, e quindi la tortura ha raggiunto l'atteso risultato, non si ammette l'abuso del mezzo e se ne proibisce la reiterazione che oramai, a questo punto, sarebbe *in caput aliorum*.

Pare altresì interessante sottolineare nella lemmatica del brano in discorso l'uso dell'aggettivo *evidens* nel grado comparativo: per la ripetizione dei *t tormenta* si richiede, infatti, la necessità di "*evidentiora argumenta*". Il dato non pare privo di valore qualora correlato a considerazioni teoriche di più ampio raggio. In altri termini, esso pare sottendere l'idea per cui gli ulteriori elementi di prova, richiesti sia per procedere ad una prima che ad una seconda escussione sotto tortura, hanno un valore superiore rispetto alla tortura nella scala di importanza ed attendibilità dei mezzi probatori.

Tuttavia quanto sin qui esposto si deve coordinare con un'altra condizione: la tortura può essere ripetuta non soltanto qualora una prima seduta non abbia dato l'esito atteso dagli inquirenti ma soprattutto nel caso in cui il *tortus* abbia manifestato una resistenza al dolore superiore alla *media*¹⁷¹.

Si tratta comunque soltanto di una possibilità (come attesterebbe il verbo *potest*), valutabile quindi in termini di apprezzamento discrezionale, come risulterebbe dalla considerazione di chiusura ove il giurista mostra di ritenere utile la reiterazione *maxime si in tormenta animum corpusque duraverit*, offrendo così, al contempo, un criterio orientativo per la decisione in tal senso¹⁷².

¹⁷¹ Cfr. la riflessione dell'ignoto Autore dell'Erenniana per cui: "*deinde dolori credi non oportere, quod alius alio recentior sit indolore*" (*Rhet. ad Herenn.* 2.7.10). In tema vd. più approfonditamente *infra*, cap. III, § 2.

¹⁷² Al contempo, l'inciso finale permetterebbe di considerare che la condizione dell'esistenza di prove pesantemente a carico potrebbe persino, in taluni casi,

L'esposizione di Modestino, invece, è parametrata sulla necessità di evitare eccessi accusatori su una persona già duramente provata da un primo interrogatorio sotto tortura che aveva già portato alla confessione *de se* (mirava, infatti, ad escludere la ripetizione in una *quaestio in caput aliorum*).

I due passi, comunque, si integrano reciprocamente: laddove D. 48.18.16 rimarca la finalità di ottenere la confessione *de se* senza menzionare la necessità di altri elementi probatori, D. 48.18.18.1, al contrario, pone l'accento sulla condizione della preesistenza di *evidentiora argumenta* ma non richiama il fine della ricerca dell'autoincriminatione.

Il coordinamento tra i passi letti consente di evincere un tentativo di frenare l'arbitrio assoluto nella decisione di ripetere l'esecuzione dei *tormenta*: la constatazione che il *tortus* ha sviluppato una particolare resistenza, fisica e psicologica, alle sofferenze della tortura non pare criterio sufficiente, sia pur necessario, per insistere indefinitamente con i *tormenta*, che sono ripetibili soltanto in seguito al riscontro oggettivo dell'esistenza di ulteriore materiale probatorio, rispetto al quale si pone come elemento rafforzativo del convincimento.

apparire non solo necessaria ma anche sufficiente. Sull'inevitabilità di rimettere la valutazione alla discrezionalità del giudice si veda anche *supra*.

CAPITOLO III

LA *FIDES QUAESTIONUM*: IL VALORE PROBATORIO DELLE DICHIARAZIONI ACQUISITE *PER TORMENTA*

1. *La fides nella prova testimoniale*

Il tema della *fides* è nucleo strettamente consequenziale all'aspetto della ricerca della verità, posto che la *veritas* processuale risiede nella maggior credibilità della tesi che il giudice sceglie come la più rispondente all'ideale di giustizia, in seguito ad una valutazione comparativa tra le contrapposte ricostruzioni patrocinata nel processo¹.

La correlazione tra *veritas* processuale e *fides*, intesa come attendibilità delle attestazioni è inscindibile: ciò che processualmente viene accolto come *veritas* è quanto, in sostanza, viene accettato come altamente probabile in virtù di un giudizio di attendibilità di quanto acquisito attraverso l'istruzione probatoria. Quanto si accoglie come degno di *fides*, dunque, si consacra come *veritas*.

In tal senso muove l'etimologia del termine proposta da Cicerone nel *de officiis*:

Cic., *de off.* 1.23: *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiusdam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem.*

¹ Per altre considerazioni in tema si veda l'Introduzione.

La *fides*, *fundamentum iustitiae*, è strettamente correlata alla scrupolosa e sincera osservanza (“*constantia et veritas*”) delle promesse e dei patti. Il vocabolo deriverebbe infatti da *fieri*, perché sia fatto ciò che viene detto².

Il problema dell’attendibilità delle dichiarazioni acquisite contrassegna in modo profondo le argomentazioni connesse a strumenti investigativi come la *quaestio* e a mezzi di prova come la testimonianza che, sebbene diversi tra loro, sono accomunati dall’elemento dichiarativo³. In entrambi, infatti, oggetto di delicata e decisiva

² La *fides* ha del resto rappresentato, sin dall’epoca più antica, il fondamento della stessa *civitas*: M. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, p. 22 ss.; G. FREYBURGER, *Fides. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu’à l’époque augustéenne*, Paris, 1986; D. NÖRR, *Die fides im römischen Völkerrecht*, Heidelberg, 1991, spec. p. 39 ss. L’archetipo di ogni forma di estorsione della conoscenza applicata ai testimoni è ora tratteggiato in BRUTTI, *La tortura*, cit., p. 44 ss. In generale, sulla ricca problematica che scaturisce dalla *fides* testimoniale si rinvia per tutti a G. DI CHIARA, *Ad faciendam fidem: i contributi narrativi nel processo penale tra ars rhetorica, esperienza forense ciceroniana e diritto probatorio vigente*, in CERAMI, DI CHIARA, MICELI, *Profili processualistici*, cit., p. 158 ss.

³ Occorre altresì notare che nella *quaestio* convivono, tra innegabili difficoltà, distinte esigenze probatorie: la ricerca della verità attraverso la confessione dell’interrogato-sospetto reo (dichiarazioni autoaccusatorie) e la testimonianza, sia pure estorta, del correo o dell’estraneo su fatti che riguardano responsabilità di terzi. Così commenta RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., p. 199 nt. 1: “*Quaestio jure romano dicitur etiam ipsa interrogatio quae fit per tormenta de reis vel de iis qui facto intervenisse asseruntur. Item quaestiones appellabantur servorum testimonia expressa; unde proprie de servis agi quaestiones...*”. Al riguardo si osserva, incidentalmente, che, abbinate dalla comune base dichiarativa, tortura e testimonianza adempiono ad un ruolo di primaria importanza nello svolgimento delle indagini volte ad acquisire elementi di prova idonei a portare all’accertamento della *veritas* dei fatti. Retori e giuristi hanno cura di distinguere i due concetti, dedicando loro trattazioni separate, anche se, in realtà, i giuristi, per lo meno del periodo più tardo, impiegheranno il termine *testimonium* con riferimento tanto alle dichiarazioni dei *testes* quanto a quelle rese sotto *tortura* dagli accusati. Si veda, ad esempio, D. 22.5.21.2 (Arc. *l.s. de test.*): *Si ea rei condicio sit, ubi harenarium testem vel similem personam admittere cogimur, sine tormentis testimonio eius credendum non est*; D. 48.18.10.1 (Arc. *l.s. de test.*): *Sed omnes omnino in maiestatis crimine, quod ad personas principum attinet, si ad testimonium provocentur, cum res exigit, torquentur*. Analogamente per esempi di uomini liberi: D. 48.18.1.10 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Nec fratrem quidem in fratris imperator noster cum divo patre suo rescripsit, addita ratione, quod in eum, in quem quis invitus testimonium dicere non cogitur, in eum nec torqueri debet*. Sull’impiego del termine “*testimonia*” vd. in generale BRASIELLO, s.v. “*Istruzione*”, cit., p. 134 nt. 8.

valutazione da parte del giudice diviene l'affidabilità delle parole dell'escusso.

Come già si rilevava, l'attenzione degli imperatori, e di riflesso di giuristi e retori, si traduce nell'individuazione di criteri di 'veridicità', nel senso di indicatori di rapida riconoscibilità, pur nella consapevolezza che essi non possono essere considerati sicuri segnali rivelatori di menzogna o sincerità ma essenzialmente dei criteri orientativi in merito alla *fides* del dichiarante.

Tali regole appaiono tendenzialmente enucleate in via casistica sulla base di dati posti in luce dall'esperienza, come è reso particolarmente evidente dall'andamento del titolo D. 48.18 che, come già rilevato, procede seguendo un ritmo derivante dall'attività normativa imperiale in tema, espressa soprattutto attraverso *rescripta*⁴.

⁴ Sull'ossatura del lungo frammento, costituito soprattutto da costituzioni imperiali, si rinvia a quanto osservato in cap. II, § 1. Anche LÉVY, *La torture*, cit., p. 250, appunta "Ce ne sont pas les jurisconsultes qui se sont penchés les premiers sur les problèmes de la torture et de sa force probante. Ils n'ont laissé aucun livre consacré à ce sujet". In effetti l'unica opera giurisprudenziale dedicata segnatamente al tema della prova dichiarativa risulta essere il *liber singularis de testibus* di Arcadio Carisio, che alimenta il titolo D. 22.5, *de testibus*, del Digesto e che, come rileva A. SOUBIE, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste*, Tarbes, 1960, p. 179, appare costruito sulla base dell'opera omonima di Arcadio Carisio. Anche ZILLETTI, *Studi sulle prove*, cit., p. 186, sottolinea come la struttura di D. 22.5 "fa perno, e in modo palesemente non fortuito, sul *liber singularis de testibus* di Arcadio Carisio e sul libro quarto *de cognitionibus* di Callistrato". In particolare, l'A. rileva come dall'utilizzazione giustiniana di queste due opere (unitamente alle *sententiae* paoline) per la composizione del titolo *de testibus* "si ricava l'impressione della ricerca di un equilibrio, di un contemperamento tra passato e presente" (*ib.*, p. 191 e nt. 103). Sul *de testibus* di Arcadio Carisio vd. spec. M. BALESTRI FUMAGALLI, *I libri singulares di Aurelio Arcadio Carisio*, Milano, 1978, p. 91 ss., e, da ultimo, ARCARIA, *La prova giudiziaria*, cit., p. 50 ss. Relativamente all'opera di Callistrato vd. spec. R. BONINI, *I libri de cognitionibus di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della cognitio extra ordinem*, I, Milano, 1964; M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici, in Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec. d.C.). Atti di un incontro tra storici e giuristi, Firenze 2-4 maggio 1974*, Milano, 1976, p. 146 ss.; S. PULIATTI, *Il De iure fisci di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milano, 1992. Gli altri giuristi affrontano il tema della tortura nell'ambito di trattazioni più ampie: cfr. Ulpiano, soprattutto nel libro VIII del *de officio proconsulis*, ma anche nei commenti *ad edictum*, nel libro III *disputationum*, nel *de adulteriis*; Paolo e Papiniano, nelle opere *de adulteriis*; Paolo anche nel *de officio proconsulis*, Papiniano anche nei *responsa*; Marciano nelle *Institutiones* e nel testo sui *iudicia publica*; Callistrato nel *de cognitionibus*; Modestino nelle *regulae* e nel *de poenis*. Sul titolo

La centralità del tema della *fides* apre, con le parole di Arcadio Carisio, il titolo *de testibus* del Digesto, nel quale trova approfondita trattazione, in un contesto di base che, sia pur distinto da quello della *quaestio*, non appare privo di collegamenti con il tema che ci occupa⁵.

D. 22.5.1pr. (Arc. *l.s. de test.*): *Testimoniorum usus frequens ac necessarius est et ab his praecipue exigendus, quorum fides non vacillat.*

La testimonianza deve essere soprattutto richiesta a coloro la cui attendibilità appare solida (“*non vacillat*”).

Il riscontro pratico dell’ineludibile necessità e frequenza dell’uso delle testimonianze viene immediatamente, e significativamente, abbinato all’aspetto certamente più critico dei mezzi probatori ed in-

de testibus giustiniano cfr. soprattutto D. SIMON, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozeß*, München, 1969, p. 209 ss.; ZILLETI, *Studi sulle prove*, cit., p. 167 ss.; ID., *Sul valore probatorio*, cit., p. 129 ss.; J. PH. LÉVY, *Les classifications des preuves dans l’histoire du droit*, in *La preuve en droit*, a cura di Ch. Perelman, P. Foirers, Bruxelles, 1981, p. 50; ID., *La formation*, cit., p. 420 ss.; VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 177 ss.; G. VIARENGO, *Regole antiche e nuove sulla capacità testimoniale*, in *Principi generali e tecniche operative*, cit., p. 241 ss. (ivi altra letteratura).

⁵ Sotto questo profilo, pur se differenti nella loro struttura sostanziale e processuale, testimonianza e tortura condividono talora alcuni aspetti teorici e pratici (vd. anche *supra*). Interessante soprattutto l’idea della testimonianza come di una vessazione espressa dal medesimo Arcadio Carisio, laddove riferisce di costituzioni emanate allo scopo di imporre ai giudici un uso modico di quella *potestas ad vexandos nomine* che si traduce nella chiamata in testimonianza di una *superflua multitudo testium*: D. 22.5.1.2 (Arc. *l.s. de test.*): *Quamquam quibusdam legibus amplissimus numerus testium definitus sit, tamen ex constitutionibus principum haec licentia ad sufficientem numerum testium coartatur, ut iudices moderentur et eum solum numerum testium, quem necessarium esse putaverint, evocari patiantur, ne effrenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur*. Sui rischi insiti nelle dichiarazioni testimoniali è incisivo D. 22.5.16 (Paul. 5 *sent.*): *Qui falso vel varie testimonia dixerunt vel utrique parti prodiderunt, a iudicibus competenter puniuntur*. Si nota che la versione giustiniana ha sostituito con un sintetico “*a iudicibus puniuntur*” l’articolata previsione sanzionatoria prevista nel testo delle *Pauli Sententiae*, ove si prevedeva la facoltà di comminare l’esilio o la *relegatio in insulam*, finanche la rimozione dal pubblico ufficio: *Paul. Sent.* 5.15.5: *Qui falso vel varie testimonia dixerunt vel utrique parti prodiderunt, aut in exilium aguntur aut in insulam relegantur aut curia submoventur*. La modifica pare consentire al giudicante un’ indefinita libertà di scelta della sanzione con cui colpire il testimone dolosamente falso o mutevole.

vestigativi caratterizzati dalla natura dichiarativa, la credibilità (“*fides*”) delle persone interrogate. Ancora prima della previsione di sanzioni contro coloro che deliberatamente attestano il falso, il tema comporta, nell’opera di giuristi e legislatori, approfondimenti circa le modalità di acquisizione e, soprattutto, i criteri di valutazione delle risultanze probatorie.

L’atteggiamento prevalente è lo scetticismo circa la possibilità di predeterminare in modo automatico ed esaustivo i criteri grazie ai quali una dichiarazione merita *fides*. Tale atteggiamento si risolve nella fissazione di un primo punto fermo, costituito dall’affidamento delle determinazioni in merito al prudente apprezzamento del giudicante.

Dal brano riportato si ricava un primo criterio: la dichiarazione produttiva di conoscenza deve essere anzitutto ricercata in coloro la cui credibilità appare sicura (“*ab his praecipue exigendus quorum fides non vacillat*”). Il verbo *vacillare*⁶, indicativo dei dubbi in merito alla credibilità di determinati soggetti, costituisce un indice di scrematura di massima tra coloro le cui parole possono ritenersi fonte certa di informazioni vere e coloro, invece, le cui dichiarazioni necessitano, in linea di principio, di elementi esterni che ne rafforzino la *fides*.

Il pensiero trova ampia illustrazione nei brani di seguito inseriti nel titolo, la cui *ratio*, prevalentemente riconducibile ad un fattore di qualità sociale, scaturisce sostanzialmente dalle valutazioni in tema di ammissione dei testi che appaiono vevoli anche per la successiva valutazione circa la verosimiglianza delle dichiarazioni rilasciate. In tal senso emblematico è un passo tratto dal quarto libro del *de cognitionibus* di Callistrato⁷:

⁶ Vd. meglio *infra*, ntt. 12 e 25.

⁷ È noto che il *de cognitionibus* di Callistrato è testo imperniato in gran parte sulla figura del magistrato provinciale, destinatario di consigli e avvertimenti che presuppongono un regime processuale di recente formazione, nel tentativo di individuare i margini dei campi rimessi alla discrezionalità di comportamento del magistrato. La proposta ricostruttiva del Lenel relativamente alla rubrica sotto la quale il frammento doveva essere collocato (*Palingenesia*, I, cit., col. 88, titoli *de criminibus, de testibus*) palesa uno scenario decisamente interessante in quanto, qualora si ritenesse di accedervi, ci si troverebbe di fronte ad una trattazione organica dell’istituto della testimonianza: tutto il lungo frammento in D. 22.5.3, in effetti,

espone in modo sistematico e puntuale tutto la complessa problematica della determinazione del valore probatorio dello strumento testimoniale. In tal senso cfr. ZILLETTI, *Sul valore probatorio*, cit., p. 129 ss., il quale osserva come il brano rap-presenti, in tema di *fides testium*, “un tentativo di astrazione dall’esperienza della prassi e da talune disposizioni del diritto oggettivo”. Ma soprattutto in Callistrato si coglie “il punto d’arrivo del processo di superamento della testimonianza come presa di posizione di un soggetto rispetto alla parte: ora ciò che interessa primariamente [...] è [...] la sua idoneità a fornire o meno una ricostruzione di fatti storicamente obiettiva” (*ib.*, p. 131). Lo studioso rileva altresì (*ib.*, p. 132 nt. 29) che l’esposizione in D. 22.5.3pr. consente di misurare pienamente la differenza di impostazione, pur nell’impiego della medesima terminologia, tra opere retoriche e trattazioni giuridiche quando si tratta di connotazioni sociali e morali del teste: nelle prime, le indicazioni tendono a colpire la persona che ha reso la testimonianza in quanto funzionali agli accorgimenti di tecnica oratoria miranti a inficiare o avvalorare la deposizione stessa; nelle seconde, l’attenzione è volta soprattutto a fissare criteri utili al giudice per compiere una corretta valutazione. In tal modo si conferma il passaggio da una nozione ‘retorica’ ad una ‘giuridica’ di prova: G. PUGLIESE, *L’onere della prova nel processo per formulas*, in *RIDA*, 3, 1956, p. 403 (= *Scritti giuridici scelti*, I, *Diritto romano*, Napoli, 1985, p. 177 ss.). Rileva inoltre BONINI, I “*libri de cognitionibus*”, cit., spec. p. 173 ss., che l’esposizione di Callistrato rivela con chiarezza un perdurante disorientamento in materia della pratica giudiziaria, sottolineando che il lungo passo in D. 22.5.3pr.-6 “da un punto di vista sostanziale [...] costituisce la fonte più preziosa per la storia dei mezzi di prova (e in particolare della prova testimoniale) nelle *cognitiones de capitali crimine* (o più genericamente penali) durante i primi secoli della procedura *extra ordinem*”. A questo disorientamento cercò di ovviare il lavoro della giurisprudenza, sia pure riuscendovi soltanto entro limiti abbastanza ristretti, nel tentativo di condensare per lo più i più comuni criteri di apprezzamento della *fides testium* e di ricordare la necessità di una diligente ed accurata *examinatio*. Vd. anche E. SEIDL, *Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozessrecht*, Köln, 1962, p. 93; ID., *Tryphoninus und Callistratus*, in *Eranion Maridakis*, 1, Atene, 1963, p. 247 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell’esperienza romana*, 2, Milano, 1973, p. 417 nt. 116; SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 261 ss.; GARNSEY, *Social Status*, cit., p. 212; GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell’esperienza romana*, cit., p. 152 ss.; VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 108 ss., p. 122 ss.; FASANO, *La torture judiciaire*, cit., p. 149. In particolare, secondo VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 129 ss., il passo esprimerebbe un’opinione personale del giurista in tema di ammissibilità dei testimoni e sarebbe rivelatore di una nuova concezione relativamente alla problematica della *quaestio per tormenta* dell’uomo libero, la cui condizione a fronte di questo strumento risulterebbe, nel periodo in cui scrive Callistrato, assai peggiorata, potendo essere assoggettato a tortura; tale aggravamento sarebbe determinato “dalla maggior venalità degli uomini a cavallo tra il II e il III secolo d.C. determinata dal generale aggravarsi della situazione economica”. Più da vicino, si nota che Callistrato sintetizza nel *principium* del frammento un “quadro d’insieme per la verifica giudiziale della *fides testium*”, teso alla finalità di fornire al giudice una sorta di prontuario immediato: tale esigenza, che emerge forte dalle righe del brano, è pe-

D. 22.5.3pr. (Call. 4 *de cogn.*): *Testium fides diligenter examinanda est: ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio cuiusque, utrum quis decurio an plebeius sit: et an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis: an locuples vel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat: vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat.*

raltro al contempo anche causa di una formulazione forse troppo rigida dei criteri indicati e non perfettamente in linea con le innovazioni apportate dalla legislazione imperiale, e segnatamente adrianea, peraltro citate nei paragrafi successivi. Se ne ricava, dunque, che il passo attesta l'elevato grado di discrezionalità dei giudici nella valutazione della *fides* della testimonianza. Del resto, che l'accertamento della capacità a rendere testimonianza fosse, nel III secolo, ancora rimesso alla discrezionalità del giudice, emerge, ad esempio, anche dalla raccomandazione espressa da Papiniano a valutare secondo coscienza (*religio*) e correttezza le persone da ammettere come testimoni in D. 22.5.13 (Pap. 1 *de adult.*): *Quaesitum scio, an in publicis iudiciis calumniae damnati testimonium iudicio publico perhibere possunt. Sed neque lege Remmia prohibentur et Iulia lex de vi et repetendarum et peculatus eos homines testimonium dicere non vetuerunt. Verumtamen quod legibus omissum est, non omittetur religione iudicantium ad quorum officium pertinet eius quoque testimonii fidem, quod integrae frontis homo dixerit, perpendere.* Dal riconoscimento, velato – pare – da una sfumatura critica, poiché né la *lex Remmia* né le *leges Iulia de vi, repetendarum* e *peculatus* hanno impedito ai condannati per *calunnia* in un pubblico giudizio di prestare testimonianza, il giurista trae spunto per rinnovare ai giudici il dovere di accertare comunque la *fides* di coloro che vengono chiamati a testimoniare: ciò che dalle leggi è stato omesso, non deve essere tralasciato dalla coscienza dei giudici (“*quod legibus omissum est, non omittetur religione iudicantium*”). Il riferimento alla fronte integra è dovuto alla disposizione prevista dalla *lex Remmia* per cui sulla fronte dei calunniatori, in antico, veniva marcata una “k”. In tema vd. soprattutto F.J. CAMINÁS, *La lex Remmia de calumniatoribus*, Santiago de Compostela, 1984, p. 68, p. 83 ss., p. 105 ss., p. 110; GARNSEY, *Social Status*, cit., p. 211; A.D. MANFREDINI, *La testimonianza del liberto contro il patrono nel processo criminale di età classica*, in *Studi Biscardi III*, Milano, 1982, p. 242 e nt. 63; VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 55 ss.; SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 180 e nt. 253. Il richiamo alla *religio cognoscentis* compare anche nel passo in D. 48.18.1.17, già richiamato in cap. II, § 4 (ivi cfr. nt. 80). Anche un rescritto diocleziano del 286 d.C. ribadisce il principio per cui spetta al giudice della causa individuare i testi proficui per la ricerca della verità: C. 4.20.5 (Diocl. et Maxim. – a. 286): *Eos testes ad veritatem iuvandam adhiberi oportet, qui omni gratiae et potentatui fidem religioni iudicariae debitam possint praeponere.* Secondo il VINCENTI *Duo genera*, cit., p. 116, il rescritto si porrebbe in antitesi con la giurisprudenza severiana, e con il *de cognitionibus* di Callistrato in particolare, in quanto non pone più al vertice delle regole per valutare l'affidabilità dei testimoni la condizione sociale e non menzionerebbe più gli altri criteri prescindenti dalla circostanza concreta (che il giurista indicava in D. 22.5.3pr.), come invece sottolineerebbe il rescritto *de quo*.

Nam si careat suspicione testimonium vel propter personam a qua fertur (quod honesta sit) vel propter causam (quod neque lucri neque gratiae neque inimicitiae causa fit), admittendus est.

Il primo fattore di *discrimen* della *fides testium* esemplificato dal giurista ha riguardo alla posizione sociale dell'escusso (“*in primis condicio cuiusque, utrum quis decurio an plebeius sit*”), secondo un'ormai consolidata linea di tendenza⁸.

Questo criterio è certo comune con il problema delle risultanze della *quaestio* e, come meglio si vedrà più avanti, si trasmetterà alla legislazione del IV-V secolo d.C. come elemento d'attenzione preponderante.

Segue un articolato elenco di segnali rivelatori della *fides* che devono essere esaminati dal giudicante⁹, tra i quali di particolare interesse pare la tematica del *testis suspectus*, che impone la preliminare ampia esplorazione delle condizioni personali del testimone e,

⁸ Sull'attendibilità dei testi influiva già da tempo la considerazione e collocazione sociale: significativo è Cicerone in *Top.* 73 (passo sul quale si veda anche cap. III, § 8): *Persona autem non qualiscumque est testimonii pondus habet; ad fidem enim faciendam auctoritas quaeritur; sed auctoritate aut natura aut tempus affert.* Quest'orientamento farà sì che la valutazione delle qualità sociali finirà per avere un peso determinante nella valutazione delle testimonianze da parte del giudice, incrementando la linea di demarcazione tra *honestiores-humiliores* che, sotto l'aspetto che qui si considera, verrà consacrata da Costantino nella celebre legge in C.Th. 11.39.3 del 354 d.C., ove l'imperatore stabilirà la prevalenza della deposizione degli *honestiores* su quella degli *humiliores* affermando: “*Iusiurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium, iam dudum artari praecipimus, et ut honestioribus potius fides testibus habeatur*”. Per l'analisi della costituzione si rinvia per tutti a VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 165 ss., p. 171 ss. Ritiene, invece, preferibile ridimensionare la portata della norma R. RILINGER, *Zeugenebeweis und Sozialstruktur in der römischen Kaiserzeit*, in *AARC XI*, 1996, p. 314, in una più generale ottica volta a ridurre l'importanza della suddetta dicotomia. Cfr., in senso descrittivo, L. LOSCHIAVO, *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo medioevo*, Milano, 2004, p. 35 ss. Anche nelle *Pauli Sententiae* (5.15.1) si legge il principio della *qualitas personarum*: *In teste enim et vitae qualitas spectari debet et dignitas*. Cfr. HARRIES, *Law and Empire*, cit., p. 109; U. VINCENTI, *La condizione del testimone nel diritto processualcriminale romano di età tardo imperiale*, in *AARC*, VIII, 1990, p. 309 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 605 ntt. 63, 64. Sul punto si veda anche *infra*.

⁹ Tali segnali presentano notevole affinità con gli *argumenta a persona* insegnati dalla retorica in tema di *probatio*: cfr. spec. Quint., *Inst. orat.* 5.10.23-30.

soprattutto, dei rapporti intercorrenti tra lui e la parte contro la quale viene resa la testimonianza¹⁰.

Callistrato, in particolare, indirizza l'indagine verso circostanze soggettive attinenti alla *persona* del teste, enucleando una direttiva schematizzabile essenzialmente secondo il parametro *dignitas-fides*, modellato su qualità soggettive, precedenti e persino svincolate dall'effettiva conoscenza dei fatti¹¹.

Il legame tra criteri di ammissibilità dei testimoni e valutazione delle attestazioni rese emerge anche in un passo di Modestino che, per i casi di contraddizione tra dichiarazioni rese per iscritto e dichiarazioni rese oralmente dalla stessa persona, vorrebbe escludere l'escussione orale.

D. 22.5.2 (Mod. 8 *reg.*): *In testimoniis autem dignitas fides mores gravitas examinanda est: et ideo testes, qui adversus fidem suae testationis vacillant, audiendi non sunt.*

Il passo si presenta enigmatico laddove non consente di raccordare i due tipi di giudizi coinvolti: esso postula una pregressa positi-

¹⁰ Per un'altra applicazione si legga D. 22.5.21.3 (Arc. *l.s. de test.*): *Si testes omnes eiusdem honestatis et existimationis sint et negotii qualitas ac iudicis motus cum his concurrat, sequenda sunt omnia testimonia: si vero ex his quidam eorum aliud dixerint, licet in pari numero, credendum est id quod naturae negotii convenit et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret, confirmabitque iudex motum animi sui ex argumentis et testimoniis et quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit: non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit.* Il giudice non deve guardare al gran numero delle testimonianze bensì alla loro sincera fede e a quelle al cui fianco pare maggiormente risplendere la *lux veritatis*. Qualora i testimoni siano tra loro di pari livello (avuto riguardo alla condizione sociale), il giudice deve ascoltarli tutti. Per il caso in cui le testimonianze non siano tra loro concordi, il giurista indica un criterio per stabilirne l'attendibilità: si deve credere a quelli che si pongono in linea con la natura della questione e sui quali non gravino sospetti di inimicizia o collusione.

¹¹ Nel sottolineare il riferimento al decurionato (*“utrum quis decurio an plebeius sit”*), si ricorda un rescritto di Antonino Pio che aveva stabilito il divieto di torturare anche coloro che avevano precedentemente ricoperto la carica di decurione, in memoria della precedente dignità: vd. D. 50.2.14 (Paul. 1 *quaest.*), riportato in cap. II, nt. 125; cfr. D. 48.22.6.2 (Ulp. 9 *de off. procons.*); C. 9.41.11.1 (Diocl. et Max. – a. 290). Sul punto BRUNT, *Evidence given under Torture*, cit., p. 262. Una costituzione di Valentiniano, Valente e Graziano dell'a. 376 d.C. (C.Th. 9.35.2 = C. 9.41.16) stabilirà in via generale l'esenzione della categoria da *fidicula* e *tortura*.

va valutazione dell'esame incentrato su *dignitas, fides, mores* e *gravitas* dei testimoni (compiuta *ex post* sulla base di un giudizio diagnostico) mentre sembra demandare il giudizio sull'ammissibilità dei testi ad una valutazione prognostica sulle future dichiarazioni e sulla loro coerenza.

L'apparente discrasia potrebbe essere risolta accettando l'idea (invero contraria al tenore letterale dell'*audiendi non sunt*) di un'audizione già svolta e dalla quale erano emerse incertezze o contraddizioni.

Il verbo *vacillare* risulta in effetti anfibologico: esso allude sia ad incertezza nel rispondere, percepibile nell'immediatezza dell'escussione, sia a contraddittorietà di contenuto, ma in entrambi i casi appare difficile ipotizzare un giudizio sulla situazione anteriore all'atto della deposizione¹².

¹² Il verbo *vacillare* ricorre tendenzialmente in quelle situazioni che appaiono caratterizzate dalla potenziale inattendibilità dell'escusso, come si è letto nel passo di Arcadio Carisio in D. 22.5.1pr. (poco sopra riportato nel testo), secondo cui la testimonianza deve essere richiesta soprattutto a coloro la cui *fides* non vacilla. Significativo è anche Callistrato, laddove introduce una presunzione di attendibilità in capo all'uomo libero, che va considerato – almeno in linea di principio – “*pro testimonio non vacillante*” e pertanto non deve essere sottoposto a *quaestio* (D. 48.18.15pr., 5 *de cogn.*). Sul passo vd. *infra*, nel presente paragrafo (e nt. 25). La mancanza di attendibilità viene chiaramente esemplificata da Modestino, nell'ottavo libro *regularum*, con il caso di colui che, con impudenza, abbia prestato due testimonianze tra loro contraddittorie: “*Et eum, qui contra signum suum falsum praebuit testimonium, poena falsi teneri pronuntiatum est. De impudentia eius, qui diversa duobus testimonia praebuit, cuius ita anceps fides vacillat, quod crimine falsi teneatur, nec dubitandum est*” (D. 48.10.27.1). Costui, la cui *fides* così palesemente *vacillat*, è pertanto reo di falso (“*crimine falsi teneatur*”). La *vacillatio*, dunque, pare contraddistinta, almeno nel pensiero di Modestino, dall'elemento soggettivo ravvisabile nell'*impudentia*, termine che sta a indicare un comportamento dolosamente e coscientemente colpevole, quasi di sfida nei confronti dell'interrogante. Tale *impudentia* si traduce poi in concreto nel “*diversa duobus testimonia praestare*”, ossia nel rendere due attestazioni di contenuto opposto, così da ingenerare confusione ed incertezza. Simile definizione parrebbe dunque avulsa dalla sfrontatezza del dolo di colui che scientemente oscilla tra due divergenti versioni, apparendo piuttosto caratterizzata da incolpevole incertezza e timore. “*Vacillat* – spiega MATTHAEUS, *De criminibus. Ad lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius* cit., p. 546 – *is qui modo ait, modo negat; cuius vox, vulnus, color, pedes suspectum falsi testimonium faciunt; nec placent hic difficiles nonnullorum nugae, quibus testem varium, contrarium, et vacillantem distinguere conantur*”. Tuttavia, avvisa il trattatista, “*nec in crimine omnis vacillatio sufficit ad tormenta; sed ea, qua vacillatur circa caput et substantiam*

I passi di Callistrato e di Modestino parrebbero attestare che, almeno sino a tutto il Principato severiano, non era codificato un numero esauriente di incapacità testimoniali tale da applicarsi, in via generale, ad ogni tipologia di giudizio¹³.

In ogni caso il tema dell'idoneità a testimoniare si rivela l'anticamera di quello legato alla *fides*: non sono utili *ad eruendam veritatem* le attestazioni di coloro la cui *fides* appare *vacillans*.

Una rilevante indicazione in negativo si legge in una *regula* espressa da Licinio¹⁴:

D. 22.5.6 (Licin. 2 *reg.*): *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest ut testes fiant.*

Il passo, che si ricollega alle situazioni di soggezione in potestà, getta le basi per la limitazione delle testimonianze richieste a perso-

sceleris, non qua circa ea, quae accedunt, aut circumstant ". Si nota che i dottori del diritto comune arrivarono a distinguere il *testes vacillans* (incerto e confuso) da figure affini quali, ad esempio, il *testes contrarius* o *contradicens* (che rilascia affermazioni tra loro incompatibili) e il *testes varius* (che dichiara prima una cosa e poi il suo contrario): vd. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, II, cit., p. 259 (e nt. 12). Per ulteriori osservazioni vd. *infra*, nt. 18.

¹³ La considerazione trova concreto risvolto giuridico-processuale nel momento in cui la si accosti al fatto che agli organi giudicanti era ancora lasciata piena discrezionalità nella valutazione circa l'ammissibilità di coloro che venivano presentati per prestare testimonianza: VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 109. Sul passo cfr. SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 261 ss. Pare interessante ricordare che in materia testamentaria era prevista un'ulteriore graduatoria tra coloro che erano considerati idonei a fungere al ruolo di testimone, e che si risolveva in un ordine preferenziale nell'escussione, per cui la priorità doveva essere data al più anziano, al teste maggiormente onorifico, all'uomo e all'ingenuo, rispetto ai quali dovevano cedere i più giovani, gli inferiori in *honor*, le donne e i liberti: D. 22.4.6 (Ulp. 50 *ad ed.*): *Si de tabulis testamenti deponendis agatur et dubitetur, cui eas deponi oportet, semper seniore iuniori et amplioris honoris inferiori et marem feminae et ingenuum libertino praeferemus*. Sono poi considerati inidonei a testimoniare i condannati per concussione: D. 22.5.15pr. (Paul. 3 *sent.*): *Repetundarum damnatus nec ad testamentum nec ad testimonium adhiberi potest*, coerentemente con la regola per cui colui che è stato dichiarato reo in un pubblico giudizio ed il minore di venticinque anni non possono essere citati in testimonianza dall'accusatore (D. 22.5.20, Venon. 2 *de iudic. publ.*); cfr. anche D. 22.5.21pr.-1 (Arc. *l.s. de test.*). Paolo, inoltre, riconosce alla donna la capacità di rendere testimonianza, purché non condannata per adulterio (D. 22.5.18, Paul. 2 *de adult.*).

¹⁴ DELL'ORO, *I libri de officio*, cit., p. 167; VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 84 nt. 78.

ne tra loro astrette da particolari vincoli, ampiamente sviluppata nel titolo D.22.5¹⁵. Non sono considerati testimoni idonei coloro ai quali si può comandare di essere testimoni. Con ogni evidenza, il problema relativo a coloro “*quibus imperari potest ut testes fiant*” (e, in questo caso, presumibilmente a favore) si pone quando sussiste un rapporto dominicale tra l’interrogato e la persona sulla quale si richiedono informazioni.

La soggezione all’*imperium* di colui al quale si chiede un’attestazione induce a sospettare della genuinità delle sue dichiarazioni: pertanto, il giurista offre una regola interpretativa *ad excludendum*¹⁶.

In immediata successione alla riflessione di Licinio, il titolo *de testibus* inserisce una *regula* di Modestino:

D. 22.5.7 (Mod. 3 *reg.*): *Servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est.*

Mentre la regola espressa da Licinio in D. 22.5.6 potrebbe essere letta quale generale applicazione riferibile anche alla categoria degli uomini liberi, il passo di Modestino introduce una precisazione assai più specifica attinente a un tema fortemente avvertito, la *fides servorum*. Il giurista si esprime, sostanzialmente, in senso negativo

¹⁵ I frammenti a seguire contengono un’articolata esemplificazione dell’estrema varietà dei legami che espongono alcuni soggetti ad influenze esterne e che ne rendono quindi sconsigliabile l’audizione. Tra queste spiccano, ad esempio, i rapporti di affinità: non si possono così costringere a testimoniare suocero, genero, patrigno, figliastro, cugini, nonché il liberto contro il patrono o la patrona: cfr., ad esempio, D. 22.5.4 (Paul. 2 *ad l. Iul. et Pap.*); D. 22.5.5 (Gai. 4 *ad l. Iul. et Pap.*). Non possono essere costretti nemmeno anziani, convalescenti, soldati, *absentes rei publicae causa* (D. 22.5.8, Scaev. 4 *reg.*) né padre e figlio (D. 22.5.9, Paul. 1 *ad Sab.*). In generale, nessuno appare testimone idoneo quando è chiamato a deporre *in re sua* (D. 22.5.10, Pomp. 1 *ad Sab.*). In tema vd. *infra*, § 7, sul problema dei “*domestici testimonii*”.

¹⁶ L’indicazione sembra porsi in rapporto di sussidiarietà rispetto al divieto di *quaestio contra dominos*, su cui vedi il successivo § 4. Pare inoltre plausibile pensare che anche la regola che sconsiglia l’audizione di *domestici testimonii* non sia altro, in ultima analisi, che una specificazione concreta del criterio qui espresso. Tuttavia, mentre Licinio fa riferimento ad un vincolo soprattutto potestativo (come può desumersi dal verbo *imperari*, che pare esprimere soprattutto una situazione di soggezione ai comandi esterni alla sfera affettiva), la testimonianza cosiddetta ‘domestica’ ricomprende non solo i servi prodotti *de domo* ma anche persone tra loro legate da vincoli d’affetto. In argomento vd. *infra*, § 7.

in merito alla generale veridicità delle attestazioni servili, alle quali riconosce credibilità solamente in difetto di altre prove *ad eruendam veritatem*. La deposizione dello schiavo parrebbe dunque assumere valore di prova, sia pure con mero valore sostitutivo¹⁷.

Pare evidente come Licinio si esprima ancora in termini di (preventiva) incompatibilità, mentre Modestino rifletta piuttosto su un piano di valutazione delle dichiarazioni già oggetto di risposta¹⁸.

A prescindere da questa differente impostazione, è significativa l'affermazione di principio per cui alle risposte dello schiavo si deve credere solamente in via suppletiva, quando difettino altre prove per risalire alla verità¹⁹.

La regola rimanda alle argomentazioni svolte in tema di sussidiarietà della tortura, pur presentandosi in termini differenti, posto che, a ben vedere, lungi dall'escludere valore alla testimonianza servile le attribuisce forza probatoria propria in mancanza di altre prove. Da essa emerge il dato che, almeno in linea di principio, all'audizione degli schiavi si ricorre solamente in via residuale²⁰.

¹⁷ ZILLETI, *Studi sulle prove*, cit., p. 182 ss., parla al riguardo di “notevole tentativo [ad opera dei giustiniane] di inserire la deposizione dello schiavo nell'ambito della prova testimoniale”. Cfr. anche *infra*, nt. 200.

¹⁸ LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 737, § 247, corregge l'*inscriptio* attribuendo il frammento non al terzo *liber regularum* di Modestino bensì all'ottavo. In particolare, lo colloca in immediata successione al passo in D. 22.5.2 (letto poco sopra nel testo), ottenendo il seguente risultato: § 246 [D. 22.5.2]: *In testimoniis autem dignitas fides mores gravitas examinanda est: et ideo testes, qui adversus fidem suae testationis vacillant, audiendi non sunt.* § 247 [D. 22.5.7]: *Servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est.* Il testo così composto sembra instaurare un legame tra i “*testes, qui adversus fidem suae testationis vacillant*” e che pertanto “*audiendi non sunt*” e i servi, alla cui risposta “*tunc*” si deve credere soltanto “*cum alia probatio ad eruendam veritatem non est*”. Il risultato sembra lasciar trasparire che gli schiavi sono considerati il tipico esempio di testimone ‘vacillante’, qualifica che contraddistingue la potenziale inattendibilità dell'escusso: sul significato del verbo *vacillare* vd. *supra*, nt. 12. Ulteriormente, si nota che i due citati frammenti di Modestino sono preceduti nella ricostruzione leneliana dal passo in D. 48.10.27.1 (*ib.*, § 245), al quale si è fatto riferimento nella precedente nt. 12, ove il giurista introduce la tematica di coloro la cui “*fides vacillat*”.

¹⁹ Si sottolinea che anche nel passo di Modestino ricorre l'espressione “*ad eruendam veritatem*”, presente nella celebre definizione ulpiana di *quaestio* in D. 47.10.15.41, su cui vd. *supra*, cap. I, § 2.

²⁰ Il dato pare tuttavia porsi in contraddizione con i resoconti di smodate sottoposizioni a tortura testimoniati nelle fonti storiche.

Non solo. Se è vero che alla risposta del servo si deve credere soltanto in mancanza di altre prove e che le classi sociali più elevate sono esentate dalla tortura, allora si deve pensare che, in questo periodo, rimangono passibili di *quaestio* prevalentemente gli uomini liberi di basso rango. Un simile ragionamento, qualora accettato, porterebbe alla conclusione per cui le regole dettate in tema di sussidiarietà della *quaestio*, che impongono – come si è detto – che la tortura venga eseguita solamente quando già si presume la colpevolezza dell'indagato, valgono soprattutto per gli uomini liberi. Tale conclusione si appaleserebbe come una conferma del dato che la tortura dei liberi era non solo già ammessa ma addirittura oggetto di smodata applicazione.

Un altro tema pone degli interrogativi. Il giurista afferma che si deve credere alla risposta del servo (e, quindi, in altri termini, che il servo deve essere interrogato) solamente “*cum alia probatio ad eruendam veritatem non est*”. La condizione così introdotta per consentire l'avvaloramento della risposta servile appare poco chiara: da un lato, infatti, si potrebbe pensare ad una *alia probatio* che sia ‘altra’ rispetto alle prove di natura dichiarativa o documentale (il che è forse più probabile) ma il contesto potrebbe indurre anche a credere che il giurista possa riferirsi a prove che siano ‘altre’ rispetto all'interrogatorio dei liberi. Se così fosse, allora si potrebbe affermare che, forse, la *quaestio* del servo è vista come l'ultima soglia di salvaguardia dell'uomo libero dalla tortura.

Emerge inoltre una distinzione tra coloro *quibus imperari potest*: se liberi, ancorché teoricamente idonei alla testimonianza, le loro dichiarazioni non subiscono una *deminutio probatoria*; se servi, invece, varrà un principio di cautela che impone il riconoscimento di rilevanza solamente “*cum alia probatio ad eruendam veritatem non est*”.

In apparenza non vi è grande distanza tra le due situazioni, ma il concetto risulterà più chiaro dopo la lettura di un altro passo di Arcadio Carisio, anch'esso inserito nel titolo giustiniano *de testibus*:

D. 22.5.21.2 (Arc. *l.s. de test.*): *Si ea rei condicio sit, ubi harenarium testem vel similem personam admittere cogimur, sine tormentis testimonio eius credendum non est.*

Nei confronti delle dichiarazioni di persone appartenenti ad una bassa condizione sociale, come l'*harenarius* o simili, sussiste un forte pregiudizio, tanto che si considerano fededegne soltanto se rilasciate sotto *tormenta*.

Il passo segna il momento in cui si varca la soglia tra testimonianza e tortura: quando si è costretti ad interrogare persone che in base ai criteri sopra esposti²¹ non sarebbero ammissibili, come ad esempio un gladiatore o persone di simile estrazione, la *fides* di costoro è vincolata alla sottoposizione ai *tormenta*²², strumento che, in

²¹ Essenzialmente *dignitas, fides, mores, gravitas* (D. 22.5.2), ma vd. anche D. 22.5.3pr.

²² Rileva MOMMSEN, *Le droit pénal*, II, cit., p. 83 nt. 5, che il passo costituisce una tipica prova del potere discrezionale di cui gode il magistrato nella *cognitio* del periodo. In tale senso si esprime anche VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 132 ss., che sottolinea il cambiamento di valore attribuito in quest'epoca alla *quaestio*: mentre Callistrato, secondo il passo in D. 48.18.15, ammetterebbe la tortura soltanto di quel testimone, uomo libero, risultato incerto ("*vacillans*"), in base al frammento in D. 22.5.21.2 Arcadio Carisio consentirebbe indiscriminatamente la tortura di qualunque testimone purché di bassa condizione sociale. Il brano attesterebbe quindi l'emergere della tendenza a vedere nella tortura lo strumento ordinario per interrogare i testimoni quanto meno non appartenenti alle classi elevate della società. Pertanto, "se ancor in età severiana la *quaestio* è vista quale strumento tecnico utilizzabile unicamente *ad eruendam veritatem*, già nell'età immediatamente successiva la stessa *quaestio* è concepita primariamente quale mezzo da cui trarre la conferma, magari a discapito della funzione di accertamento della verità reale, della presunzione di mendacità gravante sugli *humiliores*". Dalle considerazioni riportate, l'A. deduce altresì una "trasformazione dei poteri dell'organo giudiziario che, da strumento imparziale di direzione della ricerca e del dibattito processuali, tende a porsi quale *dominus* dell'istruttoria almeno in sede di processo criminale" (*ib.*, p. 137). Non condivide questa lettura A.D. MANFREDINI, *Recensione* a U. VINCENTI, *op. cit.*, in *IURA*, 40, 1989, p. 175, che preferisce leggere nel passo un riferimento alle persone infami cui era vietato testimoniare dalla *lex Iulia de vi* e tra le quali era espressamente menzionato anche l'*harenarius*. Secondo RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 187 nt. 197, il passo costituisce prova *a contrario* del privilegio che escludeva gli *honestiores* dalla sottoposizione a tortura. L'orientamento rilevato si tradurrà, esplicitato con toni forti ed evidenti, specialmente nelle fonti più tarde nella nota dicotomia *humiliores – honestiores*, ma non pare possa negarsi che un antecedente sia ravvisabile nell'originario divieto di torturare gli uomini liberi. In tema, con particolare riguardo all'aspetto qui considerato, si vedano spec. G. CARDASCIA, *L'apparition dans le droit des classes d'honestiores e d'humiliores*, in *RHDFE*, 28, 1950, p. 312, p. 479; FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 39; SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 261; M. BALZARINI, *Nuove prospettive sulla dicotomia humiliores-honestiores*, in *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Padova, 1988, p. 159 ss.; R. RILINGER, *Humiliores-Honestiores, Zu einer sozialen Dicotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit*, München, 1988, p. 128 ss., che

virtù del *dolor*, appare funzionale alla convalida delle dichiarazioni. L'attendibilità di un simile teste è subordinata alla trasformazione di questi in *tortus*.

Nelle fonti appare manifesta la convinzione per cui la credibilità è fortemente legata alla *qualitas personarum*, con riconoscimento dell'esistenza di una netta linea di demarcazione tra chi è propriamente 'teste' e il servo chiamato a rendere dichiarazioni: 'teste', in linea di principio, è l'uomo libero che viene interrogato, mentre l'interrogatorio dello schiavo pare esulare in linea di principio dalla testimonianza per essere ricondotto di norma all'esperimento della tortura, con finalità non pienamente probatorie ma volte a corroborare le altre fonti di prova, anche testimoniali²³.

In un sistema in cui il valore probatorio della testimonianza è direttamente proporzionale alle qualità soggettive del teste, la *quaestio* appare come lo strumento di ormai generalizzata applicazione che consente di valorizzare l'apporto conoscitivo reso da schiavi e da liberi²⁴. La tortura viene propagandata, paradossalmente, come strumento integrativo dell'attendibilità.

In simile cornice, si comprendono allora i tentativi di moderare la prassi di torture indiscriminate come quello di Callistrato che ela-

svaluta la tradizionale dicotomia, considerandola sopravvalutata; M. BRETONE, *Fra storia sociale e storia giuridica*, in *RJ*, 8, 1989, p. 44; SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 254 ss.; G. SANTUCCI, "Potentiores" e abusi processuali, in *AARC*, XI, 1996, p. 325 ss.; FASANO, *La torture judiciaire*, cit., p. 149; LOSCHIAVO, *Figure testimoniali*, cit., p. 36; J.P. DEVROEY, *Puissants et misérables. Système social et monde paysan dans l'Europe des Francs (VI^e-IX^e siècles)*, Bruxelles, 2005; C. NATALINI, *Per la storia del foro privilegiato dei deboli nell'esperienza giuridica altomedioevale. Dal tardo antico a Carlo Magno*, Bologna, 2008; S. GIGLIO, *Patrocinio e diritto privato nel tardo impero romano*², Perugia, 2008. Vd. anche *supra*.

²³ In riferimento alle dichiarazioni servili, MOMMSEN, *Le droit pénal*, II, cit., p. 88, parla significativamente di "quasi-témoignage".

²⁴ Appare dunque, evidente la ragione, non meramente sociologica bensì più propriamente giuridica, per cui il ricorso all'audizione degli schiavi non appare, almeno a livello teorico, come sede privilegiata di acquisizione di informazioni: ad essi, infatti, non solo si può comandare di essere testimoni ma anche il contenuto della testimonianza ("quibus imperari potest ut testes fiant"). Risulta infatti evidente che la persona cui si può imporre la comparizione come testimone sia parimenti suscettibile di accettare istruzioni sul contenuto della testimonianza stessa. Il passo può essere di utile riferimento relativamente alla tematica dei cosiddetti testimoni domestici (vd. *infra*, § 7).

bora una sorta di presunzione di attendibilità in capo all'*homo liber* che va considerato testimone sicuro:

D. 48.18.15pr. (Call. 5 *de cogn.*): *Ex libero homine pro testimonio non vacillante quaestionem haberi non oportet.*

Non è opportuno eseguire la *quaestio* su un uomo libero, la cui *fides* va ritenuta, in linea di principio, ‘non vacillante’²⁵.

Se da un lato la riflessione è volta a calmierare l’uso e abuso della *quaestio*, d’altro lato non si può non pensare che esso sottenda una realtà di drammatica ferocia. La formulazione del passo lascia infatti intuire che la prassi di torturare i liberi non solo doveva essere ormai legalizzata, ma ancor più presuppone che la decisione relativa alla sottoposizione ai *tormenta* degli escussi era rimessa alla totale discrezionalità del giudice. Qualora la deposizione dell’uomo libero fosse infatti apparsa vacillante, e dunque incerta, allora non parrebbe sussistere più alcun ostacolo per disporre la tortura. Evidentemente, le supposte necessità probatorie finivano comunque, sia pur a certe, labilissime condizioni, per prendere il sopravvento sul rispetto della persona dei liberi²⁶.

²⁵ Si legga il *casus* di Francesco d’Accursio a D. 48.18.15pr., *de quaestionibus*, l. *Ex libero homine*: “*Liber homo testificans & non vacillans non debet torqueri*”. Al contrario, sussiste la presunzione contraria nei confronti degli impuberi che, a causa dell’età, appaiono “*adversus asperitatem quaestionis... suspectiores... ad mentiendi facilitatem*” (D. 48.18.15.1). Vd. BONINI, I “*libri de cognitionibus*”, cit., p. 108 ss.; GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., p. 152 ss.; VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 122 ss., che ritiene che l’avverbio *quoque* assimili la posizione del *minor* a quella del *liber homo*; FASANO, *La torture judiciaire*, cit., p. 149; PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression*, cit., p. 254 e nt. 95; RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 188 nt., 202; BRUTTI, *La tortura*, cit., p. 37 ss. Sul frammento in D. 48.18.15.1 vd. *infra*, § 8. Sul teste ‘vacillante’ si veda il criterio generale enunciato da Arcadio Carisio in D. 22.5.1pr. (Arc. *l.s. de test.*), riportato *supra* nel testo. Per il significato del verbo *vacillare* vd. la precedente nt. 12.

²⁶ In tal senso, ACCURSIO, gl. *non vacillante*, ad D. 48.18.15pr., *de quaestionibus*, l. *Ex libero homine*: “*tunc ergo posset torqueri*”. BONINI, I “*libri de cognitionibus*”, cit., p. 109.

In tal senso paradigmatiche sono le parole di Adriano che si leggono in un'epistola inviata al legato della Cilicia, restituita da Callistrato²⁷:

D. 22.5.3.1 (Call. 4 *de cogn.*): *Ideoque divus Hadrianus Vibio Varo legato provinciae Ciliciae rescripsit eum qui iudicat magis posse scire, quanta fides habenda sit testibus. Verba epistulae haec sunt: "Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus, qui et cuius dignitatis et cuius existimationis sint, et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque meditatam sermonem attulerint an ad ea quae interrogaveras ex tempore verisimilia responderint"*.

L'imperatore indica al funzionario dei parametri di massima cui attenersi per decidere "*quanta fides habenda sit testibus*", esemplificando alcuni elementi idonei a costituire segnali indicatori dell'attendibilità dei testimoni e chiarendo che, in ogni caso, l'apprezzamento personale del giudicante investito della causa è il criterio principale di valutazione ("*eum qui iudicat magis posse scire*")²⁸. Di

²⁷ I rescritti adrianei richiamati da Callistrato nei frammenti da D. 22.5.3.1-4 rappresentano un momento significativo nell'evoluzione in senso tecnico del processo e, in particolare, nel graduale superamento della considerazione dell'impatto sociale dell'intervento del teste pro o contro una parte, a favore dell'aumento d'interesse verso la verifica preventiva della sua idoneità a fornire o meno una ricostruzione attendibile dei fatti: ZILLETI, *Sul valore probatorio*, cit., p. 131. BONINI, I "*libri de cognitionibus*", cit., p. 171 ss., osserva che gli interventi imperiali alla base del passo sarebbero le risposte alle incalzanti richieste da parte dei magistrati di grado inferiore per ottenere l'indicazione di criteri più precisi rispetto a quelli dettati da un comune buon senso nel momento valutativo delle prove (§ 1), mentre, correlativamente, venivano avanzate anche altre richieste per la fissazione di un elenco e di una gerarchia dei mezzi probatori stessi (§ 2). Peraltro, Callistrato attesterebbe il carattere deludente delle risposte della cancelleria imperiale, che da un lato si limitano a dichiarare, evasivamente, che la *fides* dei testimoni può essere adeguatamente valutata soltanto da chi procede direttamente al loro interrogatorio (§ 1), dall'altro enunciano la semplice direttiva della pluralità delle *species probationis* atte a formare il libero convincimento del magistrato (§ 2).

²⁸ Secondo il VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 114 nt. 12, il frammento in D. 22.5.3.1 attesterebbe in particolare la situazione di disagio in cui dovevano versare i giudici *extra ordinem* nel periodo della coesistenza tra il sistema dell'*ordo* e le nuove *cognitiones*: quei giudici si imbattevano in regole e principi che, per quanto da secoli propri dell'ordinamento processuale romano, potevano sembrare antitetici rispetto al nuovo assetto politico. Nella fattispecie, ipotizza l'A., il legato della provincia di Cilicia si sarebbe rivolto ad Adriano al fine di ottenere una formulazione autoritativa

fronte alla richiesta del legato di Cilicia, forse impropriamente devolutiva di aspetti di fatto di pertinenza del giudicante²⁹, Adriano restituisce la questione al mittente (“*Tu magis...*”) ma in maniera tutt’altro che pilatesca. L’imperatore rifugge dalla scelta di dettare criteri autoritari di valutazione della prova testimoniale, sia pur sollecitati dal funzionario, e intraprende un percorso metodologico, esortando il giudice all’assunzione delle responsabilità del caso e fornendogli indicazioni generali e pragmatiche, rispondenti a regole empiriche o di comune buon senso in grado di orientare il lavoro.

di criteri utili a riconoscere, in via aprioristica, un certo grado di *fides* in un teste, ma senza ottenere altro che la riaffermazione del tradizionale principio per cui la valutazione è rimessa in concreto al giudice della causa. Sul brano cfr. D’ORGEVAL, *L’empereur Hadrien*, cit., p. 176 ss.; BONINI, I “*libri de cognitionibus*”, cit., p. 171 ss.; BRUTTI, *La problematica del dolo*, cit., p. 418; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L’efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974, p. 265; SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 260; LOSCHIAVO, *Figure testimoniali*, cit., p. 27 ss.

²⁹ L’atteggiamento di Adriano descritto in questo passo non viene certo meno al dovere regale di prestare ascolto ai magistrati e funzionari, fondamento dell’attività rescrivente del *princeps* e, più in generale, manifestazione del βασιλεύειν, come emerge dall’aneddoto di Dione Cassio (69.6.3) sullo stesso Adriano. Cfr. BRETONE, *Storia*, cit., p. 228 e nt. 42. Com’è noto, infatti, *rescripta* ed *epistulae* non comportavano la devoluzione all’imperatore della decisione sul fatto, bensì dividevano lo scopo di risolvere questioni di diritto controverse. La regola di diritto così scaturita veniva quindi applicata dal richiedente, sempre che rimanessero immutati gli aspetti di fatto. Basti qui il rinvio a M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano, 1989, p. 418 ss. Proprio ad Adriano si deve l’enunciazione in epoca classica del principio per cui l’interpretazione *de facto*, riguardante la soluzione di dubbi concernenti l’esame della *res* oggetto della controversia giudiziaria, compete esclusivamente alla *cognitio* dell’organo giudicante e non può essere rinviata all’imperatore, il quale in ogni modo la declina. Il principio, viene riportato da Callistrato in D. 48.15.6pr. (6 *de cogn.*): *Non statim plagiarium esse, qui furti crimine ob servos alienos interceptos tenetur, divus Hadrianus in haec verba rescripsit: “Servos alienos qui sollicitaverit aut interceperit, crimine plagii, quod illi intenditur, teneatur nec ne, facit quaestionem: et ideo non me consuli de ea re oportet, sed quod verissimum in re praesenti cognoscitur, sequi iudicem oportet. Plane autem scire debet posse aliquem furti crimine ob servos alienos interceptos teneri nec idcirco tamen statim plagiarium esse existimari”*. Giustiniano riaffermerà il principio, escludendo la possibilità di ricorso all’imperatore su questioni di fatto, nel 543, in Nov. 125.1. In tema vedi S. PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustiniana*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell’impero d’Oriente*, cit., p. 125 ss., e ivi ulteriori richiami bibliografici. LAMBERTINI, *Plagium*, cit., *passim* ma spec. p. 67 ss., p. 104. Sulla politica adrianea in tema di giudizio di fatto si è già detto in cap. I, nt. 22; cap. II, nt. 156.

L'*epistula* procede enucleando dalla prassi alcuni elementi ritenuti sintomatici della *fides testium*, invitando quindi il giudicante a condurre le proprie valutazioni sulla loro falsariga. Si tratta di indicazioni specifiche, dall'evidente natura esemplificativa e non tassativa, probabilmente scaturite dall'esame del caso *de quo*, talune riferite alla considerazione sociale goduta dalla persona del teste (*dignitas* ed *existimatio*), altre connesse alla concreta dinamica dell'escusione testimoniale, quali la ravvisata genuinità o concertata preparazione del discorso, la prontezza nel rispondere e, in genere, la verosimiglianza delle dichiarazioni³⁰.

Il dato che appare maggiormente significativo nell'indicazione adrianea è la consapevolezza del fatto che l'affidabilità dei testimoni spetta *ad eum qui iudicat*, e non può essere risolta sulla base esclusiva di criteri elaborati in via aprioristica³¹. È l'esperienza sensoriale, visiva ed acustica dell'interrogante a rimanere fondamento imprescindibile della valutazione sul grado di attendibilità del teste, come Adriano riconosce nel riferirsi a quanto sia stato non solo sentito, ma perfino visto, nell'atto stesso. A tal fine assumono rilievo, quindi, le sensazioni avute in diretta dal giudicante, basate sulla soggettiva conoscenza del teste e della sua dimensione pubblica, così come sui tempi della risposta, sulle esitazioni mostrate o tradite dal tono della voce o dal tenore della risposta³².

Il concetto trova esposizione ancor più chiara nel frammento successivo, sede di un altro rescritto di questo imperatore in tema di valutazione sulla sufficienza e qualità delle prove fornite:

D. 22.5.3.2 (Call. 4 *de cogn.*): *Eiusdem quoque principis [divus Hadrianus] exstat rescriptum ad Valerium Verum de*

³⁰ Nel sostantivo *verisimilia* piace leggere la consapevolezza che la *veritas* processuale, raggiungibile per le vie legali, è solamente una parvenza di verità, giudiziariamente identificabile nel rapporto tra prove e valutazione del giudicante.

³¹ Interessante l'uso della particella quantitativa "*quanta*" in riferimento alla portata della *fides testium*, forse anche contenuta nella domanda del funzionario scrivente, che confidava in una risposta che fornisse una 'ricetta' di ingredienti cui attribuire un peso preciso.

³² Analoghe considerazioni sull'esperienza auditiva, arricchite sotto il profilo degli effetti conseguenti all'uso di particolare tono di voce nell'interrogare, espone Arcadio Carisio in un passo del *liber singularis de testibus* riportato in D. 48.18.10.5, già citato.

excutienda fide testium in haec verba: "Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficient, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris".

I *verba rescripti ad Valerium Verum* esprimono un'importante affermazione di principio: non è possibile predeterminare in modo esaustivo e generale gli argomenti necessari e sufficienti a fornire piena prova ("*quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficient, nullo certo modo satis definiri potest*")⁵³. Adriano ammette senza remore di non poter fare altro che fornire una indicazione sommaria in merito alla *fides testium*, posto che la decisione migliore dipende dall'intima convinzione del giudice ("*Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim... ex sententia animi tui te aestimare oportere*")⁵⁴.

Si tratta, in altri termini, del riconoscimento della relatività della disciplina probatoria, le cui procedure istruttorie, sia pur regolate in via preventiva e sistematica rimangono soggette per loro natura al personale apprezzamento dell'organo giudicante, effettuato caso per caso.

Coerentemente lo stesso Adriano, in un'*epistula* diretta al proconsole della Macedonia Giunio Rufino, afferma essere solito interrogare di persona i testi, in modo da potersi formare un'opinione diretta:

D. 22.5.3.3 (Call. 4 *de cogn.*): *Idem divus Hadrianus Iunio Rufino proconsuli Macedoniae rescripsit testibus se, non*

⁵³ VOET, *Commentariorum ad Pandectas libri*, cit., VI, p. 373, ricollegando il disposto adrianeo al rescritto severiano citato in D.48.18.1.17 (su cui vd. *supra*, cap. II, § 4 e nt. 80), commenta che sono considerati sufficienti *ad torturam* quegli indizi che "*providi prudentisque iudicis aestimatio magis est, dum in certa lege definiri non satis potest*".

⁵⁴ D'ORGEVAL, *L'empereur Hadrien*, cit., p. 177.

testimoniis crediturum. Verba epistulae ad hanc partem pertinentia haec sunt: "Quod crimina obiecerit apud me Alexander Apro et quia non probabat nec testes producebat, sed testimoniis uti volebat, quibus apud me locus non est (nam ipsos interrogare soleo), quem remisi ad provinciae praesidem, ut is de fide testium quaereret et nisi impletset quod intenderat, relegaretur".

Nel passo Adriano muove dalla distinzione tra *testis* e *testimonia*, ossia tra la persona del testimone che viene direttamente escusso dal giudice nella fase dibattimentale e l'oggetto delle deposizioni che può risultare da verbali processuali o da scritti extraprocessuali prodotti in giudizio. Il primo termine evoca dunque entità soggettive, mentre il secondo ne indica il contenuto. L'imperatore rifiuta di basare la propria *cognitio* sulla sola base di dichiarazioni scritte, non ammettendo davanti a sé un processo meramente documentale: ribadisce pertanto la centralità della prova testimoniale orale e rimette gli atti al magistrato provinciale con il preciso incarico di assumere le testimonianze e di valutarne attendibilità e completezza³⁵.

Ne risulta quindi confermata, su un piano generale e sull'esempio dello stesso imperatore ("*nam ipsos interrogare soleo*"), quella prassi che vedeva il giudice direttamente coinvolto nell'escussione dei testi in un interrogatorio dominato dal principio dell'immediatezza³⁶.

³⁵ Vd. BONINI, *I "libri de cognitionibus"*, cit., p. 174. Secondo FANIZZA, *Giuristi crimini*, cit., p. 35 nt. 71, tale distinzione non potrebbe essere generalizzata in quanto imposta dalla necessità di distinguere due diverse attività. Secondo la studiosa, nell'uso più corrente il termine *testes* rimarrebbe infatti ad indicare tutti i testimoni, inclusi quelli che hanno prestato testimonianza stragiudiziale, mentre *testimonium* contraddistinguerebbe l'atto di prestare testimonianza, comunque effettuato. La distinzione comporterebbe anche una gerarchia di forza probatoria, come pare emergere dal frammento successivo, in D. 22.5.3.4: *Gabinio quoque Maximo idem [Hadrianus] princeps in haec verba rescripsit: "Alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent: tecum ergo delibera, ut, si retinere eos velis, des eis impendia"*. Con questo rescritto, Adriano autorizza un magistrato, Gabinio Massimo, a versare delle somme ai testimoni purché si presentino: vd. D'ORGEVAL, *L'empereur Hadrien*, cit., p. 177. Sulla fondamentale importanza dell'oralità nel processo penale vd. quanto osservato *supra*, cap. II, nt. 163.

³⁶ ZILLETI, *Sul valore probatorio*, cit., p. 139 ss., precisa che al riguardo si può parlare di "libertà di valutazione nel senso che il giudice non è vincolato, secondo norme rigide e aprioristiche, ad attribuire efficienza o meno a certi risultati probatori: ma il controllo del suo ragionamento è là, dove si giudica insufficiente

Le disposizioni adrianees riportate nei tre frammenti di Callistrato appena ricordati (D. 22.5.3.1-3)³⁷ appaiono connesse al carattere dei processi delle *cognitiones*, riflettendo una “impostazione processuale che pone come preminente ed essenziale il diretto rapporto fra l’organo giudicante e le prove: in tanto la valutazione di attendibilità è rimessa alla sua discrezionalità in quanto ad esso compete l’assunzione delle medesime”³⁸. Esse non sono, dunque, da considerare tracce di interventi sporadici ma rispondono ad una precisa linea politica dell’imperatore, volta ad incanalare e controllare l’ampia discrezionalità di cui il giudicante godeva in materia di valutazione delle prove.

2. *La fides tormentorum nelle opere retoriche*

La consapevolezza della potenziale inattendibilità delle dichiarazioni estorte sotto la pressione delle sofferenze psicofisiche è costantemente presente nelle riflessioni di retori, legislatori e giuristi, attenti ad enfatizzare gli aspetti di fragilità dello strumento, essenzialmente argomentando dalla vulnerabilità dell’interrogato.

Di pari passo, peraltro, si riscontra l’implicita convinzione dell’irrinunciabilità dello strumento, la cui ammissibilità non si arriava mai a rinnegare. Ne consegue un risultato compromissorio: pur continuando a propagandare la tortura come fonte di verità, vengono progressivamente additati criteri e confini in ordine al momento applicativo e valutativo.

l’istruzione condotta su un solo tipo di prova e scorretto il convincimento fondato immediatamente e unicamente su di esso”.

³⁷ Ai quali, per completezza, va aggiunto il rescritto in D. 22.5.3.4, riportato *supra* in nt. 35.

³⁸ È la condivisibile opinione di ZILLETTI, *Sul valore probatorio*, cit., p. 132 ss.; adesivo anche LOSCHIAVO, *Figure testimoniali*, cit., p. 28. Diversamente, invece D’ORGEVAL, *L’empereur*, cit., p. 177, che preferisce ravvisare la *ratio* degli interventi adrianei in un tentativo di moralizzare l’istituto della testimonianza. Cfr. anche J.J. DE LOS MOZOS-TOUYA, *Le juge romain à l’époque classique*, in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, a cura di J.M. Carbasse, L. Depambour-Tarride, Paris, 1999, p. 61.

Laddove nell'elaborazione normativa e giuridica figurano indicazioni attinenti soprattutto al momento valutativo delle dichiarazioni estorte con violenza, appare proprio dei retori guardare alla tortura come a un modo per il rinvenimento di argomenti da spendere in giudizio a rafforzamento della propria tesi.

Pur riconoscendo che le rivelazioni così ottenute dipendono dalla natura fisica e psicologica del torturato, i retori esaminano i *tormenta* nella consapevolezza che si tratta di prassi frequente, tanto da assumere i connotati di *locus frequentissimum*, ossia di argomento logico volto alla persuasione del giudice di ampio utilizzo³⁹:

³⁹ Pare opportuno ricordare che il termine *locus* è usato nel senso retorico di 'argomento atto a persuadere': i *loci* sono infatti "*fontes omnium rerum, quae ad dicendum pertinet*", le sorgenti di tutto ciò che riguarda l'oratoria (Cic., *de orat.* 1.21.94). In quanto 'luoghi' delle idee, i *loci* sono come strade percorribili in ogni direzione e pertanto suscettibili di essere utilizzati da ogni parte in causa e quindi idonei ad orientare la decisione (cfr. Quint., *Inst. orat.* 5.13.29: "*Communia bene adprenduntur non tantum, quia utriusque sunt partis...*"). L'impostazione professionale di Cicerone è alla base di una definizione più specifica di *loci*: infatti, spiega il retore, l'oratore ha a sua disposizione una serie infinita di luoghi a seconda del tipo di discorso che deve tenere. Nell'ambito del genere giudiziale, i *loci* sono quei mezzi di argomentazione che l'oratore deve possedere per usarli efficacemente in giudizio. La topica ciceroniana, dunque, costituisce una sorta di 'prassi dell'argomentazione', per la quale predispone un catalogo schematico di *loci*, intesi quindi come criteri idonei a rendere l'orazione ordinata e coerente e, in quanto tale, più persuasiva perché più difficilmente attaccabile (CAVALLA, s.v. "*Topica giuridica*", in *ED.* 44, 1992, p. 728). Simile impostazione era già presente nell'opera dell'ignoto *Auctor ad Herennium* (*Rhet. ad Herenn.* 2.6). I *loci* indicano, dunque, la premessa principale sulla cui base è articolata una determinata argomentazione: sono, in altre parole, dei criteri per trovare ed organizzare gli *argumenta*, ossia i mezzi dimostrativi o, per usare il linguaggio giudiziario, probatori. Sul punto vd. Cic., *Top.* 7: "*...eae quasi sedes, e quibus argumenta promuntur*"; *Top.* 8: "*esse... argumentum rationem quae rei dubiae faciat fidem*"; *Part. orat.* 5: "*...C.F. Quos vocas locos? C.P. Eos in quibus latent argumenta. C.F. Quid est argumentum? C.P. Probabile inventum ad faciendam fidem*". Così anche Quint., *Inst. orat.* 5.10.11: "*cum sit argumentum ratio probationem praestans, qua colligitur aliquid per aliud, et quae quod est dubium per id, quod dubium non est, confirmat, necesse est esse aliquid in causa, quod probatione non egeat*"; Quint., *Inst. orat.* 5.10.20: "*Locos appello... sedes argumentorum, in quibus latent, ex quibus sunt petenda*". Secondo Cicerone, gli argomenti derivanti dai *loci* devono essere come una "riserva che costituisce l'alfabeto", "come le lettere per le parole da scrivere": Cic., *de orat.* 2.30.130. Sul punto vd. spec. COSTA, *Cicerone*, II, cit., p. 88 ss.; BARTHES, *La retorica*, cit., p. 74 ss.; B. RIPOSATI, *Studi sui Topica di Cicerone*, Milano, 1947, p. 28 ss.; T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, (trad. it. G. Crifò), Milano, 1962, p. 16 ss.; A. GIULIANI, *Il concetto classico di prova: la prova come argumentum*, in *La Preuve*, 1 – Antiqui-

Quint., *Inst. orat.* 5.4.1: *Sicut in tormentis quoque, qui est locus frequentissimus...*

L'impostazione si calibra coerentemente alle finalità dell'oratoria giudiziaria⁴⁰, rivolgendo l'interesse, più che ai rischi di alterazione della spontaneità e sincerità delle dichiarazioni rese in sede di *quaestio*, alla ricerca degli *argumenta*⁴¹ più idonei a supportare al meglio le tesi propuginate dalla parte processuale cui si presta patrocinio⁴².

In particolare, nell'elaborazione della retorica l'attenzione verso gli strumenti caratterizzati dalla natura dichiarativa (essenzialmente prova testimoniale e tortura) procede in chiave di orienta-

té, Bruxelles, 1964, p. 357 ss.; H. LAUSBERG, *Elementi di retorica*, Bologna, 1969, p. 30; CAVALLA, s.v. *Topica giuridica*, cit., p. 720 ss.; C. SAGNOTTI, *Retorica e logica. Aristotele, Cicerone, Quintiliano, Vico*, Torino, 1999, p. 16 ss.; MORTARA GARAVELLI, *Manuale*, cit., p. 84; G. SPOSITO, *Il luogo dell'oratore. Argomentazione topica e retorica forense in Cicerone*, Napoli, 2001, p. 29. Brevi considerazioni, specialmente sotto il profilo dei rapporti tra filosofi greci e oratori romani, anche in TRIGGIANO, *Evidence given under torture*, cit., *passim*. Sul punto *adde* la successiva nt. 41.

⁴⁰ Sul punto vd. *supra*, cap. I, nt. 8.

⁴¹ Si annota che '*argumentum*', etimologicamente, deriva da *arguo*, "dimostrare": A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959, I, s.v. "*arguo*", p. 46, ove si specifica che significa anche "convincere". In tal senso va inteso Ulpiano in D. 50.16.197 (Ulp. 50 *ad ed.*): '*Indicasse' est detulisse: 'arguisse' accusasse et convicisse*. Più ampiamente può identificare anche gli elementi del discorso che compongono l'operazione intellettuale, come spiega Quintiliano (*Inst. orat.* 5.9.1). L'*argumentum* è dunque un mezzo di dimostrazione con cui si deduce una cosa da un'altra e rende certo l'incerto: appare, dunque, evidente la sua rilevanza in sede probatoria. I trattati di retorica insegnano che le sedi dalle quali si possono ricavare gli argomenti sono, impiegando una ricorrente metafora spaziale, i cosiddetti *loci*, luoghi in cui sono ubicate le idee ove rinvenire le più idonee al discorso da tenere e situati in quella totalità di spazio costituita dalla memoria, ove la mente del retore deve muoversi per andare a cercare quanto di volta in volta si presenti più utile al suo discorso. Sulla scia di Aristotele, Cicerone definisce il *locum* come la sede da cui trarre gli argomenti, mentre l'*argumentum* è il mezzo [*ratio*] che consente di accertare ciò che è dubbio. L'*argumentum* è, quindi, un mezzo di dimostrazione con cui si deduce una cosa da un'altra e rende certo l'incerto: appare, dunque, evidente la sua rilevanza in sede probatoria. Sul punto *adde* la precedente nt. 39.

⁴² Di estrema efficacia è l'opinione che Cicerone esprime nelle parole che fa pronunciare a Lelio: "*Apud me, ut apud bonum iudicem, argumenta plus quam testes valent*" (*Rep.* 1.59). E ancora: "*Hoc ego philosophi non esse arbitror, testibus uti, qui aut casu veri aut malitia falsi fictique esse possunt; argumentis et rationibus oportet, quare quidque ita sit, docere*" (Cic., *Div.* 2.27).

mento metodologico⁴³, in riferimento al momento esecutivo dei medesimi attraverso l'esposizione delle prime importanti indicazioni di tecnica dell'interrogatorio⁴⁴.

⁴³ Quintiliano, nella sua trattazione di oratoria, afferma espressamente che il suo fine è additare una *ratio atque via*, una strada per raggiungere il risultato prefissato, ossia il convincimento del giudice (*Inst. orat.* 5.1.3).

⁴⁴ Uno sguardo alla sistematica quintiliana fornisce già dati significativi di inquadramento del tema: la trattazione della tortura (*Inst. orat.* 5.4) e quella sull'escussione dei testimoni (*Inst. orat.* 5.7) trovano collocazione tra le prove 'atecniche' (*probationes inartificiales*) che l'oratore rinviene al di fuori della retorica e che, pertanto, non richiedendo una particolare *ars*, comportano la necessità di uno sforzo oratorio volto a valorizzarle o, al contrario, a svilirle. Pare utile ricordare che le prove atecniche (*praeiudicia, rumores, tormenta, tabulae, ius iurandum, testes*), cui Quintiliano dedica cinque capitoli del quinto libro, costituiscono, in sostanza, 'frammenti di realtà' che entrano nella causa in quanto inerenti alla natura dell'oggetto e che, per la loro oggettività, sfuggono alla creatività dell'oratore che "le riceve dalla causa stessa". La scansione tra prove 'artificiali' e prove 'inartificiali' parrebbe adombrare la distinzione tra 'argomenti' e 'prove', servendo i primi per le argomentazioni (quindi sarebbero gli strumenti propri dell'oratore) mentre le seconde per le prove in senso stretto, senonché "il vero è che quei due tipi di prove venivano utilizzati, anche se con diversa frequenza, per ciascuna delle anzidette funzioni: così PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 365 ss. In argomento vd. di recente MICELI, *Tipologia della "prova"*, cit., p. 76 ss., spec. p. 132 ss. Interessanti indicazioni di metodo trovano sede nella trattazione dedicata all'esame dei testi: Quint., *Inst. orat.*, 5.7 (cfr. in particolare 5.7.10-14, in tema di testimoni volontari, e 5.7.15-21 per i testi citati per legge). Anche la trattazione della prova testimoniale procede impartendo dettagliate istruzioni di natura prettamente metodologica. Il paragrafo ha titolo *de testibus*, così restringendo il campo di indagine rispetto agli analoghi luoghi ciceroniani, dove il riferimento ai *testimonia* coinvolgeva ogni tipo di dichiarazione, umana o divina, scritta o orale (cfr. ad esempio Cic., *Top.* 73: "*Testimonium nunc dicimus omne, quod ab aliqua re externa sumitur ad faciendam fidem*"; *Part. orat.* 6: "*Testimoniorum quae sunt genera? [...] Divinum et humanum [...] insunt scripta, pacta, promissa, iurata, quaesita*"). In estrema sintesi, il metodo additato da Quintiliano consiste nel porre domande che arrivino per gradi a richiedere le informazioni ricercate. Il consiglio vale sia per l'accusatore, che con i testi precettati per legge dovrà partire da lontano ("*longius interrogatione repetita*"), sia per l'avvocato difensore, in caso di testimoni volontari: procedendo passo passo ("*paulatim et... pedetemptim interrogando*"): sarà infatti più agevole saggiare l'inclinazione del teste e condurlo, come per mano, a pronunciare ciò che si cerca da lui (Quint., *Inst. orat.* 5.7.15-20). Sia all'avvocato dell'accusa che a quello della difesa converrà, inoltre, risalire con l'interrogatorio piuttosto indietro (Quint., *Inst. orat.* 5.7.17, 27), fino ad argomenti che non destino sospetti e, collegando le prime risposte a quelle susseguenti, condurre i testimoni a un punto tale da non poter negare ciò cui mira l'avvocato. È, in sostanza, il punto di vista dell'oratore che è chiamato a patrocinarne una causa. Una panoramica delle principali fonti retoriche intervenute nel dibattito sulla tortura, specialmente sotto il profilo dei casi giudiziari,

Le fonti appaiono peraltro contrassegnate da forte contraddittorietà, posto che in parallelo all'amplificazione del dubbio circa la *fides* da riporre nei *tormenta* questi sono spesso additati, al contrario, come fonte di verità.

Un ragionamento quasi schematico, teso a dare ordine ed a conferire un livello obiettivo di attendibilità ai *loci ex quaestionibus* si legge nell'antico trattato della *Rhetorica ad Herennium*.

L'ignoto *Auctor* fornisce anzitutto una collocazione procedurale all'esperimento della tortura, che deve essere eseguita nel momento finale del procedimento argomentativo (*adprobatio*), in sede di avvaloramento di sospetti ormai assodati⁴⁵.

L'insegnamento appare fondamentale non soltanto per gli sviluppi in sede retorica ma in quanto esso si rivela la base su cui giuristi e imperatori imposteranno le principali direttive in tema di tortura.

Non pare ininfluyente, infatti, il dato che la trattazione della *quaestio* avvenga proprio in riferimento all'*adprobatio*: anche in campo giuridico il ricorso ai *tormenta* viene essenzialmente ammesso *ad probationem*, a conferma cioè di altre prove a carico del sospetto reo, in quella fase chiamata dai retori, appunto, *adprobatio*. Appare dunque possibile leggervi una corrispondenza evidente con la regola adrianea della sussidiarietà della *quaestio*, additata come strumento utile a raccogliere la conferma necessaria ad accreditare sospetti già gravi e comprovati⁴⁶.

A ciò si aggiunga la considerazione per cui le riflessioni sull'interrogatorio *cum tormentis* si leggono nell'ambito della trattazione dello *status causae coniecturalis*⁴⁷:

è ora in BRUTTI, *La tortura*, cit., p. 49 ss. Vd. anche DI CHIARA, *Ad faciendam fidem*, cit., p. 170 ss, spec. p. 192 ss.

⁴⁵ *Rhet. ad Herenn.* 2.6.9: *Adprobatio est qua utimur ad extremum confirmatione... Si tratta di uno dei loci della coniectura, sulla quale vd. nel testo e la successiva nt. 47.*

⁴⁶ Sul punto vd. diffusamente *supra* cap. II, § 3.

⁴⁷ Lo *status causae* è la determinazione della natura della causa, il punto da giudicare, in relazione al quale si produce il primo scontro tra le parti processuali. 'Status' va inteso nel suo significato etimologico di "punto d'appoggio", cuore della questione. Si legga, ad esempio, *Rhet. ad Herenn.* 1.11.18: "...*Constitutio est prima deprecatio defensoris cum accusatoris insimulatione coniuncta*"; Cic., *de inv.* 1.11: "*Eam igitur quaestionem, ex qua causa nascitur, constitutionem appellamus. Con-*

Rhet. ad Herenn. 1.11.18: ...Coniecturali est cum de facto controversia est... hic coniectura verum quaeritur; de facto erit controversia: ex eo constitutio causae coniecturalis nominatur.

Lo *status coniecturalis* insorge quando il reo non ammette l'accusa, così non dissipando il dubbio sul fatto che gli viene imputato: la mancanza di confessione comporta la necessità di procedere, appunto, per congetture. Posto che la controversia è sul fatto che deve essere acclarato, mediante gli argomenti che vengono utilizzati per elaborare le congetture si persegue il vero: "*coniectura*

stitutio est prima conflictio causarum ex depulsione intentionis profecta, hoc modo: "Fecisti"; "Non feci" aut "Iure feci". Al posto di "*status*" si trova talora il termine "*constitutio*", che altro non è, poi, che la traduzione letterale del greco *στάσις* (cfr. ad es. *Rhet. ad Herenn. 1.11 ss.*; Cic., *Part. orat.* 102; *Top.* 93). È dato cogliere appieno la rilevanza della determinazione dello *status causae* nel momento in cui si considera che è dall'individuazione del punto focale della controversia che dipende la ricerca delle argomentazioni più utili ed efficaci al processo: Cic., *de orat.* 2.30.132: "*Ac primum naturam causae videat... factumne sit quaeratur, an quale sit, an quod nomen habeat. Quo perspecto statim occurrit... quid faciat causam, id est, quo sublato controversia stare non possit. Deinde quid veniat in iudicium: quod isti sic iubent quaerere...*". Nell'impostazione della causa, il retore addita tre criteri essenziali, in stretta connessione ai punti controversi, e sui quali verte il processo: tali criteri rispondono tendenzialmente a tre domande: "*factumne sit quaeratur, an quale sit, an quod nomen habeat*". L'avvocato deve cioè chiedersi "se e come si sia svolto il fatto imputato" ("*factumne sit*"), "quale natura abbia" ("*an quale sit*"), "come debba essere rubricato" ("*an quod nomen habeat*"). Corrispondentemente, tre sono i principali *status causae*: lo stato congetturale (*coniecturalis*), lo stato definitivo (*definitivus*) e lo stato della qualità o giuridicità (*qualitatis*). Si deve ricordare, per completezza, che in *Rhet. ad Herenn. 1.11.18* si legge che secondo altri autori gli *status causae* sarebbero stati quattro, ma il maestro dello sconosciuto *Auctor* preferisce riunirli in tre soltanto, opinione poi consolidatasi. Anche Cicerone nell'operetta giovanile del *de inv.* (1.16) riferisce di una "*quarta constitutio*" (*translativa*), per poi, peraltro, scegliere di non considerarla propriamente uno *status* in altre opere retoriche. La *translatio* verrà poi reinserita da Quintiliano nelle sue *Institutiones* (3.6.66-80) per motivi di metodologia didattica. In particolare, lo *status causae coniecturalis* è chiamato anche *infitialis* (negativo), dato che, in quasi tutte le cause penali, la difesa consiste per lo più nella negazione del fatto imputato (Cic., *de orat.*, 2.25.105; Quint., *Inst. orat.* 3.6.32). Vd. A. CARCATERRA, *Le operazioni dell'avvocato: euristica e logica a fronte della narratio dell'interessato*, in *SDHI*, 52, 1986, p. 85 ss. Sulla dottrina degli *status causae* vd. soprattutto B. VICKERS, *In Defence of Rhetoric*, Oxford, 1988 (trad. it. R. Coronato), Bologna, 1994, p. 62 ss.; CALBOLI MONTEFUSCO, *Logica, retorica e giurisprudenza*, cit., *passim*; ID., *La dottrina degli status nella retorica greca e romana*, Zurich-New York, 1986; MICELI, *Tipologia della "prova"*, cit., p. 107 ss.

verum quaeritur". La ricerca della verità, dunque, è connaturata al termine *coniectura*, e conseguentemente allo *status causae* che su di essa si basa.

L'*adprobatio* si avvale di procedimenti logico-dimostrativi specifici e comuni: specifici sono quelli che possono essere usati soltanto dall'accusatore o soltanto dal difensore, comuni sono quelli che talora vengono impiegati in difesa dell'imputato, talora contro di lui⁴⁸.

Le risultanze della *quaestio* sono collocate tra i *loci communes*, potendo essere impiegate sia dall'accusa sia dalla difesa⁴⁹: sul punto, l'*Auctor* esprime articolate considerazioni *pro* e *contra* l'impiego della tortura, eseguita *veri inveniendi causa*:

Rhet. ad Herenn. 2.7.10: A quaestionibus dicemus: cum demonstrabimus maiores veri inveniendi causa tormentis et cruciatu voluisse quaeri et summo dolore homines cogi, ut quicquid sciant dicant; et praeterea confirmatior haec erit disputatio, si, quae dicta erint, argumentando isdem viis, quibus omnis coniectura tractatur, trahemus ad veri similem suspicionem; idemque hoc in testimoniis facere oportebit...

Nell'elencare i principali luoghi topici comuni all'accusatore e al difensore in caso di ricorso alla tortura, l'anonimo maestro pone tra gli argomenti a favore dell'esperimento della *quaestio* l'introduzione dei *tormenta* ad opera dei *majores*, che hanno voluto infliggere tormenti e sommi dolori agli uomini in nome della ricerca del vero ("*majores veri inveniendi causa tormentis et cruciatu voluisse quaeri et summo dolore homines cogi*").

L'emersione della verità appare quindi come giustificazione 'nobile' del ricorso alla violenza, abbinata alla tradizione storica. La sottoposizione al sommo dolore si appalesa, dunque, come strumen-

⁴⁸ *Rhet. ad Herenn. 2.6.9: ...Ea habet locos proprios atque communes. Proprii sunt ii, quibus nisi accusator nemo potest uti, et ii, quibus nisi defensor. Communes sunt, qui alia in causa ab reo, alia ab accusatore tractantur...*

⁴⁹ Del resto, in quanto 'luoghi' delle idee, i *loci* sono dei punti di vista impiegabili in molti sensi, *pro* e *contra*, e pertanto suscettibili di essere utilizzati da ogni parte in causa: sul concetto di *locus* vd. *supra*, nt. 39.

to per indurre gli uomini a dire quello che sanno, rendendo possibile la scoperta di quanto è verosimile.

In senso sfavorevole all'impiego dei *tormenta*, l'*Auctor* addita come il dolore possa essere messo in cattiva luce quale strumento che fuorvia la testimonianza e conduce sulla via della falsità, anche inducendo l'interrogato ad accondiscendere alle suggestioni dell'interrogante:

Rhet. ad Herenn. 2.7.10: ...Contra quaestiones hoc modo dicemus: primum maiores voluisse certis in rebus interponi quaestiones, cum, quae vere dicerentur, scire, quae falso in quaestione pronuntiarentur, refelli possent, hoc modo: Quo in loco quid positum sit, et si quid esset simile, quod videri aut aliquo simili signo percipi posset; deinde dolori credi non oportere, quod alius alio recentior sit in dolore, quod ingeniosior ad eminiscendum, quod denique saepe scire aut suspicari possit, quid quaesitor velit audire; quod cum dixerit, intellegat sibi finem doloris futurum. Haec disputatio comprobabitur, si refellemus, quae in quaestionibus erunt dicta, probabili argumentatione; idque partibus coniecturae, quas ante exposuimus, facere oportebit.

Dopo aver rivelato che anche gli stessi *maiores*, ai quali si attribuisce l'introduzione della tortura a conferma dell'autorità del mezzo, avevano comunque limitato le materie in cui praticarla, la riflessione segue un percorso che esamina elementi oggettivi e soggettivi che devono indurre prudenza nella valutazione delle risultanze della *quaestio*: tra queste si sottolinea che non si deve credere al dolore ("*dolori credi non oportere*"), in quanto nella sofferenza vi è chi può essere più resistente di altri, oppure chi è più ingegnoso ad inventare poiché sa o immagina quello che l'inquirente vuole sentire o perché capisce che quando avrà parlato per lui terminerà il dolore.

Nelle riflessioni esposte dall'*Auctor ad Herennium* è dato riconoscere i principali fili conduttori delle riflessioni in tema di *fides quaestionum* che animeranno le successive discussioni retoriche e giuridiche.

In tal senso esemplare è Cicerone che, ricollegando la *necessitas* alla *veritas*, valorizza l'attitudine della costrizione a parlare me-

diante lo strazio del dolore a rappresentare garanzia di verità: così, ad esempio, nei *Topica*, espone una teoria secondo cui l'impiego della violenza corporale piega l'uomo ad una necessità che lo conduce a dire cose attendibili che hanno le sembianze del vero⁵⁰:

Cic., *Top.* 74: *Sed reliquis quoque rebus quas modo enumeravi quamquam in his nulla species virtutis est, tamen interdum confirmatur fides, si aut ars quaedam adhibetur — magna est enim vis ad persuadendum scientiae — aut usus; plerumque enim creditur eis qui experti sunt. Facit etiam necessitas fidem, quae tum a corporibus tum ab animis nascitur. Nam et verberibus, tormentis, igni fatigati quae dicunt ea videtur veritas ipsa dicere, et quae perturbationibus animi, dolore, cupiditate, iracundia, metu, qui necessitatis vim habent, afferunt auctoritatem et fidem.*

Dai *testimonia* (la cui nozione aveva espresso nel § 73), Cicerone distingue altre prove ritenute prive di *virtus* ma che tuttavia svolgono la funzione di confermare la *fides*, in quanto dotate di grande forza persuasiva, come gli argomenti basati su una determinata tecnica (“*ars*”) o l’esperienza (“*usus*”). Altre situazioni, continua, fondano invece la propria *fides* sulla *necessitas* che scaturisce da sofferenze del corpo o dell’animo (“*facit etiam necessitas fidem*”). Tra le prime, il retore annovera l’impiego di *verbera*, *tormenta* e fuoco, posto che coloro che ne sono afflitti sembrano dire la verità (“*quae dicunt ea videtur veritas ipsa dicere*”). Da ciò non scaturisce tuttavia l’automatico conseguimento della soluzione dirimente, poiché ci si trova in un campo esterno alla *virtus*, in una zona dove è dato rinvenire elementi circostanziali in grado di fornire solo conferme a ciò che, per altri sentieri, la ragione deve conseguire.

⁵⁰ Il passo riscuote il commento adesivo di MATTHAEUS, *De Criminibus. Ad lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius*, cit., p. 560: “*enim feliciter per eculeus exprimitur veritas, ut Cicero scripserit in Topicis, ipsam veritatem videri dicere, quae verberibus torti, in igne fatigati, dicunt... Et quaemadmodum verum plerumque exprimi illa necessitas, quae a perturbationibus animi oritur, veluti dolore, cupiditate, iracundia, metu; ita nihili vetat, etiam necessitatem, quae per corporis cruciatum imponitur, verum reo extorquere*”.

Il tema riprende alcune riflessioni già esposte nelle *Partitiones oratoriae*, con riferimento alla complessa casistica degli atteggiamenti umani di fronte alla sottoposizione a tortura:

Part. orat. 50: Saepe etiam quaestionibus resistendum est, quod et dolorem fugientes multi in tormentis ementiti persaepe sint morique maluerint falsum fatendo quam infitiando dolere; multi etiam suam vitam neglexerint ut eos qui eis cariores quam ipsi sibi essent liberarent, alii autem aut natura corporis aut consuetudine dolendi aut metu supplicii ac mortis vim tormentorum pertulerint, alii ementiti sint in eos quos oderant...⁵¹.

Sempre Cicerone è l'autore di un ispirato passo, nell'orazione in difesa di Silla, che evidenzia l'inattendibilità delle dichiarazioni estorte sotto *tormenta*, descritti come luogo chiuso alla verità in quanto dominato dallo spasimo, governato dal temperamento di ciascuno, pilotato dal *quaesitor*⁵², piegato dal livore, corrotto dalla speranza, indebolito dal timore, nel quale, tra tante angosce, la verità non può trovare alcuno spazio ("*nihil veritati loci relinquatur*"):

⁵¹ La riflessione ciceroniana così prosegue, con espresso riferimento alla testimonianza e alla *quaestio*: *Part. orat. 51: Neque est obscurum, quin, quoniam in utramque partem sunt exempla et item ad coniecturam faciendam loci, in contrariis contraria sint sumenda. Atque etiam incurrit alia quaedam in testibus et in quaestionibus ratio; saepe enim ea quae dicta sunt si aut ambigue aut inconstanter aut incredibiliter dicta sunt aut etiam aliter ab alio dicta, subtiliter reprehenduntur.*

⁵² Il brano ciceroniano è stato recentemente preso in considerazione da S. LIVA, *Sulla funzione del quaesitor. Testi e ipotesi*, in *La repressione criminale nella Roma repubblicana tra norme e persuasione*, a cura di B. Santalucia, Pavia, 2009, p. 216, a supporto della tesi, già avanzata da Mommsen nello *Strafrecht (Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 208 nt. 4), per cui il *quaesitor*, contrariamente all'opinione comunemente sostenuta, avrebbe avuto un ruolo attivo quantomeno nella conduzione delle *quaestiones servorum*. Con breve notazione, anche BRUTTI, *La tortura*, cit., p. 64 nt. 73, ritiene che il ruolo del *quaesitor* non potesse consistere nella "mera registrazione dell'iniziativa delle parti. L'organizzazione dei *tormenta* è una spia del potere (di direzione, di uso della forza) riconosciuto al *quaesitor*". Si deve al riguardo ricordare che il vocabolo *quaesitor* racchiude in sé, significativamente, l'essenza dell'antica *quaestio* capitale unilaterale: cfr. spec. MANTOVANI, *Il problema d'origine*, cit., p. 240 ss.

Cic., *pro Sulla* 28.78: *Quaestiones nobis servorum accusator et tormenta minitatur. In quibus quamquam nihil periculi suspicamur, tamen illa tormenta gubernat dolor, moderatur natura cuiusque cum animi tum corporis, regit quaesitor, flectit libido, corrumpit spes, infirmit metus, ut in tot rerum angustiis nihil veritati loci relinquatur. Vita P. Sullae torqueatur, ex ea quaeratur num quae occultetur libido, num quod lateat facinus, num quae crudelitas, num quae audacia. Nihil erroris erit in causa nec obscuritatis, iudices, si a vobis vitae perpetuae vox, ea quae verissima et gravissima debet esse, audietur.*

Incisivo è anche un giudizio espresso nel *de oratore* per bocca di Marco Antonio. Spiegando che ogni argomento del discorso viene desunto o dall'essenza dell'oggetto della questione (*locus intrinsecus*) oppure da materiali esterni al fatto (*locus extrinsecus*), la *quaestio* è indicata come lampante esempio di falsità, in quanto basata su argomenti che si fondano su una forza esterna:

Cic., *de orat.* 2.40.173:... *hoc falsum est: habita enim quaestio est.*

Anche altrove l'Arpinate esprime opinioni tese a circoscrivere l'attendibilità della *quaestio*, come si legge in due celebri passi tratti dalla *pro Milone*. Nell'orazione, il retore inquadra l'utilità processuale della tortura, puntualizzando come essa sia di ausilio solo per la comprensione delle questioni di fatto e come, invece, le questioni di diritto siano situate su altro piano.

La sottile opinione punta, evidentemente, a confutare il risultato di dichiarazioni estorte *sub eculeo*, attraverso la precisazione che le stesse non possono né mai potrebbero fornire aiuto a risolvere la *quaestio iuris* legata, nel caso di specie, alla qualificazione dell'omicidio di cui Milone era imputato:

Cic., *pro Milo*. 21.57: *Cur igitur eos manu misit? Metuebat scilicet ne indicaretur, ne dolorem perferre non possent, ne tormentis cogentur occisum esse a servis Milonis in Appia via P. Clodium confiteri. Quid opus est tortore? quid quaeris? Occideritne? occidit. Iure an iniuria? nihil ad tortorem: facti enim in eculeo quaestio est, iuris in iudicio.*

Fin qui l'atteggiamento nei confronti della tortura rimane su un piano puramente di contraddittorio, finalizzato a neutralizzare gli effetti della stessa all'interno di un determinato processo.

Ma nel § 59 della *pro Milone*, Cicerone, pur concedendo che non vi sia alcun dubbio circa l'attitudine dei *tormenta* a far emergere la verità ("*verum inveniri*"), dà voce al giudizio sul disvalore morale di tale strumento di indagine, bollandolo come *indignum*, ma questo solo in quanto è idoneo a trasferire sui servi il potere di causare la morte dei padroni. Abile, quindi, la conclusione con cui il retore chiude il discorso: la *quaestio* operata dall'accusatore sul servo del presunto reo (il *dominus*) non è ontologicamente in grado di consentire l'acquisizione della verità:

Cic., *pro Milo*. 22.59: ...*Sed tamen maiores nostri in dominum [de servo] quaeri noluerunt, non quin posset verum inveniri, sed quia videbatur indignum esse et [domini] morte ipsa tristius. In reum de servo accusatoris cum quaeritur, verum inveniri potest?*

Nel passo si leggono, in particolare, notizie e motivazioni circa il divieto di tortura *in dominum*. L'oratore, prendendo in esame le dichiarazioni rese sotto tortura dai servi di Milone, avanza una prima confutazione basata sull'eccessiva severità della persona (Appio) che condusse l'indagine e che avrebbe prodotto dichiarazioni distorte. Come seguendo il copione dei consigli già riportati, Cicerone continua ricorrendo ai principi in tema di tortura risalenti ai *maiores*, tra i quali ricorda quello che vieta la tortura del servo contro il padrone ("*maiores nostri in dominum [de servo] quaeri noluerunt*")⁵⁵. Oltre a ricordarne l'autorevolezza, si profonde nella

⁵⁵ Anche in altre orazioni Cicerone richiama il *mos maiorum* quale fonte del divieto di *quaestio de servo in dominum*: cfr. ad esempio Cic., *pro Rege Deiot*. 1.3: "...*Nam cum more maiorum de servo in dominum ne tormentis quidem quaeri liceat, in qua quaestione dolor elicere veram vocem possit etiam ab invito, exortus est servus qui, quem in eculeo appellare non posset, eum accuset solutus*"; Cic., *pro Rosc. Amer*. 42.120: "...*Servos ipsos, quod ad me attinet, neque arguo neque purgo; quod a vobis oppugnari video ne in quaestionem dentur, suspiciosum est; quod vero apud vos ipsos in honore tanto sunt, profecto necesse est sciant aliquid, quod si dixerint perniciosum vobis futurum sit. In dominos quaeri de servis*

spiegazione della sua *ratio*: non è tanto il mezzo della tortura ad essere bandito, quanto il suo esperimento sui servi dell'incolpato.

Alle riflessioni ciceroniane, e ancor prima a quella dell'Erenniana (2.7.10), si ricollega l'insegnamento di Quintiliano che non manca di additare la relatività del mezzo, legata ad aspetti variabili e tipicamente personali e soggettivi, come la resistenza fisica del torturato:

Quint., *Inst. orat.* 5.4.1: *Sicut in tormentis quoque, qui est locus frequentissimus, cum pars altera quaestionem vera fatendi necessitatem vocet, altera saepe etiam causam falsa dicendi, quod aliis patientia facile mendacium faciat, aliis infirmitas necessarium...*

Il docente di retorica, prendendo piede dalla contraddittoria assenza dei *tormenta*, ne sottolinea il duplice risvolto: sotto tortura mente chi riesce a resistere alla sofferenza, ma mente anche chi non ne è in grado. Per taluni essi realizzano una costrizione a confessare la verità ("*vera fatendi necessitatem*"); per altri, al contrario, sono causa di false deposizioni ("*causam falsa dicendi*"), poiché in alcuni la capacità di resistere al dolore facilita il mentire, mentre in altri la debolezza lo rende necessario⁵⁴. Inevitabile la conclusione:

Quint., *Inst. orat.* 5.10.70: *...Mentietur in tormentis qui dolorem pati potest, mentietur qui non potest.*

Sotto il profilo metodologico, Quintiliano invita a vagliare criticamente, specialmente in caso di *quaestio*, i diversi aspetti del caso specifico, le persone interessate e soprattutto le modalità esecutive:

Quint., *Inst. orat.* 5.4.2: *Quaedam tamen in hac parte erunt propria cuiusque litis. Nam sive de habenda quaestione agetur, plurimum intererit quis et quem postulet aut offerat et in quem et ex qua causa: sive iam erit habita, quis ei praefuerit, quis et quo modo sit tortus, an credibilia dixerit,*

iniquum est'. At non quaeritur; Sex enim Roscius reus est; neque enim, cum de hoc quaeritur, in dominos quaeritur; vos enim dominos esse dicitis..."

⁵⁴ Come si vedrà più avanti nel testo, il riferimento alla *patientia* ricorre anche nella riflessione ulpiana in D. 48.18.1.25 mentre il concetto della resistenza al *dolor* è dirimente in tema di ripetizione della tortura: vd. *supra*, cap. II, § 7.

an inter se constantia, perseveraverit in eo quod coeperat an aliquid dolore mutarit, prima parte quaestionis an procedente cruciatu. Quae utrimque tam infinita sunt quam ipsa rerum varietas.

Gli insegnamenti di Quintiliano, magistralmente esposti in poche ma lucidissime righe, invitano l'aspirante oratore al vaglio di tutte le circostanze dell'attività di ricerca. Qualora ci si trovi nella fase di ammissione della tortura, il retore esorta a ragionare su quale sia la parte che ne ha fatto richiesta, su chi venga indicato come soggetto da torturare e per quale causa. Se la *quaestio* sia stata già esperita, dovranno essere oggetto di sindacato gli aspetti soggettivi (ad esempio, il ruolo avuto da chi l'ha condotta e la persona sottoposta), gli aspetti esecutivi ("*quo modo sit tortus*") e perfino le stesse rivelazioni, con speciale attenzione alla dinamica che le ha prodotte: il retore sapientemente invita a controllare la credibilità dei contenuti e la coerenza degli stessi ("*an credibilia dixerit, an inter se constantia*"), così come a verificare se il torturato sia rimasto fermo sulla versione iniziale o se l'abbia modificata per effetto del dolore e se quest'ultima evenienza si sia verificata all'inizio dei tormenti o nel prosieguo. In ogni caso e sotto ogni aspetto, le considerazioni restano infinite quanto varia è la casistica.

3. *La fides tormentorum: le fonti giuridiche*

I temi elaborati nelle opere di retorica trovano maggiore amplificazione ed approfondimento nel campo dell'elaborazione giuridica, portando a risultati di teorizzazione ancora superiori a quelli in esse elaborati⁵⁵.

⁵⁵ "Mais la rhétorique se s'était peut-être complètement aperçue des perplexités, dont un tel moyen de preuve était la cause [...] De ces perplexités s'aperçurent, au contraire, les législateurs et les juristes, qui portèrent l'évaluation juridique de la question à un niveau beaucoup plus élevé que celui atteint par l'évaluation rhétorique, et donnèrent en même temps un remarquable exemple de règlement juridique d'un moyen de preuve", così PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 385.

I giuristi appaiono infatti debitori delle riflessioni dei retori e questo traspare con grande evidenza laddove si esprimono ragionamenti e dubbi in merito alla *fides quaestionum*. La problematica è evidentemente connessa alla finalità conclamata della tortura, dichiaratamente eseguita *ad eruendam veritatem*, essendo la *quaestio* una delle attività inquisitorie finalizzate all'acquisizione di elementi di prova idonei a portare all'accertamento dei fatti.

Tuttavia, mentre l'impostazione dei retori appare soprattutto rivolta alla ricerca delle argomentazioni più inattaccabili e persuasive, la tensione di legislatori e giuristi si concentra soprattutto sui rischi di alterazione della genuinità delle dichiarazioni. L'interesse è quindi volto a concretizzare e oggettivizzare il problema della *fides* in criteri attinenti al *modus* che, sotto il profilo logico, precedono e dovrebbero garantire un livello tendenzialmente accettabile di verosimiglianza di quanto si acquisisce in sede di discussione.

La stretta connessione tra *modus* e *fides tormentorum* si intuisce già nel passo in D. 48.18.1pr. che offre, dopo i precetti attinenti al *quando* e al *quatenus*, l'indicazione di una terza regola: "...*et divus Augustus constituit neque adeo fidem quaestioni adhibendam, sed et epistula divi Hadriani ad Sennium Sabinum continetur*". Gli imperatori Augusto e Adriano hanno stabilito che non si deve riporre fede incrollabile nelle risultanze dell'interrogatorio *cum tormentis*.

La disposizione riferita da Ulpiano non fa altro che tradurre in termini dispositivi dubbi ed interrogativi certo non nuovi, testimoniando ulteriormente i costanti problemi sollevati dalla *fides quaestionum*, intesa come attitudine della tortura a fornire elementi ragionevoli e quindi affidabili, nell'emergente consapevolezza che la corretta acquisizione e valutazione di quanto dedotto in giudizio richiede criteri direttivi destinati ad acquisire valore esemplare, riducendo il più possibile i condizionamenti derivanti da prassi organizzative localmente e sporadicamente cristallizzate⁵⁶.

Al di là di più generali considerazioni socio-giuridiche, essenzialmente relative all'idoneità ad esprimere un'effettiva verità, la problematica della *fides quaestionum* produce importanti riverberi

⁵⁶ Così ZILLETI, *Sul valore probatorio*, cit., p. 127, in contrapposizione a quanto scrive LÉVY, *La formation*, cit., p. 422.

sotto l'aspetto più prettamente processuale, in specie per quanto attiene all'utilizzabilità delle dichiarazioni accusatorie rese sotto tortura e alla loro attitudine a porsi a fondamento della sentenza. La non corretta assunzione delle prove può infatti comportare con tutta evidenza gravi rifrazioni sul momento valutativo delle attestazioni ricevute, quando il magistrato è chiamato a compiere il giudizio di fatto sulle risultanze oggettive e, a monte, sulla correttezza metodologica che ha portato all'acquisizione dei contenuti stessi.

I dubbi circa la *fides servorum* hanno in qualche modo contribuito all'affermarsi del delineato orientamento legislativo in base al quale la *quaestio servorum* non deve essere il primo atto d'indagine⁵⁷ bensì deve essere adottata in funzione essenzialmente confermativa di precedenti gravi sospetti⁵⁸.

La via praticata per garantire un'accettabile attendibilità delle risultanze delle dichiarazioni ottenute mediante i *tormenta* appare, tendenzialmente, la progressiva costruzione di una disciplina che ponga freni e limitazioni alle modalità esecutive nonché valutative della *quaestio*, ma senza metterne in dubbio l'esperibilità. Tuttavia le clausole regolative risultano spesso formulate in modo ambiguo, come a lasciare spazio, all'interno dei divieti posti, ad una discrezionalità che bilanci e, all'occorrenza, ponga nel nulla lo stesso divieto.

La tendenziale sfiducia in merito alla *fides* dei mezzi dichiarativi conosce inoltre un aggravio laddove riferita alle accuse degli schiavi: com'è noto, il servo non è infatti considerato per sua natura attendibile. Basti qui ricordare, in via esemplare, che lo stesso Augusto (nella costituzione ricordata in D. 48.18.8pr.), considera efficacissima la tortura dei servi *ad requirendam veritatem* ma soltanto qualora non ci sia un altro modo per indagare ("*cum non aliter... explorari et investigari possunt quam per servorum quaestiones...*"), pur

⁵⁷ Tanto che, come si è visto, si stabilisce che alla *quaestio* si possa fare ricorso sulla base di due presupposti: la compresenza di altri elementi di prova e l'evidenza della sua utilità ai fini della conclusione delle indagini stesse, fornendo la definitiva dimostrazione del fatto da accertare.

⁵⁸ Conferente in tal senso è, ad esempio, la disposizione dei *Divi Fratres* in base alla quale non è comunque sufficiente la *quaestio* di un solo servo ai fini dell'accertamento della verità, ma occorrono altre prove (D. 48.18.1.4), sostanzialmente confermata da Settimio Severo (D. 48.18.1.17). Sul punto vd. più ampiamente *supra*.

precisando che si deve trattare di indagini relative a cause capitali. In sintonia, Modestino afferma che “*servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est*”⁵⁹.

Simile sentire contribuisce alla convinzione della necessità di sottoporre gli schiavi a *quaestio* perché la loro testimonianza acquista valore, al punto che la tortura appare considerata come una sorta di condizione per la veridicità delle loro dichiarazioni. Il problema viene avvertito con maggior forza soprattutto quando dette accuse si dirigono nei confronti del *dominus* oppure delle persone a costui assimilabili (*loco domini*). In simili casi, appare in effetti evidente come una società schiavistica rifiuti con decisione non tanto, o non solo, la *fides* del servo quanto l’idea che un libero, appartenente ad un ceto sociale più elevato, possa subirne un qualsivoglia pregiudizio. È alla luce di questa impostazione di fondo che vanno letti i provvedimenti in merito alla chiamata in correità, resa sotto tortura o spontaneamente, di terzi, e segnatamente del *dominus*, da parte del servo⁶⁰.

Pur continuando a concludere la ricerca della verità come il fine primario della *quaestio*, non mancano, dunque, voci discordanti sull’effettiva attendibilità delle dichiarazioni così ottenute e che trovano spazio anche nella *sedes materiae* all’interno del Digesto⁶¹.

In particolare, il tema della *fides quaestionum* costituisce il terzo nucleo che, nella ricostruzione leneliana, compone il titolo *de quaestionibus*⁶² e risulta composto dai frammenti siti in D. 48.18.1.23-27.

Paradigmatica è la riflessione con cui Ulpiano, all’interno del lungo frammento dell’ottavo libro *de officio proconsulis* restituito in D. 48.18.1, inizia la trattazione in tema di *fides quaestionum*⁶³:

⁵⁹ D. 22.5.7 (*supra*, § 1). Sul pregiudizio relativo alla potenziale inattendibilità dei servi, vd. anche *supra*, ntt. 12 e 18. Sulla diffusa sfiducia circa la possibilità di trovare la verità nelle parole accusatrici di un servo è incisivo anche Cicerone in *pro Milo*. 22.59, riportato *supra*, § 2. Sul passo vd. anche *infra*, cap. III, § 4 e nt. 90.

⁶⁰ Sul punto vd. più avanti nel testo.

⁶¹ Come si è già avuto occasione di rilevare (cap. II, § 2), il titolo D. 48.18 esordisce, tra l’altro, proprio con il monito augusteo a non prestare fede assoluta alle risultanze della tortura (“*neque adeo fidem quaestioni adhibendam*”: D. 48.18.1pr.).

⁶² LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 980, § 2211. Vd. *supra*, cap. II, nt. 2.

⁶³ Nel frammento non legge una “reale portata contestatrice” FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, II, cit., p. 210 ss., affermazione alla quale aderisce DALLA, *Il Man-*

D. 48.18.1.23 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Quaestioni fidem non semper nec tamen numquam habendam constitutionibus declaratur: etenim res est fragilis et periculosa et quae veritatem fallat. Nam plerique patientia sive duritia tormentorum ita tormenta contemnunt, ut exprimi eis veritas nullo modo possit: alii tanta sunt impatientia, ut quodvis mentiri quam pati tormenta velint: ita fit, ut etiam vario modo fateantur, ut non tantum se, verum etiam alios criminentur.*

Il giurista severiano riprende il filo conduttore dell'esordio, ammonendo che "*quaestioni fidem non semper nec tamen numquam habendam constitutionibus declaratur*", così come nell'*incipit* (D. 48.18.1pr.) aveva subito enunciato che Augusto "*constituit neque adeo fidem quaestioni adhibendam, sed et epistula divi Hadriani ad Sennium Sabinum continetur*".

Secondo Ulpiano, dunque, come non sempre si deve prestar fede alla *quaestio* nemmeno, *a contrario*, essa va sempre ritenuta produttiva di menzogne. Il brano evidenzia con grande chiarezza i dilemmi che sorgono dalle dichiarazioni estorte *sub tormentis*: "*res est fragilis et periculosa et quae veritatem fallat*". Lo strumento è fragile, pericoloso e soggetto ad ingannare: infatti molti, per la loro capacità di sopportazione della sofferenza disprezzano talmente la tortura che in nessun modo si può da loro ottenere la verità, mentre altri

zoni, cit., p. 186 ss. (per opinioni contrarie cfr. *ib.*, nt. 29), il quale conclude che le riflessioni critiche intorno alla tortura (di cui D. 48.18.1.23 è un esempio) "restano fini a se stesse, non avendo messo in luce che anche nella possibilità di una confessione non veridica sta una ragione del suo esistere. E nel non chiarito rapporto fra il fine apparente di mezzo istruttorio teso alla verità e quello dissimulato suggerito dall'esercizio del potere in un certo modo continuerà a perpetuarsi l'equivoco". Il passo in D.48.18.1.23, unitamente a tutti quei brani contenenti regole in tema di escussione testimoniale, osserva il VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 135 ss., attesterebbe inoltre la necessità di superare le incertezze insorte nella prassi giudiziaria relativamente ad assunzione e valutazione delle dichiarazioni acquisite mediante *tormenta* e tali da suscitare perplessità circa la loro attendibilità. Da questa esigenza, deriverebbe la tendenza alla regolamentazione normativa di attività strettamente giudiziali, fino ad allora riservate alla discrezionalità dell'organo competente. La legislazione imperiale avrebbe, dunque, messo reiteratamente in guardia gli organi giudiziari contro un uso imprudente delle *quaestiones*, i cui esiti, prima di essere ritenuti attendibili, dovevano essere vagliati in considerazione della *patientia* o *inpatientia* del torturato.

sono così intolleranti del dolore che preferiscono dire qualunque falsità piuttosto che sopportare i tormenti⁶⁴.

L'ammissione contrasta la motivazione con cui si propaga e giustifica ufficialmente lo strumento e si pone in evidente contraddizione con la definizione di *quaestio*, parimenti ulpiana, che si è letta in D. 47.10.15.41, ove la tortura e le afflizioni corporali sono direttamente collegate *ad eruendam veritatem*. Nel frammento tratto dal commento all'editto, peraltro, l'attenzione del giurista è focalizzata sulla funzione investigativa dei *tormenta* in contrapposizione con la differente finalità punitiva della *verberatio*. In ogni caso, nell'esecuzione pratica si possono frapporre tra l'uso del mezzo e il suo fine degli ostacoli tali da inficiarne il valore, anche dipendenti dalla persona del *tortus*, la cui peculiare resistenza psicofisica rende refrattario alla confessione ("*exprimi eis veritas nullo modo possit*").

Il problema dell'effettiva attendibilità delle dichiarazioni rese sotto tortura appare particolarmente sentito per il caso critico della chiamata in correità: le plurime, e del resto non nuove, considerazioni esposte nel passo sembrano in effetti mirate a convergere verso la consecutiva che chiude il paragrafo: "*ut non tantum se, verum etiam alios crimentur*". Dalla soggettiva capacità di resistere alle torture, riflette il giurista concludendo il ragionamento, discende che i torturati accusino non solo se stessi ma anche altre persone.

Ulpiano argomenta inoltre sui controversi rapporti tra *patientia sive duritia tormentorum* ed *impatientia*, tra verità e menzogna quasi riecheggiando le plastiche parole scritte da Quintiliano nel quinto libro delle *Institutiones oratoriae* (5.4.1), che qui riportiamo nuovamente per evidenziare la consonanza: "*Sicut in tormentis quoque, qui est locus frequentissimus, cum pars altera quaestionem vera fatendi necessitatem vocet, altera saepe etiam causam falsa dicendi, quod aliis patientia facile mendacium faciat, aliis infirmitas necessarium*". La soggettiva e differente capacità di sopportare il dolore⁶⁵

⁶⁴ Cfr. le riflessioni dei retori nel precedente § 2.

⁶⁵ La *duritia tormentorum*, ossia la capacità di resistenza ai dolori dei *tormenta*, è inoltre considerata una delle cause che legittimano la reiterazione della tortura, come si è letto nel passo delle *Pauli Sententiae* 5.14.3 e ripreso in D. 48.18.18.1, laddove si ammette la reiterazione della *quaestio* "*maxime si in tormenta animum corpusque duraverit*". Sotto il profilo lemmatico, si nota, ma senza

è una variabile che non consente di formulare *a priori* regole di attendibilità, ma, al contrario, smonta ogni attitudine dello strumento al rinvenimento del vero.

Le costruzioni simmetriche di Ulpiano e Quintiliano⁶⁶ mostrano come la *patientia* consenta ai forti di perseverare nel mendacio mentre la *impatientia* agevoli i deboli alla menzogna. In entrambi i casi, la *veritas* è ingannata e il dubbio è destinato ad emergere a tutto campo.

Quintiliano non si interroga sul valore dello strumento ma fornisce argomenti polemici onnivaleanti contro il *locus frequentissimus*⁶⁷. Ulpiano, invece, ratifica l'esistenza di molteplici fattori di obliterazione della verità ("*ita fit, ut etiam vario modo fateantur*"), per giungere però ad una conclusione possibilista che tende a fare salve le dichiarazioni autoaccusatorie, onerando di cautele soprattutto la valutazione delle dichiarazioni eteroaccusatorie ("*ut non tantum se, verum etiam alios crimentur*").

Il contenuto dei brani successivi appare un'esemplificazione della generale affermazione espressa nel brano appena letto e, in par-

per questo sovraccaricarla di significato, anche la corrispondenza dei *verba* impiegati dai due giuristi: Paolo impiega il verbo *durare* laddove Ulpiano adotta il sostantivo *duritia*. Su questi passi e per alcune considerazioni sulla resistenza ai tormenti rappresentata dal vocabolo *duritia* vd. *supra*.

⁶⁶ Ulpiano: "...*plerique... alii*"; Quintiliano: "*aliis... aliis*".

⁶⁷ Cfr. *Rhet. ad Herenn.* 2.7.10, ove l'Autore include la reazione al dolore tra i *loci contra quaestiones*, non soltanto sotto il profilo della capacità di sopportazione ma anche in quanto stimolo per inventare, e dunque dichiarare, quello che l'inquirente vuole sentire, poiché il *tortus* capisce che, appena avrà parlato, terminerà il dolore: "*dolori credi non oportere, quod alius alio recentior sit in dolore, quod ingeniosior ad emiscendum, quod denique saepe scire aut suspicari possit, quid quaesitor velit audire; quod cum dixerit, intellegat sibi finem doloris futurum*". Di estremo interesse si rivela anche il paragrafo che Quintiliano dedica agli argomenti da affrontare in via preventiva o successiva rispetto all'*habere quaestionem*, non mancando di evidenziare che gli spunti di argomentazione critica possono essere infiniti quanto la variabile forma delle situazioni reali: *Inst. orat.* 5.4.2: "*Nam sive de habenda quaestione agetur, plurimum intererit quis et quem postulet aut offerat et in quem et ex qua causa: sive iam erit habita, quis ei praefuerit, quis et quo modo sit tortus, an credibilia dixerit, an inter se constantia, perseveraverit in eo quod coeperat an aliquid dolore mutarit, prima parte quaestionis an procedente cruciatu. Quae utrimque tam infinita sunt quam ipsa rerum varietas*". Con grande acume metodologico, il retore pone particolare attenzione agli effetti del *dolor*, quando determinanti il mutamento della versione, nonché al momento della dichiarazione del *tortus* rispetto all'introduzione della violenza. Riferimenti al *dolor corporis* anche *supra*, § 2.

ticolare, delle costituzioni che mettono in risalto la tendenziale fallacia ed inattendibilità delle attestazioni *sub tormentis*. In particolare, seguono due brani che riflettono con parole quasi speculari il concetto appena introdotto, del quale rappresentano in sostanza, per così dire, una sorta di variazione sul tema, mentre i paragrafi 26 e 27 contengono piuttosto degli esempi di applicazione concreta della regola.

Nel paragrafo 24, Ulpiano consiglia di non prestar fede alla tortura dei nemici i quali, per evidenti ragioni, mentono facilmente:

D. 48.18.1.24 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Praeterea inimicorum quaestioni fides haberi non debet, quia facile mentiuntur. Nec tamen sub praetextu inimicitiarum detrahenda erit fides quaestionis.*

Pare evidente che il problema della *inimicorum quaestio* sia da riferirsi essenzialmente al caso della chiamata in correità: è facile immaginare, infatti, che le dichiarazioni di persona nemica si volgano soprattutto all'accusa, asseritamente ingiusta, nei confronti di soggetti verso i quali si nutrono sentimenti ostili.

Tuttavia, riflette Ulpiano, non si dovrà nemmeno negare in via assoluta attendibilità ad una simile *quaestio* accampando il pretesto dell'inimicizia ("*sub praetextu inimicitiarum*").

Ancora una volta il commento del giurista appare teso a fare salvo lo strumento processuale della *quaestio per tormenta*: le perplessità che emergono dall'analisi dei casi critici assumono valore di metodo e di supporto all'attività del giudicante e si concludono con l'invito ad una valutazione giudiziosa, accurata e motivata, qualunque sia la soluzione scelta. Il caso del teste ostile richiede dunque un vaglio specifico, che non sia acriticamente adesivo ma neppure aprioristicamente svalutativo.

Incastonato tra questo paragrafo e il lungo brano nel § 26, si legge una considerazione che forse meriterebbe un posto di maggior risalto:

D. 48.18.1.25 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Causaque cognita habenda fides aut non habenda.*

Il frammento rappresenta un condensato di quello che, in sostanza, emerge come il principio cardine in tema di *fides tormentorum*: una dichiarazione, soprattutto se resa sotto tortura, non è apprezzabile sulla base di criteri elaborati in via aprioristica ma deve essere oggetto di una valutazione rimessa, caso per caso, “*ad eum qui iudicat*”⁶⁸. L’approfondito esame del compendio probatorio complessivo, in vista della valutazione sulla *fides*, diventa forma e garanzia del corretto esercizio della discrezionalità dell’inquirente.

La regola per cui “*causa cognita aestimetur, habenda fides aut non*” costituisce, afferma Ulpiano, il criterio maggiormente seguito nella legislazione imperiale in caso di chiamata in correità:

D. 48.18.1.26 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Cum quis latrones tradidit, quibusdam rescriptis continetur non debere fidem haberi eis in eos, qui eos tradiderunt: quibusdam vero, quae sunt pleniora, hoc cavetur, ut neque destricte non habeatur, ut in ceterorum persona solet, sed causa cognita aestimetur, habenda fides sit nec ne. Plerique enim, dum metuunt, ne forte adprehensi eos nominent, prodere eos solent, scilicet impunitatem sibi captantes, quia non facile eis indicantibus proditores suos creditur. Sed neque passim impunitas eis per huiusmodi proditioes concedenda est, neque transmittenda allegatio dicentium idcirco se oneratos, quod eos ipsi tradidissent: neque enim invalidum argumentum haberi debet mendacii sive calumniae in se instructae.*

Il caso, in sostanza, non è che un’ulteriore esemplificazione della necessità di valutare di volta in volta la *fides* delle dichiarazioni rese sotto tortura, soprattutto quando si traducono in un’accusa per concorso nel crimine.

Ulpiano attesta due divergenti orientamenti legislativi in materia: alcuni rescritti affermano *tout-court* l’inattendibilità delle accuse lanciate verso i *latrones* dai loro complici che li avevano consegnati alla giustizia, mentre altri, che rappresentano l’orientamento prevalente, stabiliscono invece che la *fides* deve comunque essere valutata *causa cognita*.

⁶⁸ Cfr. D. 22.5.3.1, su cui *supra*, in tema di affidabilità dei testimoni. Ivi, anche considerazioni relative alla discrezionalità del giudice.

Il giurista nota come il primo indirizzo si presti ad un'indebita strumentalizzazione. Se infatti si stabilisce *a priori* l'inattendibilità della chiamata in correità di coloro che hanno consentito l'arresto, si finisce per favorire l'impunità di questi ultimi: i correi infatti, potrebbero consegnare alla giustizia i propri complici, confidando di essersi così guadagnati l'impunità, attesa l'aprioristica inutilizzabilità delle accuse che i catturati potrebbero lanciare verso chi li ha fatti arrestare ("*quia non facile eis indicantibus proditores suos creditur*"). Appare quindi più consono lasciare al giudicante la valutazione sulla attendibilità delle chiamate in correità, come stabilito – sottolinea Ulpiano – dalla maggioranza dei rescritti imperiali.

L'approvazione dell'orientamento maggioritario viene motivata con l'esigenza di limitare al massimo le regole che invalidano gli elementi di prova acquisiti: conclude infatti il giurista che "non deve considerarsi invalida la prova di una menzogna o di una calunnia architettata contro di loro". I rescritti di matrice restrittiva, che intervengono con valutazioni categoriche, limitano la discrezionalità del giudicante e consentono agli scaltri di costruirsi vie verso l'impunità.

Ritorna, dunque, la necessità di una valutazione *causa cognita*, che si rivela essenziale nel complesso campo della chiamata in correità, dove il dichiarante assume la duplice veste di sospettato e di testimone⁶⁹.

⁶⁹ Una delle analisi più attente e più articolate del valore probatorio da attribuirsi alle dichiarazioni rese da colui che chiama in correità si rinviene in un apposito capitolo dedicato a questo tema da Mario Pagano nella sua *Teoria delle prove*, cap. XIII, in *Biblioteca scelta del foro criminale italiano*, vol. 11, Milano 1853, p. 467 ss., ove, dopo aver rilevato la contraddittorietà dei principi presenti nella compilazione giustiniana e la disparità delle opinioni espresse da vari criminalisti a tale proposito, scrive incisivamente, riferendosi al correo che accusava i propri complici: "Egli è pur vero, che qualche volta il suo labbro additando il complice esprima il vero. Ma più d'ordinario avviene, che la sua nomina sia lo strumento della vendetta, della malignità, o della sperata protezione: vale a dire, che la nomina del correo più spesso contiene il falso, che il vero; avvegnaché in bocca dell'uom reo più spesso si trova il mendacio, che la verità. Per la qual cosa la nomina del correo è da riporsi tra i vaghi indizi". In ogni caso la chiamata in correità – continua Pagano – non è credibile quando sia stata effettuata sotto tortura e va sempre accompagnata da riscontri che consentano di superare il sospetto che essa sia stata compiuta per accusare gli altri a scopo di vendetta o per altri interessi, oppure va corroborata da altri elementi che possano provare la colpevolezza del chiamato, in modo che "la nomina del socio sia vestita". A sostegno

Nel caso di specie, inoltre, la difficoltà della soluzione deriva dal fatto che colui che ha consentito l'arresto dei colpevoli (il traditore) potrebbe non essere raggiunto da elementi indiziari ulteriori e quindi versare in posizione doppiamente avvantaggiata: da un lato, le sue dichiarazioni eteroaccusatorie risultano del tutto fededegne e dall'altro, una volta trasformati i complici in testimoni ostili, risulterà aver costruito attorno a sé un deserto probatorio in grado di garantirgli l'impunità⁷⁰. Gli scrupoli di Ulpiano, che lo inducono ad escludere valore alle soluzioni rigide, ponendosi apparentemente contro il sistema delle delazioni, in realtà finiscono per ammetterle, salvo lasciare al giudice la discrezionale valutazione finale.

La regola per cui "*quaestioni fidem non semper nec tamen nunquam habendam*" trova ulteriore amplificazione nel paragrafo 27, ove, come riprova conclusiva di quanto è andato sinora esponendo, Ulpiano riporta il caso limite di uno schiavo che, sotto tortura, aveva mentito autoaccusandosi di omicidio pur di non tornare con l'antico padrone:

D. 48.18.1.27 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnumquam enim aut metu aut qua alia de causa in se confitentur. Et extat epistula divorum fratrum ad Voconium Saxam, qua continetur liberandum eum, qui in se fuerat confessus, cuius post damnationem de innocentia constitisset. Cuius verba haec sunt: "Prudenter et egregia ratione humanitatis, Saxa carissime, Primitivum servum, qui homicidium in se confingere metu ad dominum revertendi suspectus esset, perseverantem*

di tale opinione Pagano adduce proprio quanto si legge nell'ulpiano D. 48.18.1.26. Sulla tematica della correttezza nell'esperienza criminale romana si rinvia spec. a CERAMI, *La collaborazione processuale*, cit., p. 249 ss.; VARVARO, *Certissima indicia*, cit., p. 379 ss.; RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia*, cit., *passim* (ivi bibliografia).

⁷⁰ Piace ricordare anche a questo proposito le riflessioni del BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., XVI: "Finalmente la tortura è data ad un accusato per scuoprire i complici del suo delitto; ma se è dimostrato che ella non è un mezzo opportuno per scuoprire la verità, come potrà ella servire a svelare i complici, che è una delle verità da scuoprirsì? Quasi che l'uomo che accusa se stesso non accusi più facilmente gli altri. È egli giusto tormentar gli uomini per l'altrui delitto? Non si scuopriranno i complici dall'esame dei testimoni, dall'esame del reo, dalle prove e dal corpo del delitto, in somma da tutti quei mezzi medesimi che debbono servire per accertare il delitto nell'accusato?"

falsa demonstratione damnasti quaesiturus de consciis, quos aequae habere se commentitus fuerat, ut ad certiore ipsius de se confessionem pervenires. Nec frustra fuit tam prudens consilium tuum, cum in tormentis constiterit neque illos ei conscios fuisse et ipsum de se temere commentum. Potes itaque decreti gratiam facere et eum per officium distrahi iubere, condicione addita, ne umquam in potestatem domini revertatur, quem pretio recepto certum habemus libenter tali servo cariturum". Hac epistula significatur, quasi servus damnatus, si fuisset restitutus, ad eum pertinebit, cuius fuisset, antequam damnetur. Sed praeses provinciae eum quem damnavit restituere non potest, cum nec pecuniariam sententiam suam revocare possit. Quid igitur? Principi eum scribere oportet, si quando ei, qui nocens videbatur, postea ratio innocentiae constitit.

La vicenda sollevata dal governatore *Voconius Saxa* e risolta da un rescritto dei *divi fratres* riguarda un servo, *Primitivus*, sospettato di essersi confessato colpevole di omicidio per paura di essere restituito al suo padrone⁷¹. La situazione era ancor più aggravata dal fatto che il servo, forse per rendere più credibile l'autoaccusa, aveva mentito anche circa la responsabilità di altre persone che aveva accusato di complicità. Il governatore, peraltro, evidentemente dubitando delle parole del servo, lo aveva comunque condannato, predisponendo altresì la tortura dei complici chiamati in correità al fine di arrivare ad una più sicura confessione riguardo alla responsabilità dello schiavo.

Dalla tortura era poi risultata l'innocenza non solo di coloro che il servo aveva accusato di complicità ma anche quella dello stesso Primitivo. La condanna già emessa, quindi, appare priva di fondamento. È a questo punto che *Saxa* deve essersi indotto a sottoporre il caso all'imperatore anche se il dubbio non pare dovuto all'inottemperanza delle norme ricordate bensì alla questione, tutta civilistica, circa il destino del servo. Ciononostante, i *divi fratres* mostra-

⁷¹ In particolare, Ulpiano descrive la condizione di *Primitivus* come quella di un "quasi servus damnatus": PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression of Crime*, cit., p. 233 ss. Vd. anche LÉVY, *La torture*, cit., p. 244, che, in relazione al caso *de quo*, commenta che "la torture est inutile en cas d'aveu". La spiegazione offerta dai *divi fratres* suona in questi termini: "ut ad certiore ipsius de se confessionem pervenires". Gli imperatori consentono dunque la tortura per addivenire ad una più certa confessione del servo.

no di approvare l'operato del governatore, lodandolo per essersi regolato "*prudenter et egregia ratione humanitatis*".

Gli imperatori lasciano poi alla discrezionalità del governatore la decisione in merito alle sorti della condanna (dispone infatti la risposta imperiale: "*Potes... decreti gratiam facere...*") mentre in relazione alle conseguenze pecuniarie della medesima (che il governatore non poteva revocare)⁷², ordinano la vendita d'ufficio del servo con la condizione che non ritornasse più sotto la potestà dell'antico padrone, la cui crudeltà doveva, in effetti, essere impressionante se Primitivo aveva preferito incorrere nella pena prevista per l'omicidio piuttosto che rischiare di tornare a servirlo. All'antico *dominus* sarebbe comunque andato il prezzo ricavato dalla vendita.

Non è di poco conto sottolineare che in questa vicenda il governatore agisce in violazione di ben due norme: non pare anzitutto rispettata la direttiva di Adriano per cui "*quaestionis habendae causa neminem esse damnandum*"⁷³. Ulteriormente, la decisione di *Voconius Saxa* disattende la disposizione di Antonino Pio che vietava di torturare colui che già aveva ammesso la propria colpevolezza in merito alla responsabilità di altri⁷⁴.

Il giurista severiano rimarca il dato, già espresso, per cui "molti sono così intolleranti del dolore che preferiscono dire qualunque

⁷² L'epistola chiarisce, quindi, che il servo condannato, se restituito, sarebbe spettato a colui cui apparteneva prima della condanna. DELL'ORO, *I libri de officio*, cit., p. 171 ss., rileva come, in ogni caso, il governatore non può restituire lo schiavo che ha condannato poiché non ha la competenza a revocare le conseguenze pecuniarie della propria sentenza: pertanto, il giurista pone il quesito ("*Quid igitur?*"), seguito dalla risposta ("*Principi eum scribere oportet, si quando ei, qui nocens videbatur, postea ratio innocentiae constitit*"). L'A., inoltre, considera sospetta la discussione successiva all'esposizione del rescritto in quanto sia Ulpiano ne aveva già esposto le ragioni prima di riportarlo, sia perché l'aspetto di questa parte sembrerebbe una glossa.

⁷³ D. 48.18.21, su cui vd. *supra*.

⁷⁴ Al riguardo, si rileva che il termine "*suspectus*" riferito al servo sta qui a significare l'intervenuta confessione ad opera dello stesso. In tal senso, si legga ACCURSIO, gl. *suspectus*, ad D. 48.18.1.27, *de quaestionibus*, l. *Si quis ultro de maleficio*. Si ricorda che, con riferimento alla problematica della ripetizione della tortura, in D. 48.18.16.1 si legge che "*Is, qui de se confessus est, in caput aliorum non torquetur*" (cap. II, § 7). Lo stesso principio viene perentoriamente ribadito anche in un *responsum* di Papiniano restituito in D. 48.18.17.3 (Pap. 16 resp.): *De servo in metallum damnato quaestionem contra eum qui dominus fuit, non esse habendam respondi: nec ad rem pertinere, si ministrum se facinoris fuisse confiteatur*.

falsità piuttosto che sopportare i tormenti: così accade che confessino anche variamente così da incolpare non solo se stessi ma anche altri” (“*Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnumquam enim aut metu aut qua alia de causa in se confitentur*”)⁷⁵.

Si conclude, dunque, così come era iniziata, la trattazione ulpiana sulla *fides quaestionum*, riprendendo quasi alla lettera le considerazioni già svolte nel frammento in D. 48.18.1.23 che la iniziava: “*Quaestioni fidem non semper nec tamen numquam habendam constitutionibus declaratur...*”.

In sostanza, l'accertamento sulla *fides* viene ricondotto nell'ambito tipico della discrezionalità del giudice, con ciò risolvendo i dilemmi derivanti dalla *fragilitas* e dalla *periculositas* del mezzo. La sussistenza di numerose controindicazioni circa l'attitudine dei *tormenta* a scoprire la verità non si risolve nell'abbandono dello strumento, ma diventa occasione per fare maggiore affidamento alla valutazione del giudicante e per affidare a questi, *causa cognita*, il discernimento tra ciò che è *veritas* e ciò che *veritatem fallat*.

Le perplessità che emergono dall'analisi degli aspetti critici, i dubbi sull'attitudine del *dolor* ad indurre il *tortus* a confessare il vero, i problemi derivanti dagli articolati intrecci delle posizioni soggettive, di teste, di reo, di correo e dai meccanismi che scaturiscono dalla confessione *in se* o *contra alios* non riescono a portare alla demolizione dell'utilità del mezzo. Laddove i retori avevano avuto buon gioco ad insufflare il dubbio nelle molteplici pieghe che l'impiego razionale dei *tormenta* comportava, imperatori e giuristi, senza perciò abdicare all'approccio empirico al tema ma senza nemmeno ricorrere a criteri legali pregiudiziali, continuano a preoccuparsi di inquadrare la *quaestio* tra gli strumenti comunque necessari *in criminibus eruendis* ed attribuiscono all'apprezzamento del giudice la quadratura di ogni criticità, rimettendo a questi l'ultima e decisiva parola sulla *fides quaestionum*⁷⁶.

⁷⁵ Anche questo passo, come D. 48.18.1.23, è consonante all'impostazione retorica letta in Quint., *Inst. orat.* 5.4.1. Si rileva come l'avverbio “*ultro*” stia ad indicare la spontaneità della deposizione: sul punto, si rinvia alle osservazioni che verranno svolte *infra*, nt. 89 e spec. § 6.

⁷⁶ Si tratta di quello che in dottrina viene definito “modello potestativo” del processo penale. Tale modello comporta, in sostanza, che l'*iter* di accertamento dei

Nei passi considerati (D. 48.18.1.23-27) ricorrono frequenti espressioni aperte e possibiliste, il cui ruolo è quello di fare da passaggio alla formulazione di criteri di analisi, costituenti supporto logico e metodologico all'inquirente, il cui corretto adempimento della propria funzione finisce per essere, di fatto, l'unica garanzia di veridicità.

4. *La quaestio contra dominos*

Una formula ricorrente assurta a principio recita: "*in dominum de servo quaeri noluerunt*". Giuridicamente, è noto, si traduce nel divieto di *quaestio in caput domini*⁷⁷, una delle regole fondamentali

fatti dedotti in giudizio si svolga seguendo non procedure cognitive regolamentate in modo oggettivo bensì attraverso decisioni autoritative e, dunque, arbitrarie, in una logica che lega strettamente potere e verità: la teoria, lucidamente esposta da FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 15 ss., p. 70 ss., è ora ripresa, per il profilo che qui interessa, da BRUTTI, *La tortura*, cit., p. 38 nt. 5, p. 64 ss., che ben sottolinea come la prova così formata non può avere, se ancora qualcuno ne dubitasse, alcuna sembianza di veridicità.

⁷⁷ Si nota che le fonti, accanto alla tradizionale locuzione "*in caput domini*", mostrano una certa varietà di espressione ad individuare quelle particolari situazioni di pericolo per il *dominus* determinate dall'interrogatorio degli schiavi: si legge così di divieto di *quaestio contra dominos*, *adversus dominos*, *in dominos*, *de domino*, finanche *pro domino*. Tutte queste modalità espressive stanno comunque ad indicare, in generale, che il servo non deve essere mai sentito sulla posizione del padrone, né contro né a favore. L'esistenza del divieto di tortura dei servi *contra dominos* secondo Tacito sarebbe sorto in base ad un antico senatoconsulto (*Ann.* 2.30.3): si tratta del noto episodio di Libone Druso coinvolto in un processo in cui rischiava la pena di morte. Lo storico, nel riferire la vicenda, racconta che l'accusatore di Libone Druso, denunciato di piani sovversivi, si rivolse all'imperatore Tiberio non appena ebbe racimolato un numero sufficiente di "testi e di schiavi", disposti a provare le sue accuse ma l'imperatore, pur non sdegnando la delazione, si rifiutò di concedere udienza. In seguito ad ulteriori sviluppi che vedono le accuse giungere di fronte al tribunale senatorio, ove vengono respinte dall'imputato, si decise di torturare gli schiavi affinché riconoscessero la scrittura del padrone su alcune annotazioni incriminanti ("*adgnoscentes servos per tormenta interrogari placuit*"). È a questo proposito che, incidentalmente, Tacito ricorda che un antico senatoconsulto aveva sancito il divieto di interrogare i servi nei processi in cui il padrone era passibile di pena capitale. La testimonianza dello storico trova conferma anche in Cicerone: *pro Milo.* 22.59, ove il retore riporta la *quaestio servorum in dominum* ad antichi *mores maiorum* ("*maiores nostri in dominum de servo quaeri noluerunt, non quin posset verum inveniri, sed quia videbatur indignum esse et dominis morte ipsa tristius. In reum de servo accusatoris cum quaeritur, verum inveniri potest?*").

nella società schiavistica della Roma repubblicana, tesa a tutelare la

Si legga anche il discorso *pro Deiotaro* (30.11), ove il retore spiega le ragioni del divieto: “*ubi enim id, quod intus est atque nostrum, impune evolare potest contraque nos pugnare, fit in dominatu servitus, in servitute dominatus*”. Svariate fonti testimonierebbero che la prassi di torturare gli schiavi *contra dominos*, preceduta dalla loro forzata espropriazione, sarebbe stata inaugurata da Augusto: Svet., *Aug.* 27.4; Dio. 55.5.4; cfr. VOLKMANN, *Zur Rechtsprechung*, cit., p. 85 ss.; DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 115. Questo mezzo istruttorio avrebbe conosciuto notevole sviluppo nel corso del I secolo d.C., sino a Traiano che, per primo, avrebbe cercato di porvi degli argini, come attesterebbe Plinio che, nel suo *Panegyricus*, celebra come una tra le più rilevanti virtù di Traiano il rifiuto di accettare le delazioni degli schiavi contro i loro padroni (vedi *Paneg.* 42.2-4). Sul punto vd. soprattutto, oltre alle fonti sopra citate, anche Svet., *Tib.* 58.1; Dio. 57.19.2. Cfr. E. CIACERI, *L'imperatore Tiberio e i processi di lesa maestà, in Processi politici e relazioni internazionali*, Roma, 1918, p. 277; R.S. ROGERS, *Criminal Trials and Criminal Legislation under Tiberius*, Middletown, 1935, p. 16 ss., che ha sostenuto che la legge repubblicana, dalla quale era proibita la *quaestio in caput domini*, considerava due eccezioni, in caso di incesto e di alto tradimento. Ma si veda DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 116 nt. 174; BAUMAN, *The Crimen Maiestatis*, cit., *passim*. Dopo Tiberio, in verità, non abbiamo più notizie sull'ammissione della testimonianza di schiavi contro i padroni. Dione, tuttavia, ci informa che Galba rese ai padroni, perché fossero puniti, i servi che avevano testimoniato *contra dominos* (64.3.4a). Sul problema della tortura dello schiavo *in caput domini* vd. soprattutto MOMMSEN, *Le droit pénal*, II, cit., p. 91 ss.; W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery: the condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1908 [1969], p. 86 ss.; COSTA, *Cicerone*, cit., p. 147; P. DEL PRETE, *Quaestio de servis contra dominos*, in *AUBA*, 2 (1933, ma ed. 1934), p. 90 ss. (rist. anast.: *La responsabilità dello schiavo nel diritto penale romano*, Roma, 1972); FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 24 ss., p. 35 ss.; EHRHARDT, s.v. “*Tortura*”, cit., coll. 1789 ss.; BAUMAN, *Impietas in principem*, cit., p. 174 ss.; LÉVY, *La torture*, cit., p. 252 ss.; DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 110 ss., p. 114 ss.; L. CHEVAILLER, s.v. “*Torture*”, in *Dictionnaire de droit canonique*, 7, Paris, 1965, coll. 1293 ss.; PANSOLLI, s.v. “*Tortura*”, cit., p. 425; BRASIELLO, s.v. “*Istruzione*”, cit., p. 136 ss.; PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 387; GARNSEY, *Social Status*, cit., p. 213 ss.; DALLA, *Il Manzoni*, cit., p. 173 ss.; LIEBS, *Der Schutz*, cit., p. 147 ss.; ROBINSON, *Slaves*, cit., p. 236 ss.; BRUNT, *Evidence given under Torture*, cit., p. 256 ss.; SCHUMACHER, *Servus index*, cit., p. 159 ss., p. 175 ss.; H. ANKUM, *La “captiva adultera”. Problèmes concernant l’“accusatio adulterii” en droit romain classique*, in *RIDA*, s. 3^a, 32, 1985, p. 183 ss. (= *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro D’Ors*, Pamplona, 1987, p. 175 ss.); MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 315 ss.; W. FORMIGONI CANDINI, *In margine al divieto di torturare gli schiavi in caput domini*, in *Ann. Fe. N.S.*, 2, 1988, p. 61 ss.; SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 246 nt. 206; MANTOVANI, *Il problema d’origine*, cit., p. 232 ss.; FASANO, *La torture judiciaire*, cit., p. 118 ss.; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, Milano, 2001, p. 83 ss.; RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 116; VIGNERON, *La “question” judiciaire*, cit., p. 280 ss.; BRUTTI, *La tortura*, cit., p. 54 ss.

classe dominicale⁷⁸ vietando di acquisire elementi di accusa contro i padroni mediante la tortura dei servi nei processi in cui era in gioco la pena capitale⁷⁹.

Il veto, peraltro, doveva provocare un certo fastidio già negli ultimi tempi della repubblica, conoscendo così delle eccezioni, introdotte per consentire le delazioni di schiavi contro i padroni, soprattutto in nome dell'interesse pubblico⁸⁰. Già Cicerone, nell'esaltare la saggezza del popolo romano, ne evidenziava l'introduzione a fronte del generale divieto: "*cum de servis in dominos quaeri noluisse, de incestu tamen, et coniuratione, quae facta me consule est, quaerendum putaverunt*"⁸¹.

⁷⁸ Riprendendo la considerazione espressa da Cicerone (*pro Milo*. 22.59, *supra* riportato), Cuiacio legge il divieto in termini di contrarietà alla *dignitas* e, più in generale, al comune sentire che manteneva nei confronti delle classi servili un'incrollabile diffidenza, assimilabile a quella verso i nemici: *Opera*, cit., vol. IX, col. 1466: "*Et huius regulae ratio haec est, quia indignum est audiri servum adversus dominum, et dominis maxime periculosum, et dominorum morte ipsa tristius, quoniam (ut est in proverbio) quot servi, tot hostes*".

⁷⁹ Così MANTOVANI, *Il problema d'origine*, cit., p. 232, il quale, inoltre, ritiene che il divieto risalga all'ambito pontificale e domestico, ove avrebbe conosciuto le prime applicazioni in casi di repressione dell'incesto.

⁸⁰ Il divieto conobbe, già in epoca repubblicana, alcune eccezioni determinate dal carattere sacrilego dell'accusa, su cui spec. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 24 ss., p. 35 ss.; VOLKMANN, *Zur Rechtsprechung*, cit., p. 85 ss.; DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 115 ss.; MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 316; FORMIGONI CANDINI, *In margine al divieto*, cit., p. 61 ss.; PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., p. 85; RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 115 ss. Il fastidio che simile divieto recava nella prassi giudiziaria delle indagini risulta evidente da una disposizione di Augusto che, nell'8 a.C., ordinò che gli schiavi di un imputato venissero venduti a lui o al popolo romano. La notizia ci è offerta da Dione Cassio (55.5.4) che riferisce altresì delle accese polemiche che si scatenarono sul provvedimento, con il quale si accusava Augusto di violare la legge. Già qualche anno prima, peraltro, con la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, Augusto aveva ordinato che gli schiavi degli adulteri venissero messi alla tortura ma, successivamente, venissero poi espropriati al fine di evitare la vendetta del padrone. Allo stesso modo si regolò Tiberio (peraltro celebre per l'efferatezza e lo smisurato numero di torture cui sottoponeva i suoi nemici): cfr. Tac., *Ann.* 2.29; 3.22-23; 3.67.

⁸¹ *Part. orat.* 118. L'occasione fu fornita al retore dalla celebre vicenda della congiura di Catilina, nel 63 a.C., quando, console lo stesso Cicerone, il senato stabilì che si torturassero i servi dei seguaci di Catilina in deroga alla regola tradizionale che vietava la *quaestio in caput domini*. Il caso aveva dimostrato l'opportunità di ammettere la tortura anche contro gli stessi padroni in nome della sicurezza dello stato. Anzi, le deposizioni degli schiavi così torturati sarebbero state anche premiate, qualora conformi al vero, con la libertà e cento sesterzi (Sall., *Bell. Cat.* 30.6). Cfr. an-

Il precetto rimase sempre in vigore, almeno in linea di principio, pur dovendosi riscontrare che, di fatto, in epoca imperiale venne a conoscere eccezioni sempre più numerose, come si ricava dai frequenti interventi imperiali in tema, segnali di una prassi ormai dilagante che conosceva, più che un uso, l'abuso dello strumento. Le numerose deroghe all'antico divieto appaiono compiutamente espresse nel 196 d.C. in una costituzione di Settimio Severo e Antonino Caracalla⁸²:

C. 9.41.1 Impp. Severus et Antoninus AA. Spicio Antigono. *Quaestionem de servis contra dominos haberi non oportet, exceptis adulterii criminibus, item fraudati census accusationibus et crimine maiestatis, quod ad salutem principis pertinet. 1. In ceteris autem, quamquam ea, quae servus contra dominum dixit, iudicaturi sententiam formare non debeant, tamen si aliis quoque probationibus fides veritatis investigetur, praescriptionis invidia evanescit. 2. In pecuniariis vero causis nec inopia probationum servos contra dominum interrogari posse manifestum est.* PP. k. Ian. Dextro et Prisco cons. [a. 196]

La norma ammette espressamente l'*investigatio per tormenta contra dominos* per i crimini più gravi, riconducibili o alla sfera ses-

che Cic., *pro Rosc. Amer.* 28.77: ...*Vobis advocatis, vobis agentibus aliquotiens duos servos paternos in quaestionem ab adversariis Sextus Roscius postulavit; pro Cluent.* 63.176: *Post mortem eius Sasia moliri statim... quaestionem habere de viri morte constituit... Praeterea servum illum Nicostratum, quem nimium loquacem fuisse ac nimium domino fidelem arbitrabatur, ab hoc adolescente Oppianico in quaestionem postulavit... 177. Tormentis omnibus vehementissime quaeritur. Cum essent animi servorum et spe et metu temptati ut aliquid in quaestione dicerent, tamen, ut arbitror, auctoritate advocatorum [et vi tormentorum] adducti in veritate manserunt neque se quicquam scire dixerunt... Cum iam tortor atque essent tormenta ipsa defensa neque tamen illa finem facere vellet... intellegere se dixit non id agi ut verum inveniretur, sed ut aliquid falsi dicere cogerentur. Hoc postquam ceteri comprobarunt, ex omnium sententia constitutum est satis videri esse quaesitum; pro Sull.* 28.78: *Quaestiones nobis servorum accusator et tormenta minuitur* (supra citato, § 2).

⁸² La norma è una delle due leggi di epoca severiana (l'altra è C. 9.9.3, emanata da Caracalla nel 213 d.C.) intervenute in tema di *quaestio in caput domini*: PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., p. 83 ss. Le due disposizioni si uniformano nella sostanza, per quanto riguarda i processi per adulterio, alla *lex Iulia de adulteriis*. La costituzione viene restituita anche in D. 48.18.1.16 sollevando forti problemi, come si preciserà più avanti nel § 6.

suale, segnatamente l'adulterio⁸⁵, oppure alla sfera politica, nelle ve-

⁸⁵ Il marito o il padre dell'adultera che avessero promosso l'*accusatio adulterii iure mariti vel patris* potevano richiedere la tortura dei servi i cui padroni fossero accusati del crimine, in deroga al generale divieto di *quaestio in caput domini*. Vd. soprattutto, oltre alla disposizione in C. 9.41.1, i passi di Papiniano in *Coll.* 4.11.1: *De mancipiis alterutrius marito vel patre accusante quaestionem habendam palam est: an idem extraneo accusatori permitti debeat, quaero. Respondit: potest videri ea ratio fuisse permittendi istis personis de servis quaestionem habere, ut diligentius dolorem animi sui, item iniuriam laesae domus non translaticie persequerentur. Sed quoniam non facile tale delictum sine ministerio servorum admitti creditum est, ratio eo perduxit, ut etiam extraneo accusante mancipia quaestioni tormentorum subicerentur a iudicibus*; D. 48.18.17pr. (Pap. 16 resp.): *Extrario quoque accusante servos in adulterii quaestione contra dominum interrogari placuit. quod divus Marcus ac postea maximus princeps indicantes secuti sunt*. Si leggano inoltre: C. 9.9.6.1 (Alex. Sev. – a. 223): *... nam ad probationem sceleris divi parentes mei quaestionem de mancipiis eodem modo haberi permiserunt, quo si iure mariti ageretur*; Paul. Sent. 2.26.9: *Servi vero tam mariti quam uxoris in causa adulterii torqueri possunt, nec his libertas sub specie impunitatis data valebit*. In questi casi, la tortura veniva ammessa, al fine di accertare il crimine, per la necessità di vendicare il dolore e l'oltraggio alla *domus*, di cui marito e/o padre erano titolari ("*iniuria laesae domus*"). Per quanto riguarda la possibilità di svolgere la *quaestio* degli schiavi quando l'accusa era invece promossa da un estraneo, il passo della *Collatio* attesterebbe una discussione giurisprudenziale circa la sua ammissibilità ("*an idem extraneo accusatori permitti debeat, quaero*") mentre il passo in D. 48.18.17pr. ne lascerebbe intuire l'accoglimento soprattutto grazie alla prassi dei tribunali, probabilmente per ragioni essenzialmente di interesse pubblico. L'estensione dell'accusa agli estranei, spiega Papiniano in *Coll.* 4.11.1, è dovuta alla convinzione che difficilmente l'adulterio si poteva commettere senza la complicità dei servi e, pertanto, costoro erano testimoni preziosi. Interessante è un altro brano di questo giurista attinente ad un caso di morte sotto tortura dello schiavo durante l'istruttoria di un processo per adulterio: D. 48.18.6pr. (Pap. 2 *de adult.*): *Patre vel marito de adulterio agente et postulantibus de servis rei ut quaestio habeatur, si vere causa perorata testibus prolatis absolutio secuta fuerit, mancipiorum, quae mortua sunt, aestimatio habetur: secuta vero damnatione quae supersunt publicantur*. Secondo il giurista, in caso di assoluzione dell'imputato il *dominus* del servo così deceduto aveva diritto al risarcimento del danno subito, mentre la condanna determinava la confisca degli schiavi superstiti. In tema vd. per tutti PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., p. 74 ss., spec. p. 87 ss., che acutamente rileva come i passi papiniani non mettono in realtà in discussione la possibilità di assoggettare a *quaestio* il servo *in caput domini* (almeno in caso di adulterio) bensì dibattono il problema dell'*aestimatio* degli schiavi deceduti sotto tortura e l'ammissibilità della *quaestio iure extranei*. Cfr. anche C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, Roma, 2005, p. 287 ss., che fornisce un'ampia panoramica della casistica. Si annota infine che i servi che potevano essere torturati nei processi per adulterio erano quelli della donna e dell'uomo incriminati nonché quelli adibiti al loro servizio da avi o genitori: un rescritto di Traiano estese tale facoltà agli schiavi del marito perché deponessero contro la moglie, come si legge in D. 48.18.1.11 (Ulp. 8 *de off. procons.*):

sti di frode al censo e *maiestas*⁸⁴. Appare evidente come ciò che de-

*Servum mariti in caput uxoris posse torqueri divus Traianus Sernio Quarto rescripsit. Adriano concesse poi di torturare anche gli schiavi di terzi: D. 48.5.28.6 (Ulp. 3 de adult.): Haberi quaestionem lex iubet de servis ancillisve eius, de quo vel de qua quaereretur, parentisve utriusque eorum, si ea mancipia ad usum ei a parentibus data sint. Divus autem Hadrianus Cornelio Latiniano rescripsit et de exteris servis quaestionem haberi. La lex Iulia de adulteriis coercendis, alla quale Ulpiano si riferisce, ordinava di torturare gli schiavi e le schiave di colei che era accusata, nonché degli ascendenti di entrambi se gli schiavi erano stati dati loro in uso da costoro. Sul disposto della lex Iulia vd. spec. R. LAMBERTINI, *Dum utrumque occidat. Lex Iulia e uccisione in continenti degli adulteri iure patris*, Bologna, 1992; G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1997; C. RUSSO RUGGERI, *Qualche osservazione in tema di ius occidendi ex lege Iulia de adulteriis coercendis*, in *BIDR* 92-93 (1989-1990), p. 93 ss. La gravità con cui era considerato il crimine proibiva anche la manomissione o l'alienazione degli schiavi entro sessanta giorni dal divorzio, soprattutto nel caso in cui il marito fosse morto: D. 40.9.14pr. (Ulp. 4 de adult.): *Sed si maritus intra sexagesimum diem decesserit, an manumittere vel alienare iam possit supra scriptas personas, videamus. et non puto posse, quamvis accusatore mulier deficiatur marito, cum pater accusare possit*. Si precisa, infine che non rientravano nell'eccezione lo stupro (D. 48.18.17.1) e l'incesto (D. 48.18.4), a meno che questo non venisse ad integrare contestualmente anche adulterio (D. 48.5.40.8). Vd. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 37 nt. 52, ma, per tutti, PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., p. 89.*

⁸⁴ Si è discusso in dottrina se il paragrafo 1 della legge esaurisca effettivamente o meno l'elenco delle eccezioni alla regola: cfr. per tutti MOMMSEN, *Le droit pénal*, II, cit., p. 91 ss.; EHRHARDT, s.v. "Tormenta", cit., col. 1790. Secondo FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 37 nt. 52, la deroga sarebbe da estendersi a tutti i reati che, similmente, vengono a colpire la sicurezza economica dell'impero, in quanto in questi casi sono ammesse le dichiarazioni degli schiavi contro i padroni: cfr., ad esempio, D. 5.1.53 (Hermog. 1 iuris epit.): *Vix certis ex causis adversus dominos servis consistere permissum est: id est si qui suppressas tabulas testamenti dicant, in quibus libertatem sibi relictam adseverant. Item artioris annonae populi romani, census etiam et falsae monetae criminis reos dominos detegere servis permissum est...*; D. 48.2.13 (Marcian. 1 de publ. iudic.): *Mulierem propter publicam utilitatem ad annonam pertinentem audiri a praefecto annonae deferentem divus Severus et Antoninus rescripserunt. famosi quoque accusantes sine ulla dubitatione admittuntur. Milites quoque, qui causas alienas deferre non possunt, qui pro pace excubant, vel magis ad hanc accusationem admittendi sunt. servi quoque deferentes audiuntur*; D. 48.12.1 (Marcian. 2 inst.): *Constitit inter servum et dominum iudicium, si annonam publicam fraudasse dicat dominum*. Le deroghe di cui in C. 9.41.1 si pongono, dunque, a conferma della *ratio* che ha storicamente individuato come eccezioni al divieto di *quaestio in caput domini* essenzialmente i casi di illeciti sessuali e *maiestas*: l'impiego della tortura giudiziaria nelle indagini per questi crimini potrebbe dunque essere spiegato qualora si consideri che il parallelismo tra queste forme di repressione va colto non tanto nel sostrato religioso alla loro base quanto nel potere di cui entrambi sono espressione, ossia la potestà familiare e quella statale. Sul punto MANTOVANI, *Il problema d'origine*, cit., p. 232 ss. (ivi bibliografia).

termina le indicate deroghe al divieto di *quaestio contra dominos* sia la considerazione della prevalenza di ragioni superiori che attengono alla salvezza delle istituzioni familiari e dello stato.

L'operatività del divieto rimane, quindi, confinata in via generale alle indagini per gli altri reati, posto che in linea di principio, le dichiarazioni dei servi contro il padrone non devono costituire presupposto decisionale di una sentenza. Si noti che mentre la validità del divieto viene richiamata in termini di *oportere* (“*Quaestionem de servis contra dominos haberi non oportet*”), la sua efficacia viene significativamente resa dal verbo *debere* (“*In ceteris autem, quamquam ea, quae servus contra dominum dixit, iudicaturi sententiam formare non debeant*”)⁸⁵.

La costituzione introduce nel § 1 il meccanismo di salvezza delle dichiarazioni stesse basato sulla ricerca di *aliae probationes*: anche se intrinsecamente inattendibili le dichiarazioni *contra dominos* risultano tutt'altro che inesistenti e mantengono quindi nel procedimento un valore orientativo, recuperabile ai fini di ulteriori accertamenti oppure confermativo di prove emerse *aliunde*.

L'espressione “*fides veritatis investigetur*”, presente nel primo paragrafo della legge, ribadisce la natura di *veritas* attribuita alle dichiarazioni promananti dal *tortus* e pone il problema della loro illegittimità sotto il profilo della *fides*, che viene ritenuta pregiudizialmente carente atteso il rapporto dominicale esistente tra il servo e l'accusato⁸⁶. In sostanza, quella che appare come un'incompatibilità

La prevalenza di ragioni superiori motiva l'ulteriore deroga al divieto nel caso di senatoconsulto Silaniano, ove l'interesse pubblico all'ordine e alla sicurezza fa sì che si stabilisca che il servo possa essere torturato contro l'erede: per tutti DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 87 ss. (vd. anche *supra*). Il VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 122 nt. 27, sostiene che la costituzione, nel riaffermare la regola del divieto di *quaestio de servis contra dominum* con le relative eccezioni (“*exceptis adulterii criminibus, item fraudati census accusationibus et crimine maiestatis*”) non parrebbe nemmeno escludere, almeno in relazione ai processi criminali, la possibilità di eseguire comunque la tortura qualora sussistano altre prove.

⁸⁵ Cfr. quanto già osservato *supra*. Si nota peraltro che nella versione della medesima norma offerta nel Digesto (D. 48.18.1.16) *oportet* viene sostituito da *debeat*. Vd. *infra* nel testo.

⁸⁶ In sostanza si rinviene la stessa impostazione di Cicerone che, come si legge in *pro Milo*. 22.59, spiegava che il divieto di *quaestio servorum in dominum* non fosse stato voluto “*quin posset verum inveniri, sed quia videbatur indignum esse et dominis morte ipsa tristius*” (vd. *supra*, § 2 e nt. 78).

soggettiva a testimoniare gravante sul servo non influisce sulla legittimità dell'atto in sé, ma riverbera i suoi effetti solo sull'attendibilità delle dichiarazioni comunque rese, che appaiono prive di *fides* e quindi 'mal viste'⁸⁷.

L'uso del verbo *investigetur*, inoltre, richiama l'esistenza di un onere per colui che è investito dell'indagine per trovare ulteriori conferme alla *veritas* emersa dalla *quaestio*, onere che potrà ritenersi assolto solo quando gli ulteriori elementi siano già presenti agli atti. L'acquisizione di tali riscontri consentirà quindi di attribuire pienamente la *fides veritatis* alle dichiarazioni acquisite.

Il § 2 esprime una direttiva in riferimento alle indagini in materia civile: in queste cause, infatti, è principio consolidato ("*manifestum est*") che nemmeno la mancanza di prove può consentire l'escussione dei servi in merito alla responsabilità del *dominus* ("*nec inopia probationum servos contra dominum interrogari posse*"). Nelle *causae pecuniariae* viene quindi mantenuta ferma la compressione del ricorso alla *quaestio contra dominos*, alla quale viene negata anche la funzione meramente orientativa dell'istruttoria. Se nel campo pubblico la ricerca della *veritas* insita nell'accertamento giudiziale, anche a riguardo dei delitti comuni, risulta in un qualche modo prevalente rispetto alla *salus dominorum*, legittimando un recupero delle dichiarazioni accusatorie concorrenti con altre prove e comunque operando senza limiti in vista della *salus principis*, nella materia privatistica, invece, il ricorso alla tortura si conferma limitato, massimamente quando si configura *adversus dominos*.

Le argomentazioni inerenti alla *quaestio in caput domini* vengono quindi affrontate in senso marcatamente processuale e metodologico, posto che il divieto appare strettamente correlato alla *fides quaestionum*, intesa come attendibilità delle deposizioni rese sotto tortura. In particolare, sorge il problema in merito all'utilizzabilità processuale delle attestazioni eteroaccusatorie e alla loro attitudine a costituire elemento di valutazione ai fini della formazione della sentenza. Appare infatti intuitivo constatare che se è vero che le

⁸⁷ L'etimologia del termine *invidia* rende appunto il 'guardare con ostilità' (da *in-videre*). Vedi FORCELLINI, *Lexicon*, cit., II, p. 927 ss. (s.v. "*invidere, invisus, invidia*"), che spiega il termine *invisus* come "*displicens, quem aequo animo videre non possumus*".

risultanze dell'interrogatorio di coloro ai quali si può comandare la risposta non possono essere considerate attendibili⁸⁸, a maggior ragione la ricerca della verità non può passare attraverso l'interrogatorio, nemmeno *cum tormentis*, dei servi in merito ai padroni, cui sono astretti da odio, timore, devozione o riconoscenza, comunque da un rapporto che ne inficia l'obiettività.

Allargando il discorso oltre l'orizzonte della *quaestio* al più generale campo delle dichiarazioni dei servi, si riscontra una generale sfiducia nelle accuse verso i padroni, anche quando non estorte con violenza. Significativo sul punto è

D. 48.18.18.5 (Paul. 5 *sent.*): *Servo qui ultro aliquid de domino confitetur, fides non accommodatur: neque enim oportet salutem dominorum servorum arbitrio committi.*

Il brano verte sull'accusa spontanea ("ultro")⁸⁹ con cui il servo chiama in correità il padrone. Incisivamente, sottendendo un giudizio di riprovazione, la dichiarazione del servo viene bollata come "*arbitrium*", così rimarcando l'intrinseca inattendibilità della confessione da questi spontaneamente resa.

La riflessione muove da un filone di pensiero che, negando in linea di principio credibilità alle risposte degli schiavi⁹⁰, ancor più sfiducia le accuse servili qualora si appuntino contro il padrone. Segnatamente, appare ancor meno degna di *fides* quell'accusa al *dominus* che sia stata resa senza costrizione.

Il perentorio richiamo alla *ratio* della regola, posta a garanzia della *salus dominorum*, non sposta l'impostazione del tema che resta ancorato al profilo della *fides*: non va riconosciuta attendibilità

⁸⁸ Cfr. D. 22.5.6 (Licin. 2 *reg.*): *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest ut testes fiant.* Sul passo vd. *supra*, § 1.

⁸⁹ L'accusa *de domino* sarebbe in questo caso avvenuta "*sine tormentis*", spiega ACCURSIO, gl. *ultro*, ad D. 48.18.18.5, *de quaestionibus*, l. *Iudex cum de fide*. Cfr. FORCELLINI, *Lexicon*, cit., IV, p. 854, s.v. "*ultro*": l'avverbio "*saepe... significat sponte, nemino rogante aut cogente*". In tema vd. anche *infra*, § 6.

⁹⁰ Si ricorda che nel titolo *de testibus* viene restituito un brano di Modestino ove si afferma che alla risposta del servo bisogna credere soltanto quando non c'è un'altra prova per risalire alla verità: "*Servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est*" (D. 22.5.7): vd. *supra*, § 1 e nt. 18.

(“*fides non accommodatur*”) al servo anche quando accusi spontaneamente il padrone.

Le risalenti esigenze di tutela della classe dominicale si collocano sul piano dell’*oportere* e non sfociano nell’imperativa e preventiva limitazione della confessione servile o della *quaestio*, ma operano sul momento successivo, mettendo in crisi il valore delle dichiarazioni eventualmente acquisite.

Ulteriori spunti si ricavano dal raffronto con il brano corrispondente nel tessuto delle *Pauli Sententiae*:

Paul. Sent. 5.16.4: Servo qui ultro aliquid de domino confitetur, fides non accommodatur: neque enim oportet in rebus dubiis salutem dominorum servorum arbitrio committi.

Il passo, sostanzialmente analogo a quello accolto dai giustiniani, presenta una variante rispetto al testo riportato nel Digesto. L’Autore dell’opera, laddove spiega che non è il caso di affidare la salvezza dei padroni all’arbitrio dei servi, ha inserito infatti una limitazione, espressa con la locuzione “*in rebus dubiis*”.

Apparentemente, si tratta di una precisazione superflua e forse per questo, in quanto effettivamente ridondante, manca nella versione del Digesto. Se però si esclude che la difformità sia, più semplicemente, dovuta a due differenti redazioni, si potrebbe pensare che l’espressione espunta sottintenda la possibilità di credere alle dichiarazioni spontanee del servo in quelle indagini che, pur non presentando un castello probatorio forte (come richiesto dalla direttiva adrianea in D. 48.18.1.1), abbiano comunque già prodotto qualche risultato.

In ogni caso, l’espressione lascia trasparire una più diretta aderenza alla prassi cognizionale, in accordo, del resto, con la natura di prontuario forense che l’opera aveva acquisito in Occidente, per cui in caso di prove scarse si doveva essere soliti avvalorare anche simili attestazioni⁹¹.

La riflessione appena letta, inoltre, pare accostabile alla considerazione ulpiana in D. 48.18.1.27 per cui “*Si quis ultro de male-*

⁹¹ Vd. cap. II, nt. 31.

*fficio fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnumquam enim aut metu aut qua alia de causa in se confitentur*⁹².

Ambedue i brani non illustrano ulteriormente la portata dell'avverbio *ultro*, elemento che in essi contraddistingue l'accusa servile. Non appare chiaro, in effetti, se in questo contesto la spontaneità delle attestazioni incriminatorie consista nel fatto che siano state rilasciate in assenza di tortura (introducendo così una regola valutativa delle confessioni spontanee in antitesi a quanto esposto in precedenza) oppure se si tratti di una confessione esulante dallo stretto oggetto della domanda e quindi 'spontanea' perché non richiesta⁹³. In ogni caso, la regola appare chiara nel porre in dubbio *tout-court* l'attendibilità delle dichiarazioni confessorie, molto spesso rese per motivazioni soggettive che nulla hanno a che vedere con la volontà di contribuire all'accertamento dei fatti. Occorre diffidare anche dell'autoaccusa che, pur offrendo all'inquirente una rapida via di definizione del procedimento, non sempre risulta degna di fede ed anzi, potendo sviare il giudizio, non deve esimere dalla ricerca di altre prove.

Un orientamento ancora più netto si legge in un rescritto di Antonino Pio e di Adriano, relativo ad un caso di complicità in un furto tra servo e padrone:

D. 48.18.1.5 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Divus Antoninus et divus Hadrianus Sennio Sabino, rescripserunt, cum servi pariter cum domino aurum et argentum exportasse dicerentur, non esse de domino interrogandos: ne quidem, si ultro aliquid dixerint, obesse hoc domino.*

Gli imperatori, riferisce Ulpiano, avevano ritenuto che i servi, autori del malefatto in concorso con il *dominus*, non dovessero essere interrogati riguardo al padrone e che neppure l'eventuale accusa

⁹² Il passo attiene ad una peculiare vicenda in cui il servo aveva rilasciato accuse spontanee (ma contro di sé). Vd. il paragrafo precedente.

⁹³ In tal caso, altre fonti parlano peraltro di "*amplius dixerit*", come ad esempio in D. 48.18.1.22, relativo all'utilizzabilità delle dichiarazioni rese in una *quaestio illicita*. Sul problema vd. *infra*, § 6.

sfuggita spontaneamente (“*ultra*”) potesse andare a confliggere con la posizione di questi⁹⁴.

La sussistenza del rapporto dominicale inficia, dunque, in qualunque modo si configuri la fattispecie concreta, la *fides* delle accuse del servo⁹⁵.

Ciò comporta la necessità di appurare, in via preliminare, la situazione dominicale riferibile allo schiavo⁹⁶:

D. 48.18.18.8 (Paul. 5 *sent.*): *Sane quotiens quaeritur, an servi in caput domini interrogandi sint, prius de eorum dominio oportet inquiri.*

Il brano⁹⁷ esprime un principio di carattere procedurale: ogni volta in cui sorga un dubbio circa il fatto che l’interrogatorio dei servi sia contro il padrone, preliminarmente occorrerà indagare sulla loro appartenenza.

L’enunciato, lungi dall’essere secondario, pare significativo in almeno due direzioni: anzitutto, evidenzia l’alto livello di sensibilità nei confronti della necessità di tutelare i padroni contro l’evenienza di accuse (fondate o meno) provenienti dai loro schiavi, implicitamente ammonendo a non ledere il principio generale che non vuole

⁹⁴ Per ulteriori considerazioni sul frammento e sul significato dell’avverbio “*ultra*” vd. *infra*, § 6. *Adde* la precedente nt. 89.

⁹⁵ La sostanziale consonanza fra i tre passi (D. 48.18.18.5, D. 48.18.1.27, D. 48.18.1.5) porta ad ipotizzare che l’elaborazione si sia compiuta sulla base del nucleo dispositivo dei rescritti citati da Ulpiano, dei quali le *Pauli Sententiae* avrebbero valorizzato l’aspetto attinente all’accusa spontanea del padrone ad opera dello schiavo. Il dato porterebbe ulteriore conferma, laddove necessaria, all’idea di una dipendenza dell’opera pseudo-paolina dall’ulpiano *de officio proconsulis*, consentendo altresì di cogliere la capacità del suo autore di definire, sulla base delle stesse fonti normative adoperate da Ulpiano, una breve regola omogenea. Si legga al riguardo MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*. II, cit., p. 32 nt. 53, e, *supra*, cap. II, nt. 31.

⁹⁶ Incisivo G. FRANCIOSI, s.v. “*Schiavitù (dir. rom.)*”, in *ED*, 41, 1989, p. 620: “In una società articolata come quella romana, con elementi della popolazione libera a loro volta oggetto di pesante sfruttamento, in diverse situazioni di dipendenza, o in condizioni di sussistenza assai precarie, con i mercanti di schiavi sempre in agguato, anche fuori dell’ipotesi di prigionia di guerra, la confusione tra liberi e schiavi non doveva essere infrequente, come non infrequenti (basti pensare alle commedie di Plauto) dovevano essere i casi di liberi trattati e venduti come schiavi. Il rischio, ovviamente, non toccava i membri delle classi egemoni, ma riguardava gli esponenti del popolo minuto”.

⁹⁷ = *Paul. Sent.* 5.16.8b.

che la vita del padrone sia rimessa all'inaffidabile arbitrio di un servo. Ma soprattutto autorizza a desumere, almeno secondo questa linea di pensiero, la sussistenza, o quantomeno l'opportunità, di una cautela generale che viene posta come requisito procedurale: ogni volta in cui ("quotiens") si chiede di procedere all'interrogatorio di un servo *in caput domini* occorre come primo atto verificare la reale situazione di dominio sul servo stesso⁹⁸.

Il verbo *inquirere*, usato per indicare l'attività istruttoria finalizzata ad acquisire gli elementi necessari per risolvere quella che appare essere una vera e propria questione preliminare ("*prius... oportet inquiri*"), rende l'ampiezza dei poteri spendibili per l'indagine, a sottolineare l'importanza della questione⁹⁹.

Appare dunque opportuno, in vista di una *quaestio servorum*, avere sufficientemente chiari i rapporti dominicali, non essendo sempre possibile, *a priori*, prevedere in quale direzione andranno le dichiarazioni emergenti dall'atto. L'affermazione, in altri termini, pone un onere su chi compie la *quaestio* ad acquisire elementi in merito ai diritti vantati sul servo, così da prevenire eventuali accuse

⁹⁸ *A contrario*, qualora sussistessero sospetti sullo stato del sedicente libero, si richiede il preliminare esperimento dell'apposito giudizio di accertamento, come espressamente descritto da Adriano riferito da Ulpiano in D. 48.18.12 (Ulp. 54 ad ed.): *Si quis, ne quaestio de eo agatur, liberum se dicat, divus Hadrianus rescriptit non esse eum ante torquendum quam liberale iudicium experiatur*. Si rileva che anche negli atti dei martiri di Lione la tortura viene inflitta al fine di ottenere le generalità dell'imputato, e di chiarire se fosse libero o servo. Vd. il *Martyrium Lugdunensium* riportato da Eusebio in *Historia Ecclesiastica* 5.1.20 in *Atti e Passioni dei Martiri*, cit., p. 71. LANATA, *Gli atti dei martiri*, cit., p. 133 nota come "appare strano il tipo di domande che vengono poste sotto tortura a Santo, come quelle riguardanti il nome, l'etnico, la condizione ecc., tutti dati che avrebbero dovuto essere accertati in precedenza; a meno che Santo non si fosse già prima rifiutato di rispondere a qualsiasi domanda, e quindi si tentasse di farlo parlare con la tortura".

⁹⁹ Va sottolineato che "*inquirere*" nel periodo di redazione delle *Pauli Sententiae* aveva già un significato lessicale talvolta sovrapponibile a quello di *quaestio cum tormentis*. Sul punto si veda spec. BOTTA, *Funzione inquirente*, cit., p. 50 ss., che coglie l'identificazione tra *inquisitio* e *quaestio cum tormentis* in C.Th. 13.9.2 (Valent., Val., Grat. – a. 372), C.Th. 13.9.3 (Grat., Valent., Theod. – a. 380) nonché, in termini di sussidiarietà, in C.Th. 9.5.1 (Const. – a. 314). Nella prima *lex* citata, peraltro, ricorre esplicito il riferimento alla ricerca della verità ("*tormentis plenior veritas possit inquiri*"). Più in generale, sull'equivalenza tra *quaestio* e *inquisitio* cfr. anche THOMAS, *Les procédures de la majesté*, cit., p. 488. Per completare la valenza semantica di *inquirere* cfr. MANTOVANI, "*Quaerere*", "*quaestio*", cit., *passim* e spec. p. 65 (nt. 102).

che, una volta espresse, potrebbero comunque complicare la posizione del *dominus*.

Sul punto si esprime anche un rescritto di Diocleziano, che giunge a prevedere l'impiego della stessa tortura al fine di decidere simile questione:

C. 9.41.12 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aspro.
Quotiens de dominio mancipiorum tractatur, si aliis probationibus veritas illuminari non possit, de se ipsa esse cum tormentis interroganda iuris auctores probant. PP. III id.
Mai. Sirmi Tiberiano et Dione cons. [a. 291]

Ogni volta in cui si deve indagare sulla proprietà di schiavi e non è possibile scoprire la verità con altre prove è ammesso interrogare *cum tormentis* gli stessi schiavi in merito alla propria posizione (“*de se*”)¹⁰⁰.

Conferisce autorità alla pronuncia imperiale l'impostazione pregressa, evidenziata dal richiamo all'opinione conforme espressa dagli autori del diritto (“*iuris auctores*”), con verosimile riferimento, tra gli altri, anche alla *sententia* riportata in D. 48.18.18.8.

In tema pare conferente anche un altro brano, attinente alla problematica del *servus fugitivus*, che si legge nel titolo D. 22.3, *de probationibus et praesumptionibus*¹⁰¹:

D. 22.3.7 (Paul. 2 *sent.*): *Cum probatio prioris fugae deficit, servi quaestioni credendum est: in se enim interrogari, non pro domino aut in dominum videtur.*

¹⁰⁰ Si noti che l'interrogatorio “*de se*”, riguardante i rapporti personali dello schiavo (la legge tratta infatti della soggezione o meno alla *dominica potestas*), si distingue concettualmente da quello “*de facto suo*”, che implica invece un comportamento attivo del servo nel compimento di negozi giuridici. Vd. S. RONCATI, *L'interrogatorio degli schiavi ereditari in una legge di Giustiniano (CI. 9.41.18)*, in AA.VV., *Principi generali e tecniche operative*, cit., spec. p. 267.

¹⁰¹ Ma nell'opera pseudo-paolina è nel titolo *ex empto et vendito: Paul. Sent. 2.17.12*. Per alcune considerazioni sulle differenze tra il testo restituito nel Digesto e quello delle *Pauli Sententiae* vd. *infra*, nt. 104.

Il problema riguarda l'accertamento della qualifica di *fugitivus* di un servo¹⁰², da basarsi sulla prova della pregressa fuga. Attese le

¹⁰² Forse anche derivanti dalle divergenti opinioni dottrinarie in tema. Svariate sono infatti le definizioni di *servus fugitivus*, condensate in D. 21.1.17pr.-5. In alcune pare assumere maggior rilievo l'elemento materiale della fuga riuscita, come, ad esempio, nella definizione di Aulo Ofilio ove *fugitivus* è il servo che si allontana dalla casa del *dominus* al fine di sottrarsi alla sua *potestas*: D. 21.1.17pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Quid sit fugitivus, definit Ofilius: fugitivus est, qui extra domini domum fugae causa, quo se a domino celaret, mansit*. Così anche Cassio Longino che considera tale il servo che ha deliberatamente abbandonato il padrone (D. 21.1.17.2). Secondo altri giuristi, invece, prevale l'intenzione di fuggire: ad esempio, Proculo ritiene *fugitivus* anche quel servo che, pur non essendo riuscito ad allontanarsi dall'abitazione del padrone, vi si nasconde all'interno per non farsi trovare e cercare poi di scappare (D. 21.1.17.4). In tal senso, si legga anche Celio Sabino (definizione che diverrà prevalente) che mantiene la qualifica di *fugitivus* anche in capo a quel servo che, pur fuggito, sia poi tornato, pentito, dal *dominus*: *Caelius autem fugitivum esse ait eum, qui ea mente discedat, ne ad dominum redeat, tametsi mutato consilio ad eum revertatur: nemo enim tali peccato, inquit, paenitentia sua nocens esse desinit* (D. 21.1.17.1). La rilevanza dell'*animus* soprattutto ai fini della tutela edilizia (e quindi dell'eventuale responsabilità in capo al venditore per non aver dichiarato il vizio) è sostenuta anche da Viviano che attribuisce la qualità di *fugitivus* al servo in considerazione dell'*animus* di allontanarsi definitivamente dal padrone (D. 21.1.17.3). Al riguardo, va sottolineato la finalità essenzialmente pratica cui è dovuta l'elaborazione della definizione, come rileva R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, p. 381 (vd. anche p. 117 ss.), come confermano del resto le numerose discussioni giurisprudenziali sulla *definitio* di *fugitivus*. L'etimologia della forma aggettivale "*fugitivus-a*" ("*esclave fugitif*"), è chiaramente delineata in ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, cit., p. 258. In tema vd. spec. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, cit., p. 267 ss.; R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, p. 37 ss.; G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, p. 9 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita, in diritto romano*, II, Napoli, 1956, (ristampa inalterata della prima edizione), p. 355 ss.; G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti*, Catania, 1960, p. 397 ss.; P. SONETTI, *In tema di "servus fugitivus"*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, p. 1094 ss.; A.D. MANFREDINI, *Ad ecclesiam confugere, ad statuas confugere nell'età di Teodosio I*, in AARC, VI, 1986, p. 52 ss.; G. POMA, "*Servi fugitivi*" e schiavi magistrati, in *Index* 15, 1987, p. 149 ss.; L. MANNA, "*Actio redhibitoria*" e responsabilità per vizi della cosa nell'editto "*de mancipiis vendundis*", Milano, 1994, p. 55 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Viviano giurista minore?*, Milano, 1997, p. 154 ss.; GAMAUF, *Ad statuas licet confugere*, cit., p. 66 ss.; N. DONADIO, *Sulla comparazione tra "desertor" e "fugitivus", tra "emansor" ed "erro" in D. 49.16.4.14*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, 2004, p. 137 ss.; F. REDUZZI MEROLA, *Schiavi fuggitivi, schiavi rubati, "servi corrupti"*, in *Studia historica. Historia antiqua*, 25, 2007, p. 325 ss.; ID., *Forme non convenzionali di dipendenza nel mondo antico*, Napoli 2007. Con particolare riguardo alla qualifica di *fugitivus* come *vitium animi* rilevante ai fini della tutela edilizia vd. ORTU, "*Aediles aiunt...*". *Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell'editto de*

difficoltà di chiarimento della circostanza, si intravede la propensione a ritenere credibili le dichiarazioni sul punto rese sotto tortura dallo stesso schiavo in quanto, nel caso, il servo sembra interrogato più in merito alla propria responsabilità (“*in se*”) piuttosto che in riferimento alla posizione del padrone (“*pro domino aut in dominum*”).

In sostanza, il passo ammette, in mancanza di prove, la *quaestio* del servo al fine di chiarire la ragione della fuga, posto che il *thema probandum* non è la responsabilità del *dominus* ma la qualità soggettiva del servo stesso. Il dubbio sorgeva, probabilmente, alla luce del fatto che la fuga dei servi, molto spesso, era evento concertato tra costoro e il *dominus* che si proponeva come venditore¹⁰⁵, così che l'accertamento della responsabilità di questi era funzionale al riconoscimento delle azioni derivanti¹⁰⁴.

Tornando al titolo *de quaestionibus*, si rinvencono svariati passi che attestano reiterati interventi imperiali volti a smascherare i tentativi di sfruttamento o di elusione del divieto di *quaestio contra dominos*. Un esempio si legge in:

mancipiis emundis vendundis’, Torino, 2008, p. 194 ss, p. 207 ss. (ivi un’efficace panoramica delle definizioni relative e bibliografia).

¹⁰⁵ Secondo FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 35 nt. 47, lo scopo ipotizzabile sarebbe quello di introdurre il servo nella casa o nel fondo altrui al fine di farlo poi fuggire ed ottenerne quindi la restituzione con in aggiunta il lucro (illegittimo) derivante dal risarcimento del danno sofferto a causa della presunta appropriazione dello schiavo da parte del proprietario del fondo o della casa. Vd. anche SCHUMACHER, *Servus index*, cit., p. 181.

¹⁰⁴ Si nota, infatti, che il corrispondente passo delle *Pauli Sententiae* è contenuto nel titolo 17, *Ex empto et vendito* del secondo libro, ove si presenta sostanzialmente omologo al testo del Digesto, dal quale si distingue solo per la sostituzione del termine generico *responsio* (che indica le dichiarazioni) a quello più specifico *quaestio* (che indica lo strumento di acquisizione delle dichiarazioni stesse): *Paul. Sent.* 2.17.12: *Cum probatio prioris fugae defecerit, servi responsioni credendum est: in se enim interrogari, non pro domino aut in dominum videtur*. Il passo è preceduto dalla *sententia* che prevede a carico del venditore di un servo con l’inveterata attitudine a fuggire la restituzione non solo del prezzo, ma anche di quanto complessivamente perso a causa della fuga: *Paul. Sent.* 2.17.11: *Servus bona fide comparatus si ex veteri vitio fugerit, non tantum pretium dominus, sed et ea quae per fugam abstulit reddere cogitur*. Vd. *infra*, nt. 190.

D. 48.18.1.14 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Sed et eum, qui cognitionis susceptae tempore alienus fuit, licet postea rei sit effectus, torqueri in caput posse divi fratres rescripserunt.*

Ricorda Ulpiano che Marco Aurelio e Lucio Vero avevano rilasciato un rescritto ove si ammetteva che il servo, altrui al momento d'inizio del processo ma successivamente passato in proprietà dell'accusato, poteva essere torturato contro costui nonostante il sopravvenuto titolo dominicale.

La disposizione dei *divi fratres* appare come un tentativo di risolvere i problemi generati da tutte quelle vendite appositamente realizzate, addirittura in corso di causa, al fine di aggirare il divieto di *quaestio in caput domini*.

Il fatto che l'acquisto venga compiuto dall'accusato nel corso del giudizio è considerato un chiaro sintomo della frode in atto, tesa a sfruttare il divieto per paralizzare l'effettuazione della tortura. L'inizio del processo viene posto così come *discrimen* temporale cui il giudice dovrà far riferimento per stabilire il *dominus* che potrà avvantaggiarsi del divieto stesso.

Un'altra tipologia di manovra finalizzata ad impedire la tortura si avvale della manumissione:

D. 48.18.1.13 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Si servus ad hoc erit manumissus, ne torqueatur, dummodo in caput domini non torqueatur, posse eum torqueri divus Pius rescripsit.*

Il caso si riferisce ad un servo manomesso al fine di evitarne la *quaestio* (“*ne torqueatur*”) e solleva essenzialmente l'interrogativo in merito alla possibilità di *habere quaestionem* sul liberto. Antonino Pio stabilisce che il servo sia pur manomesso possa comunque essere sottoposto a tortura, con ciò non attribuendo al sopraggiunto stato di libertà alcuna valenza impeditiva. Il rescritto, con coerenza, mantiene salda l'operatività del divieto di *quaestio in caput domini* che non appare cedere a fronte dell'atto manumissorio¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Un passo delle *Pauli Sententiae* sembra richiamare, sia pur non in modo esplicito, la disposizione di Antonino Pio citata da Ulpiano: *Paul. Sent.* 5.16.9: *Si servus ad hoc fuerit manumissus, ne torqueatur, quaestio de eo nihilo minus haberi po-*

Il tema, comunque, non risultava particolarmente problematico, posto che, secondo quanto lo stesso Ulpiano riferisce, è stato più volte stabilito che il liberto non può essere torturato contro il patrono¹⁰⁶:

D. 48.18.1.9 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Sed nec libertum torqueri in patroni caput constitutum est.*

Rimaneva quindi tutelato l'antico padrone che continuava ad essere protetto dal divieto di *quaestio in caput patronis*.

Un'acuta difesa dell'intangibilità del *dominus* nei confronti delle accuse lanciate contro di lui dallo schiavo si legge in

D. 48.18.18.6 (Paul. 5 *sent.*)¹⁰⁷: *Servus in caput eius domini, a quo distractus est cuique aliquando servivit, in memoriam prioris dominii interrogari non potest.*

Con operazione ermeneutica estensiva, si fanno retroagire gli effetti del divieto anche a favore del *dominus* precedente: il servo non può essere interrogato contro quel padrone da cui fu venduto e che a suo tempo aveva servito. La *memoria prioris dominii* consente il perdurare della situazione di privilegio e di tutela dell'antico padrone che viene così sollevato dal rischio di una confessione servile a lui avversa.

La situazione di favore legata alla *dominica potestas* non viene meno col trasferimento di proprietà, sempre che il precedente *dominus* versi in uno stato sociale non diminuito. La soluzione contraria raggiunta nel passo che si propone di seguito, infatti, si ricollega all'intervenuto peggioramento di *status*:

test. Cfr. EHRHARDT, s.v. "Tormenta", cit., col. 1787; PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression of Crime*, cit., p. 254 nt. 94; MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 320; MANTOVANI, *Il bonus praeses*, cit., p. 257 e nt. 233; SCHUMACHER, *Servus index*, cit., p. 72 ss.

¹⁰⁶ Sul passo vd. spec. MANFREDINI, *La testimonianza del liberto*, cit., p. 223 ss. (e spec. p. 237). Si ricorda inoltre che C.Th. 9.5.1 di Costantino (a. 320-323), unica costituzione del titolo *Ad legem Iuliam maiestatis*, attinente all'uso della tortura durante i processi per *maiestas*, ribadisce il divieto per servi e liberti di accusare i rispettivi proprietari e patroni ma senza precisare la pena da applicarsi. Vd. anche nt. 113 e il paragrafo successivo.

¹⁰⁷ = *Paul. Sent.* 5.16.8.

D. 48.18.1.12 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Idem [divus Traianus] Mummio Lolliano rescripsit damnati servos, quia desierunt esse ipsius, posse in eum torqueri.*

Ulpiano ricorda un rescritto di Traiano che permise la tortura dei servi di un condannato contro di lui poiché avevano cessato di appartenergli. In questo caso, però, la perdita della proprietà appare ricollegabile all'intervenuta *damnatio*, situazione che vede precipitare il *dominus* in una situazione talmente deteriore da privarlo della tutela minima¹⁰⁸.

Ancora in tema di problematiche legate agli atti di trasferimento della proprietà del servo, si ricorda altra casistica incentrata intorno al problema della validità, o meno, della compravendita atta a modificare la situazione di appartenenza dello schiavo, condizione prima della vigenza del divieto:

D. 48.18.1.15 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Si quis dicatur nullo iure emptus, non prius torqueri poterit, quam si constiterit venditionem non valuisse: et ita imperator noster cum divo patre suo rescripsit.*

Ricorda Ulpiano che, a fronte dell'obiezione che eccepiva l'invalidità dell'acquisto del servo, così che questi potesse essere torturato (contro l'acquirente), Antonino Caracalla e Settimio Severo avevano stabilito l'opportunità di accertare in via preventiva che la vendita fosse effettivamente invalida¹⁰⁹. Non pare dunque sufficiente avanzare l'obiezione di una presunta nullità dell'acquisto del servo per poterlo subito sottoporre ai *tormenta*: questione preliminare sarà l'accertamento dell'effettiva invalidità del negozio ("*non prius torqueri poterit, quam si constiterit venditionem non valuisse*").

Nemmeno la successiva invalidazione della compravendita a causa di vizi riscontrati nella vendita dello schiavo, con conseguente restituzione del medesimo al venditore, legittima l'esecuzione della

¹⁰⁸ Su *quaestio* e *damnatio* si veda anche quanto osservato in cap. III, § 5 in tema di *modus tormentorum*.

¹⁰⁹ Cfr. per tutti MANTOVANI, *Il bonus praeses*, cit., p. 257; EHRHARDT, s.v. "*Tormenta*", cit., col. 1790.

tortura nei confronti di colui che, sia pure per breve tempo, ne è stato *dominus* (ossia il compratore poi receduto dal contratto)¹¹⁰:

¹¹⁰ Un passo di Paolo abbina l'esperienza della *quaestio* alle problematiche relative all'*actio redhibitoria*. Si tratta di D. 21.1.43.5 (Paul. 1 *ad ed. aedil. cur.*): *Si quis servum emerit et raptō eo vi bonorum raptorum actione quadruplum consecutus est, deinde servum redhibeat, reddere debet quod accepit: sed si per eum servum iniuriam passus iniuriae nomine egerit, non reddet venditori: aliter forsitan atque si loris ab aliquo caeso aut quaestione de eo habita emptor egerit*. Il contesto è quello delle azioni esperibili davanti alla magistratura edilizia, nell'ambito della giurisdizione sui contratti che si solevano fare nel mercato di schiavi e animali. Il caso attiene alla compravendita di un servo che viene in seguito sottratto con violenza. Il compratore grazie all'esperienza dell'azione *vi bonorum raptorum* consegue il quadruplo del prezzo versato; successivamente, agisce anche con l'azione *redhibitoria* per la restituzione al venditore del servo e l'ottenimento del prezzo versato. In questo caso, afferma Paolo, dovrà restituire al venditore anche quanto abbia conseguito in forza della prima azione. Il giurista snoda ulteriormente il ragionamento facendo il caso che l'acquirente abbia agito *iniuriae nomine*, giungendo ad affermare che quanto per tale via conseguito non deve rientrare nel complesso da restituire. Il passo tace sul *vitium* posto a sostegno dell'*actio redhibitoria*, ma l'andamento del frammento induce ad escludere che l'azione avesse inteso far valere come vizio occulto la sottoposizione a tortura del servo, posto che, avendo agito per essa il compratore, deve ritenersi che la *quaestio* fosse avvenuta dopo l'acquisto e, pertanto, non fosse rilevabile davanti agli edili curuli. Le fattispecie esaminate attengono alla sorte di quanto eventualmente conseguito dal compratore durante il periodo di disponibilità materiale dello schiavo, in seguito all'esercizio di azioni di vario tipo per questioni legate alla *res*, prima dell'esercizio dell'*actio redhibitoria*. Il principio che regola la fattispecie è quello della restituzione anche di quanto conseguito giudiziariamente per azioni relative a quel servo: così per il giurista è certo che il *quadruplum* conseguito mediante l'*actio vi bonorum raptorum* debba essere reso al venditore unitamente al servo. Soluzione contraria, quindi nel senso di escludere la restituzione, viene invece sostenuta per il caso in cui si sia agito *nomine iniuriae*. Ai nostri fini, risulta interessante la chiusura del frammento dove, con termini dubitativi ("*aliter forsitan atque si...*"), Paolo introduce una contrapposizione rispetto al caso descritto nel periodo precedente ("*sed si per eum servum... non reddet venditori*"). In particolare, il giurista pone, quale eccezione all'eccezione (quindi in ritorno alla regola generale), il caso in cui il compratore abbia tentato azione per le frustate o per la *quaestio* subita dal servo, esprimendo il dubbio che il *quantum* percepito possa essere trattenuto dal compratore. A fronte delle soluzioni precedentemente offerte, Paolo esita però ad attribuire al compratore, qualora abbia subito *iniuria* tramite quel servo, l'obbligo di restituire al venditore, insieme allo schiavo, anche quanto ha conseguito agendo per le frustate o per la *quaestio* eseguita sul servo contro colui che lo ha battuto o torturato. La soluzione (dubitativamente) favorevole alla restituzione appare così in contraddizione con l'assimilazione del caso a quello generale dell'*iniuria*. In tema vd. spec. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 361 ss.; IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., p. 137; MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., *passim*; BELLOCCI, *Il tentato suicidio*, cit., p. 259 ss.; L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000; E.

D. 48.18.11 (Paul. 2 *de off. procons.*): *Etiamsi redhibitus fuerit servus, in caput emptoris non torquetur.*

L'inammissibilità della *quaestio contra dominos* viene ribadita anche in una vicenda in cui un tale si era dichiarato pronto a depositare il prezzo del servo, affinché il servo fosse torturato contro il padrone:

D. 48.18.1.18 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Cum quidam deponere pretium servi paratus esset, ut servus torqueretur contra dominum, imperator noster cum divo patre suo id non admiserunt.*

Ulpiano risolve il problema riportando una soluzione decisa da Antonino Caracalla e Settimio Severo, che non avevano ammesso una simile manovra, chiaramente finalizzata ad eludere il generale divieto¹¹¹.

L'incertezza circa l'appartenenza dei beni impedisce inoltre di torturare *in caput domini* anche i servi ereditari, almeno finché non si è risolto il dubbio¹¹²:

PARLAMENTO, "Servus melancholicus". I "vitia animi" nella giurisprudenza classica, in *Rivista di Diritto Romano*, 1, 2001 (www.ledonline.it/rivistadirittoromano); R. ORTU, "Propter dignitatem hominum". Riflessioni su D. 21.1.44 pr. (Paul. 2 ad ed. aed. cur.), in *Diritto@Storia* 3, 2004 (www.dirittoestoria.it); nonché, più recentemente, ID., "Aiunt aediles..." , cit., *passim*.

¹¹¹ GUALANDI, *Legislazione imperiale*, I, cit., p. 212. Si tratta, secondo LIEBS, *Der Schutz*, cit., p. 161, di una soluzione ispirata a quanto accadeva nella prassi greca. Presenta qualche attinenza alla problematica in esame una regola di Modestino relativa ad una fattispecie abbastanza particolare che potrebbe sollevare incertezze circa lo stato della persona che si vorrebbe interrogare *cum tormentis*: D. 48.18.13 (Mod. 5 reg.): *Certo pretio servum aestimatum in quaestionem dari interposita stipulatione receptum est*. Il giurista riferisce come assodato il criterio per cui, una volta fissata la stima del valore del servo ed intervenuta apposita *stipulatio*, il servo può essere sottoposto a *quaestio*. Va peraltro rilevato che nel verbo usato nella forma passiva ("dari") si potrebbe scorgere un'offerta di un '*domesticus testis*'. Se così fosse, il pensiero di Modestino potrebbe seguire un percorso differente da quello sinora esaminato. Sul problema si veda meglio *infra*, § 7.

¹¹² Della *quaestio* dei servi ereditari si occupano le costituzioni in C. 9.41.10, 13 e 18, come già rilevato. Conferente pare altresì un enigmatico passo ulpiano inserito nel titolo *de quaestionibus* del Digesto che riporta un rescritto dei *divi fratres* in materia: D. 48.18.1.6 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Divi fratres Leliano Longino rescripserunt de servo heredum non esse habendam quaestionem in res hereditarias*,

D. 48.18.2 (Ulp. 39 *ad ed.*): *Hereditarii servi, quamdiu incertum est ad quem bona pertineant, non possunt videri in caput domini torqueri.*

I medesimi imperatori stabiliscono altresì che lo schiavo di più padroni non può esser torturato contro nessuno dei padroni¹¹⁵:

quamvis suspectum fuisset, quod imaginaria venditione dominium in eo quaesisse heres videretur. In riferimento al testo, il Lenel (*Palingenesia*, II, cit., col. 979, ntt. 2-5) nota alcune discrasie, come il riferimento a un solo *heres* dopo aver parlato di un *servum heredum*, lo stile censurabile della frase “*suspectum fuisset quod... videretur*”, l’illogicità dell’affermazione di torturare il servo *in res hereditarias*. Questi elementi lo inducono ad una ricostruzione del brano parzialmente differente, che qui si riporta: “*Divi fratres Longino rescripserunt de servo hereditario non esse habendam quaestionem in familiae emptorem, quamvis suspectum, quod imaginaria venditione dominium in eo quaesisse familiae emptor videretur*”. Si nota inoltre che Lenel, in questa lettura, ha ripristinato il riferimento al *familiae emptor* che i compilatori eliminavano sistematicamente. Sul brano cfr. spec. DELL’ORO, *I libri de officio*, cit., p. 167 e nt. 246; MANTOVANI, *Il bonus praeses*, cit., p. 256 e nt. 227; MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 316. Di recente, sulla *quaestio* dei servi ereditari vd. RONCATI, *L’interrogatorio degli schiavi*, cit., spec. p. 268 ss.

¹¹⁵ “*Domini appellatione etiam pro parte dominum contineri dicendum est*” (D. 29.5.1.6, Ulp. 50 *ad ed.*). In tema spec. DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 88 ss., p. 114. Si evidenzia che il passo, collocato dai giustinianeî nel titolo *de quaestionibus*, viene inserito dal Lenel nel commento ulpiano avente ad oggetto il senatoconsulto Silariano (*Palingenesia*, II, cit., col. 733, § 1235). In effetti, il brano proviene dal 50° libro *ad edictum*, che ha fornito ampio materiale ai giustinianeî per la redazione del titolo D. 29.5 dedicato, appunto, al Silariano: vd. DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 74. Si rileva altresì che il frammento si trova inserito tra D. 29.5.1.6 e D. 29.5.1.7, passi dedicati al significato del termine *dominus*. Sotto la dinastia dei Severi si cercò di dare dei contorni meglio definiti al problema, introducendo numerose riserve al divieto di tortura *contra dominos* e *contra patronos*, che viene tendenzialmente permessa nei processi per adulterio, frode al censo e *maiestas*, ove appariva messo a repentaglio l’interesse pubblico unitamente alla sicurezza dello stato. Cfr. EHRHARDT, s.v. “*Tormenta*”, cit., coll. 1784 ss.; BAUMAN, *Impietas in principem*, cit., p. 174 ss.; MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 316. Su come venisse deliberatamente e strumentalmente mal interpretato il concetto di *maiestas* al fine di poter procedere liberamente alla tortura vd. per tutti FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 27 ss. Si annota, inoltre, che un passo delle *Pauli Sententiae*, all’interno del titolo *de servorum quaestionibus*, presenta un contenuto sostanzialmente analogo: *Paul. Sent.* 5.16.6: *Communis servus in caput alterius ex dominis torqueri non potest*. Il dato potrebbe suggerire che l’Autore dell’opera si sia basato sulla medesima fonte normativa commentata da Ulpiano e, quindi, sulla costituzione di Caracalla e Settimio Severo.

D. 48.18.3 (Ulp. 50 *ad ed.*): *Constitutione imperatoris nostri et divi Severi placuit plurimum servum in nullius caput torqueri posse.*

La regola conosce tuttavia un'eccezione importante nel caso in cui uno dei comproprietari sia scomparso¹¹⁴:

D. 29.5.6.2 (Paul. 46 *ad ed.*): *Si unus ex dominis non compareat, quaerendum est de casu eius per servos, quos communes habuerunt: magis enim de salute aut ultione domini non comparentis quam in caput praesentis torquebuntur.*

In caso di scomparsa di uno dei padroni, Paolo ritiene che si debbano torturare per ottenere notizie sulla sua sorte tutti i servi che ebbero in comune. La gravità del disposto trova certo spiegazione nel fatto che il brano attiene al peculiare contesto affrontato dal senatoconsulto Silariano ma, al di là di questo, ne appare comunque interessante la *ratio*, che si legge nella riflessione conclusiva del frammento: la tortura dei servi è ammessa più in nome della salvezza e della vendetta del *dominus* scomparso che non per il padrone presente (“*magis enim de salute aut ultione domini non comparentis quam in caput praesentis torquebuntur*”)¹¹⁵.

Motivi di pubblico interesse possono dunque rendere ammissibile la *quaestio in caput domini*, evidenziando così come la tutela della proprietà privata, insita nell'interesse dei comproprietari, subisca senza troppa difficoltà una deroga al divieto in nome della sicurezza sociale, interesse alla base del senatoconsulto¹¹⁶.

¹¹⁴ La preminenza dell'interesse alla sicurezza emerge anche nel § 1 del passo, ove il giurista, dopo aver ricordato la regola generale e volendo esemplificarne le eccezioni, afferma che è giusto procedere alla tortura del servo contro l'erede, estraneo o proprio che sia: D. 29.5.6.1 (Paul. 46 *ad ed.*): *Quamvis alias in caput domini servi non torqueantur, recte tamen fiet quaestio, etiamsi heredem accusent, sive extraneus heres sive ex suis sit.* Vd. DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 74 ss.

¹¹⁵ In generale, nel caso di comproprietà, non era ammessa la tortura del servo, proprietà comune, in danno di uno dei condomini: cfr. D. 48.18.17.2 (Pap. 16 *resp.*); C. 9.41.13 (Diocl. et Maxim. – a. 293), su cui più avanti nel testo. Cfr. EHRHARDT, s.v. “*Tormenta*”, cit., col. 1791; FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 38 nt. 59.

¹¹⁶ Quest'ultima disposizione parrebbe porsi in contrasto con la norma di Severo e Caracalla citata in D. 48.18.3 che, appunto, proibisce la tortura del servo di

L'esigenza di mantenere il controllo dell'ordine pubblico appare talmente pressante da imporre, nel caso in cui si debba ancora scoprire il mandante, anche il sacrificio degli interessi dell'erede¹¹⁷.

La stessa *ratio* è alla base di un altro passo paolino, anch'esso in materia di senatoconsulto Silaniano, ove si consente l'esecuzione della *quaestio* nelle indagini per scoprire il mandante dell'omicidio del *dominus* e il retroscena del complotto anche quando sia già certo l'uccisore¹¹⁸:

D. 29.5.6pr. (Paul. 46 *ad ed.*): *Etsi percussor certus sit, tamen habenda quaestio est, ut caedis mandator inveniatur: utique autem ipse maxime quaestioni dabitur, quamvis et ceteri puniantur.*

più padroni. La contrapposizione potrebbe essere sanata ricorrendo al criterio cronologico: i libri *ad edictum* di Paolo, infatti, sono stati quasi sicuramente terminati nel 195 d.C. Vd. per tutti H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Tübingen, 1908 (rist. Osnabrück, 1965), p. 85. Gli imperatori, dunque, avrebbero modificato il punto di diritto, non essendo in tal senso significativo il mantenimento nel Digesto della diversa opinione del giurista. Al riguardo, DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 74 ss., rileva peraltro l'incongruenza del fatto che i giustinianeî abbiano inserito una norma abrogata nel titolo sul Silaniano e la legge cui si deve l'abrogazione stessa nel titolo *de quaestionibus*. L'A. sottolinea inoltre il dato che il frammento in D. 48.18.2 non pare pertinente alla materia del Silaniano, tant'è vero che Lenel lo inserisce sotto il titolo *de bonorum possessionibus* del 39° libro *ad edictum* di Ulpiano (*Palingenesia*, II, cit., col. 685, § 1084). Il brano in D. 48.18.3, invece, è estrapolato dal 50° libro *ad edictum*, ove si tratta non solo del senatoconsulto ma, soprattutto, di materia ereditaria consentendo, così, il raccordo con l'altro passo. Queste considerazioni conducono l'A. ad ipotizzare la non originaria appartenenza della disposizione alla legislazione sul Silaniano (cfr. *ib.*, p. 88 ss.). D'altra parte, nell'eventualità di un contrasto tra interesse del singolo e interesse pubblico non pare discusso che sia il primo quello destinato a soccombere.

¹¹⁷ SCHUMACHER, *Servus index*, cit., p. 154, rileva la somiglianza della previsione paolina al celebre caso di Clemente, schiavo di Agrippa Postumo, che, nel 16 d.C., concepì il progetto di rapire Agrippa e portarlo agli eserciti in Germania. Ucciso il padrone durante il viaggio, lo schiavo, con l'aiuto di alcuni complici, diffuse la voce che il padrone era ancora vivo, riuscendo a farsi passare per lui. Catturato e torturato per ordine di Tiberio, non rivelò nemmeno sotto i *tormenta* i nomi dei complici e venne ucciso in una segreta del palazzo imperiale. Le indagini non vennero proseguite, sebbene si dicesse che alla congiura avessero partecipato molti familiari del principe, senatori e cavalieri (Tac., *Ann.* 2.40.6).

¹¹⁸ SCHUMACHER, *Servus index*, cit., p. 154. Sul punto DALLA, *Senatus consultum*, cit., *passim* ma spec. p. 97 ss.

L'indagine *per quaestionem* viene prolungata nonostante sia già nota l'identità dell'esecutore materiale dell'assassinio al fine di accertare il mandante. La prosecuzione della tortura consente di appurare che l'ideatore appartiene alla *familia* servile: costui sarà sottoposto ad una esemplare *quaestio* ("*maxime quaestioni dabitur*") anche se i complici siano puniti.

La considerazione risponde certo alla prevalenza dell'interesse alla tutela dell'ordine pubblico, finalità primaria del senatoconsulto, ma mostra altresì la tensione investigativa volta alla repressione dell'omicidio. Il giurista non ritiene infatti soddisfare la *ratio* della norma la già raggiunta certezza in merito al nome dell'assassino, ma considera fortemente ("*maxime*") necessario eseguire la *quaestio* per scoprire l'eventuale mandante. È da credersi, posta la finalità del provvedimento, che la ragione per cui in questo caso si ammette l'insistenza della tortura sia da rinvenirsi nel suo valore deterrente.

Mentre nel testo paolino in D. 29.5.6pr. il mandante è all'interno della servitù, in un brano di Modestino l'ideatore dell'uccisione è soggetto esterno¹¹⁹:

D. 29.5.17 (Mod. 8 reg.): *Prius de se familia torquenda est et, si confiteatur, tunc interrogetur, quo mandante flagitium admissum sit.*

In caso di sospetta macchinazione estranea rispetto alla *familia* servile, le modalità della *quaestio* si configurano più aspre: laddove infatti, viene ordinariamente proibita la reiterazione della tortura, nel caso qui prospettato si prevede che, dopo aver già sottoposto a *quaestio* i servi in merito alla propria responsabilità ("*prius de se familia torquenda est*"), costoro, qualora confessino, dovranno nuo-

¹¹⁹ È discussa la provenienza originaria del frammento, collocato dai giustiniani sotto il titolo dedicato al senatoconsulto Silaniano: secondo E. VOLTERRA, *Flagitium nelle fonti giuridiche romane*, in AG 111, 1934, p. 56, avrebbe disposto in altro settore mentre sarebbero stati i giustiniani ad utilizzarlo in materia di Silaniano; contrario M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen Recht*, in ZSS 60, 1940, p. 109 nt. 1. Non prende posizione DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 124 ss., che sottolinea piuttosto come il brano sia il testo più tardo, in materia, tra quelli conservati nel Digesto.

vamente essere interrogati (è da credersi con nuovi *tormenta*) in merito al mandante del crimine¹²⁰.

Una costituzione diocleziana del 293 riprende la tematica della *quaestio* del servo comune, arricchita dall'ulteriore problema dell'incertezza sulla proprietà dello schiavo e dell'eredità stessa¹²¹:

C. 9.41.13 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Philippae. *Hoc, quod placet, si de hereditate quaeratur, hereditarios servos interrogari, tibi opitulari non potest. Ibi enim, dum de dominio incertum est, ad quem ex hereditate pertineat, merito per interrogationem hereditarii servi ad veritatis indaginem perveniatur. Tu autem adseverando servum communem esse non dubitas portionem ad eum pertinere, contra quem interrogari eum cupis: quae res quaestionem ab eo haberi non permittit, cum nec communis servus adversus dominum, qui non occidisse socium suum dicatur, interrogari possit.* S. III k. Mai. Heracliae AA. cons. [a. 293].

Il rescritto ribadisce il divieto di torturare il servo comune contro uno dei condomini, già letto in D. 48.18.3 nonché in D. 29.5.6.2, ma pone l'eccezione del caso in cui uno dei compadroni abbia ucciso l'altro ("*qui non occidisse socium suum dicatur*"). Nel caso di specie, gli imperatori rigettano la richiesta della postulante che, forte di un diritto di comproprietà su un servo, voleva sottoporlo a tortura contro uno degli altri contitolari: la *quaestio* del servo comune *adversus dominum* è infatti ammessa soltanto qualora vi siano indizi di colpevolezza a suo carico (in tal senso pare infatti deporre il verbo *dicatur*).

¹²⁰ Ma si veda il frammento, già citato, sempre di Modestino in D. 48.18.16.1, tratto dal terzo libro *de poenis*, che citava un rescritto di Antonino Pio che stabiliva che "*qui de se confessus est, in caput aliorum non torquebitur, ut divus Pius rescripsit*". Evidentemente, i timori per la sicurezza pubblica prevalgono ancora una volta sulla ragione del singolo che, in situazioni diverse, è tutelato dal divieto di torturare nuovamente il *confessus in caput aliorum*.

¹²¹ La norma incide anche sul problema della tortura dei servi ereditari, su cui vd. cap. III, nt. 112.

5. *Le persone loco domini*

Il divieto di *quaestio in caput domini* conosce estensioni sotto il profilo soggettivo. La regola garantista dei padroni viene infatti considerata applicabile al di là della figura del *dominus* a favore di coloro che appaiano ‘*domini loco*’¹²². L’espressione ricorre esplicitamente in un passo di Callistrato, ove si accosta alla posizione del *dominus* quella di chi abbia prestato garanzia a colui che rivendicava un servo:

D. 48.18.15.2 (Call. 5 *de cogn.*): *Eum, qui vindicanti servum cavet, domini loco habendum et ideo in caput eius servos torqueri non posse divus Pius in haec verba rescripsit: “Causam tuam aliis probationibus instituere debes: nam de servis quaestio haberi non debet, cum possessor hereditatis, qui petitori satisdedit, interim domini loco habeatur”.*

La posizione del garante è da equipararsi, sotto il profilo dell’ammissibilità della *quaestio servorum* nei suoi confronti, a quella del padrone (“*domini loco*”). I servi, pertanto, non possono esser torturati contro di lui, come dispone un rescritto di Antonino Pio. Callistrato riporta anche le parole del provvedimento imperiale, rilasciato al postulante nei seguenti termini: “Devi fondare la tua causa su altre prove: infatti non si deve compiere la *quaestio* dei servi, poiché il possessore dell’eredità, che diede garanzia all’attore rivendicante, nel frattempo è considerato in luogo di padrone”¹²³.

¹²² L’espressione “*domini loco*” si rinviene per la verità anche in altri passi, ma lo specifico riferimento al rapporto con la regola in tema di *quaestio* si legge soltanto nel brano di Callistrato nel testo citato. Anche nei frammenti che la impiegano, comunque, essa evidenzia la saldatura tra la posizione del *dominus* vero e proprio con quella di altri soggetti cui, in virtù di particolari circostanze, vengono demandate, sia pur spesso in via interinale, competenze altrimenti peculiari alla figura dominicale: si tratta di D. 2.14.13.1 (Paul. 3 *ad ed.*); D. 3.3.76 (Iul. 5 *ad Min.*); D. 11.1.15pr. (Pomp. 18 *ad Sab.*); D. 26.7.27 (Paul. 7 *ad Plaut.*); D. 41.1.48pr. (Paul. 7 *ad Plaut.*); D. 41.1.63.3 (Tryph. 7 *disp.*); D. 41.4.7.3 (Iul. 44 *dig.*); D. 47.2.57.4 (Iul. 22 *dig.*); Gai. 4.97.

¹²³ “*Et quia, ut pro domino servus non torquetur..., ita aequum est ne audiat etiam adversus dominum, imo nec adversus patrem, aut matrem, aut filium, aut tutorem domini sui..., nec adversus dominum pro parte, id est adversus unum dominum ex pluribus... Nec adversus eum, qui quondam dominum fuit, in memoriam prioris domini*”: così CUJACIUS, *Opera*, cit., vol. IX, col. 1467.

Secondo l'interpretazione imperiale, dunque, il versamento di una *cautio* equipara al *dominus* il possessore interinale dell'eredità¹²⁴. La sua posizione nei confronti del servo che si vorrebbe sottoporre a tortura è analoga, sotto questo profilo e sia pur in via interinale, a quella del padrone ("*interim domini loco habendum*"): pertanto, le indagini contro di lui non potranno svolgersi ricorrendo alla tortura ma la causa dovrà essere istruita avvalendosi di altri mezzi di prova.

Il principio appare suscettibile di interpretazione estensiva per tutelare alcuni soggetti che, in virtù di particolari situazioni, si prestano, almeno per quest'aspetto, ad essere accostati alla figura dominicale¹²⁵.

In particolare, si discute sulla possibilità di assoggettare a *quaestio* i servi del figlio per interrogarli sul padre. Al riguardo, soccorre un passo di Arcadio Carisio:

D. 48.18.10.2 (Arc. *l.s. de test.*): *Potest quaeri, an de servis filii castrensis peculii in caput patris quaestio haberi non possit: nam patris non debere torqueri in filium constitutum est. Et puto recte dici nec filii servos in caput patris esse interrogandos.*

¹²⁴ Sul passo vd. spec. MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 321.

¹²⁵ Sull'interpretazione del termine *dominus*, sia pur con specifico riferimento alla tutela offerta dal senatoconsulto Silariano vd. per tutti DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 107 ss., che sottolinea come le fonti dimostrano che la possibilità di estendere la speciale tutela *ex senatus consulto* anche ad altre persone al *dominus* assimilabili viene accettata limitatamente all'esigenza di tutela del proprio gruppo familiare, purché non contrasti con gli interessi della proprietà. Nel titolo del Digesto dedicato alla speciale normativa del senatoconsulto si rinviene, in effetti, un'articolata serie di passi volta a chiarire il significato che, in quest'ambito, deve attribuirsi al termine, al fine di far scattare la particolare procedura prevista. *Dominus* è anzitutto non solo il *paterfamilias* ma anche i figli in potestà (D. 29.5.1.7, Ulp. 50 *ad ed.*) in quanto *heredes sui* (Gai 4.97), qualifica che evidenzia chiaramente la "*continuatio dominii*" in capo a costoro (D. 28.2.11, Paul. 2 *ad Sab.*). Ulpiano, a fronte dell'incertezza di Marcello, mostra altresì di ritenere *domini loco*, sotto questo profilo, anche i figli non in potestà (D. 29.5.1.8, Ulp. 50 *ad ed.*). Non si dovranno, invece, assoggettare a tortura i servi della madre qualora venga ucciso il figlio o la figlia (D. 29.5.1.11, Ulp. 50 *ad ed.*), plausibilmente in ragione delle resistenze della famiglia della moglie (così DALLA, *ib.*, p. 112). Gli interessi individualistici del proprietario impongono, al contrario, un'interpretazione restrittiva del termine anche laddove si pongano in conflitto con la tutela dell'interesse collettivo alla sicurezza, posto alla base del provvedimento: Ulpiano spiega, infatti, che mentre potranno essere sottoposti a *quaestio* i servi del nudo proprietario verranno invece sottratti alla tortura i servi dell'usufruttuario, del possessore di buona fede e del creditore pignoratizio (D. 29.5.1.1-3, Ulp. 50 *ad ed.*).

Al dubbio circa la possibilità di eseguire la *quaestio* nei confronti dei servi facenti parte del peculio castrense del figlio in merito alla responsabilità del padre, il giurista risponde ricollegandosi al divieto di torturare gli schiavi del padre contro il figlio stabilito da costituzioni imperiali (“*constitutum est*”). Corrispondentemente, non potranno essere torturati i servi del figlio contro il padre.

Va peraltro rilevato che Arcadio sta affrontando il tema del *crimen maiestatis*, che costituisce eccezione al divieto generale di *quaestio in caput domini*, consentendo le indagini mediante tortura nei confronti di chiunque, purché le circostanze lo richiedano:

D. 48.18.10.1 (Arc. *l.s. de test.*): *Sed omnes omnino in maiestatis crimine, quod ad personas principum attinet, si ad testimonium provocentur, cum res exigit, torquentur.*

Gli effetti pratici del problema dell'estensibilità della qualifica di *dominus* si manifestano con tutta evidenza nell'ipotesi in cui venga ucciso il *pater*: in tal caso, sorge il dubbio sulla possibilità di assoggettare a *quaestio* anche i servi del figlio:

D. 29.5.1.14 (Ulp. 50 *ad ed.*): *Si pater necatus sit, an de servis filii quaestio habeatur, si forte castrensi peculio servos habuit? et magis est quaestionem de servis filii habendam suppliciumque sumendum, licet non sit in potestate filius.*

Il brano appare speculare nella sostanza a D. 48.18.10.2: anche Ulpiano, così come Arcadio Carisio, affronta il problema della sottoposizione a tortura dei servi rientranti nel peculio castrense, appartenenti dunque al figlio in potestà.

La soluzione appare peraltro divergente: Ulpiano, rispondendo in termini generali, afferma di ritenere preferibile che si tenga comunque la tortura dei servi del figlio, anche se non in potestà. Arcadio, invece, facendo leva sul disposto di precedenti costituzioni che avevano stabilito che gli schiavi del padre non fossero torturati contro il figlio propende per la soluzione opposta, sostenendo che i servi del figlio in potestà non debbano essere interrogati contro il padre.

La soluzione più severa additata da Ulpiano non pare peraltro porsi in reale contrasto con quella scelta da Arcadio: infatti, il que-

sito risolto in D. 29.5.1.14 si inserisce nel quadro particolare della tutela offerta dal senatoconsulto Silariano nel cui ambito la delicata tematica relativa alla tortura trova soluzioni maggiormente severe rispetto all'ordinario a causa della necessità di tutelare l'interesse pubblico alla sicurezza¹²⁶.

Ancora Ulpiano prospetta una situazione del tutto peculiare:

D. 48.18.1.8 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Si servus bona fide mihi serviat, etiamsi dominium in eo non habui, potest dici torqueri eum in caput meum non debere. Idem est et in libero homine, qui bona fide servit.*

Nel passo, il divieto di *quaestio in caput domini* conosce una considerevole estensione. L'operatività del divieto viene infatti estesa anche a quello schiavo che svolga prestazioni servili nei confronti di persona credendo, in buona fede, di esserle vincolato da rapporto dominicale.

Secondo Ulpiano, anche una simile situazione di non effettivo dominio, purché qualificata dalla buona fede, appare idonea a costituire uno schermo nei confronti della tortura e ritiene pertanto che costui non possa essere torturato contro la persona che considera, sia pur a torto, suo *dominus*. La rilevanza della buona fede in questo ambito appare maggiormente evidente nell'estrema conseguenza riportata alla fine del passo: non solo non deve torturarsi il *servus bona fide servens*, ma nemmeno l'*homo liber qui bona fide servit*, che crede in buona fede di essere schiavo.

La *bona fides* appare dunque un criterio utile a stabilire l'ambito di operatività del divieto, sostituendosi all'elemento assai più concreto ed evidente dell'effettiva sussistenza del rapporto dominicale: più della reale esistenza del rapporto di proprietà ciò che assume carattere discriminante, sotto il profilo dell'assoggettabilità a tortura, è il rapporto di colleganza e di unione che si è venuto ad instaurare tra i due soggetti.

¹²⁶ Per i sospetti sulla seconda parte del frammento in D. 29.5.1.14 vd. DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 111 (e ntt. 18 e 19).

Un accostamento simile viene operato anche in relazione al liberto, che non può essere torturato contro il patrono¹²⁷:

D. 48.18.1.9 (Ulp. 8 *de off.proc.*): *Sed nec libertum torqueri in patroni caput constitutum est.*

Se è stato necessario l'intervento imperiale per sancire il divieto di torturare il liberto *in caput patroni* sembrerebbe quasi implicito che negli altri casi il liberto, pur essendo uomo libero, possa invece essere sottoposto a *quaestio*.

Appare, infine, inconsueto e grave l'interrogatorio dei servi contro i tutori o contro la madre dei padroni¹²⁸:

C. 9.41.2 Imppp. Severus, Antoninus AA. Catulo. *Insolitum est et grave exemplo audiri servos adversus tutores vel matrem dominorum suorum, nisi tutelae agatur.* PP. III id. Sept. Cilone et Libone cons. [a. 204]

In questo senso, potrebbero dunque considerarsi *loco domini* anche i tutori nonché la madre dei padroni dei servi che si vorrebbero torturare. L'inusualità dell'evento, che peraltro non pare rappresentare un ostacolo insormontabile, viene meno in caso di esperimento di *actio tutelae*, probabilmente a causa del superiore interesse a proteggere il pupillo.

6. *Il valore delle dichiarazioni rese contra dominum e nella quaestio illicita*

Quando si eseguono i *tormenta* sul corpo di un imputato, anche qualora la ricerca sia orientata ad estorcere una confessione in merito alla sua colpevolezza, non può escludersi che il *tortus* chiami

¹²⁷ Sul passo vd. anche *supra*, § 4.

¹²⁸ Come si è già avuto occasione di osservare, la genericità del verbo *audiri* lascia spazio per credere che in simile attività di audizione, considerando oltretutto che si tratta di servi, si possa ricomprendere non solo la generica testimonianza ma anche l'interrogatorio con tortura.

in correttezza altri soggetti, tra i quali lo stesso *dominus*, accusandolo di complicità¹²⁹. Simile eventualità trova un riferimento prescrittivo nell'attività normativa di Traiano¹³⁰, come riferisce Ulpiano nell'ottavo libro *de officio proconsulis*:

D. 48.18.1.19 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Si servi quasi sceleris participes in se torqueantur deque domino aliquid fuerint confessi apud iudicem: prout causa exegerit, ita pronuntiare eum debere divus Traianus rescripsit. Quo rescripto ostenditur gravari dominos confessione servorum. Sed ab hoc rescripto recessum constitutiones posteriores ostendunt.*

La fattispecie sottoposta al giudizio dell'imperatore riguarda un caso di sospetta complicità tra padrone e servi: costoro, sottoposti

¹²⁹ È il cosiddetto '*servus index*'. La ricca problematica in tema è già stata sopra considerata, spec. cap. II, nt. 151. Alla letteratura citata si aggiunga, per quanto attiene alle nozioni di correttezza e di complicità morale e materiale nel diritto romano classico, B. BONFIGLIO, *Spunti di riflessione su istigazione e complicità*, in AA.VV., *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano. In onore di Aldo Dell'Oro*, Milano, 1998, p. 188 ss., nonché, di recente, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005, p. 243 ss.

¹³⁰ Traiano ha avuto occasione di intervenire varie volte in tema di *quaestio*. Anzitutto, si ricordano due rescritti attinenti al divieto di *quaestio in caput domini*: un rescripto stabilisce l'ammissibilità della *quaestio* del servo del marito contro la moglie: D. 48.18.1.11 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Servum mariti in caput uxoris posse torqueri divus Traianus Sernio Quarto rescripsit*. L'altro rescripto afferma che i servi di un condannato possono essere torturati contro di lui, poiché, per effetto della pena, non sono più in sua proprietà: D. 48.18.1.12 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Idem [divus Traianus] Mummio Lolliano rescripsit damnati servos, quia desierunt esse ipsius, posse in eum torqueri*. Ancora, è sempre a Traiano che si deve l'introduzione del divieto di domande suggestive riportato in D. 48.18.1.21, sul quale già ci siamo soffermati (cap. II, § 6). Il quarto intervento di Traiano in tema di *quaestio* si legge nel titolo del Digesto dedicato al senatoconsulto Silaniano e con il quale decide in favore della tortura anche dei liberti che il *de cuius* aveva manomesso da vivo: D. 29.5.10.1 (Paul. *l.s. ad sc. Silan.*): *Sub divo Traiano constitutum est de his libertis, quos vivus manumiserat, quaestionem haberi*. Altrove, in D. 29.5.10.11, Trifonino spiega ulteriormente che la stessa regola vale anche per coloro che "*ius anulorum petierant*" (Tryph. 2 *disp.*). L'estensione ai liberti stabilita da Traiano va inquadrata nella peculiarità della disciplina *ex Silaniano* che richiedeva la sussistenza di alcune condizioni perché venissero torturati i servi del *dominus* ucciso. Gli schiavi che erano stati manomessi in vita dal padrone poi ucciso potevano essere, dunque, sottoposti a *quaestio*, anche se appare plausibile ritenere che ciò avvenisse soltanto nei confronti di coloro che al momento dell'omicidio si trovavano ad una distanza tale da poter udire – e capire – quanto stava accadendo: così DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 64 ss.

a tortura in merito alla propria responsabilità (“*in se torqueantur*”), avevano finito per rilasciare al giudice dichiarazioni che incriminavano il *dominus*.

L’interrogativo giuridico da cui scaturisce la decisione imperiale riguarda dunque il valore e, soprattutto, l’utilizzabilità delle dichiarazioni ulteriori rilasciate dal servo che, escusso *de se*, aveva poi finito per rivelare la correttezza del padrone (“*deque domino aliquid fuerint confessi*”).

Non è dato sapere se già nella mente degli investigatori fosse sorto un sospetto di complicità circa la persona del padrone oppure se, più genericamente, si fosse soltanto intuita l’eventualità dell’esecuzione del crimine in complicità con persone ancora da individuare. Peraltro, l’esposizione ulpiana (e segnatamente l’*incipit* del passo: “*Si servi quasi sceleris participes*”) pare lasciare spazio all’ipotesi di un sospetto già prefigurato e che, pertanto, il tenore delle domande incalzasse gli schiavi torturati a formulare un’accusa. In ogni caso, durante la *quaestio* iniziata con domande attinenti alla personale responsabilità degli schiavi (“*in se*”) era subentrato un evento inaspettato (se non insperato), ossia la dichiarazione che addita il *dominus* come correo. Questo fatto viene ad incrinare il castello accusatorio costruito sulla *quaestio*, tanto che l’interrogante solleva un dubbio circa l’effettiva utilizzabilità della deposizione che si contrappone al divieto.

Traiano rimette la decisione alla discrezionalità del giudice¹⁵¹. La risposta imperiale non astringe il giudicante ad una decisione prefissata ma lascia aperta ogni possibilità: “*prout causa exegerit, ita pronuntiare eum debere*”. Il giudice rimane libero di valutare simili

¹⁵¹ Si nota peraltro che Plinio, nel *Panegyricus* rivolto all’*Optimus Princeps* Traiano, riconosce come uno dei più rilevanti meriti dell’imperatore il non aver prestato valore alle testimonianze degli schiavi *contra dominos*, a differenza di Domiziano: *Paneg.* 42.2-4: “*Omnes accusatore domestico liberasti... Non vis interea laudari; nec fortasse laudanda sint: grata sunt tamen recordantibus principem illum in capita dominorum servos subornantem, monstrantemque crimina, quae tanquam delata puniret...*”. MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 319, ricorda come la prassi di torturare gli schiavi *contra dominos*, preceduta dalla loro forzata espropriazione, fu inaugurata da Augusto e che nel corso del I secolo d.C., durante i frequenti periodi di crisi tra imperatore e aristocrazia senatoria, si ricorse con grande frequenza a tale mezzo istruttorio. Il regno traiano segnò, su questo specifico punto, la prima significativa inversione di tendenza.

accuse nel modo che gli parrà più consono in rapporto alla causa ed al quadro probatorio complessivo.

Dalla pronuncia imperiale Ulpiano ritiene potersi inferire che la confessione dei servi possa incriminare il padrone (“*gravari dominos confessione servorum*”), ritenendo utilizzabili contro il *dominus* le plurime dichiarazioni accusatorie rese sotto tortura da più di uno dei suoi servi.

La disposizione pare paradigmatica soprattutto quanto al pensiero inquisitorio di quest'imperatore, dal momento che non esprime un netto divieto di tortura *contra dominos* ma lascia aperta la strada al giudice per decidere a sua discrezione l'utilizzabilità o meno della confessione dei servi *contra dominos*. La posizione processuale del *dominus* può infatti, secondo Traiano, essere compromessa dalle dichiarazioni rese dagli schiavi: pertanto, il giudice, nel pronunciare la sentenza, è tenuto a valutarle.

La norma, ha cura di informare Ulpiano in chiusura del passo, verrà tuttavia disattesa da *constitutiones posteriores* non meglio precisate. L'individuazione di queste leggi successive che hanno rivisitato il disposto della norma traiana è discussa in dottrina¹³². Appare

¹³² L'inciso finale “*sed ab hoc rescripto recessum constitutiones posteriores ostendunt*” è sospettato da G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 148 (per l'uso traslato di ‘*recedere*’) e da S. RICCOBONO, *Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litis contestation nach klassischem und justinianischem Rechte (fr. 10.2 D. 2.11 und fr. 33 D. 44.7)*, in ZSS, 47, 1927, p. 78 ntt. 2 e 4 (secondo il quale si tratterebbe di una semplificazione operata dai giustiniani). Il Mantovani, discostandosi da simili interpretazioni, ritiene che Ulpiano si riferisca piuttosto alla citazione di costituzioni severiane già citate dal giurista nei precedenti §§ 16-18 (*Il bonus praeses*, cit., p. 260 nt. 242). Nella sostanza, adesivo MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 317 ss., che però ritiene di identificare le *constitutiones posteriores* con altre leggi di Adriano e Antonino Pio citate in D. 48.18.1.5 (ipotesi che non viene esclusa dal Mantovani, il quale preferisce, peraltro, pensare ad un più ampio rinvio che coinvolga entrambi i gruppi di costituzioni). Cfr. anche GARNSEY, *Social Status*, cit., p. 215 e nt. 7. La discrasia tra quanto desumibile dai rescritti traiani (già *supra* citati in nt. 130) e in particolare dal rescritto riportato in D. 48.18.1.19, da cui emergerebbe un orientamento tutt'altro che teso a svalORIZZARE le dichiarazioni *contra dominos*, e le parole di Plinio (*Paneg.* 42.2-4) può forse trovare un punto di mediazione nella precisazione che lo stesso Ulpiano sente il dovere di fare in chiusura del frammento circa il *recessum* avutosi con le *constitutiones posteriores*. Se è fuor di dubbio che Adriano, Antonino e Settimio Severo ribadirono l'operatività del divieto, ponendo indicazioni atte ad impedire l'utilizzabilità delle accuse dei servi contro i padroni, e

tuttavia plausibile identificarle con alcuni rescritti emanati da Adriano e da Antonino Pio citati dallo stesso Ulpiano in un altro brano proveniente dal medesimo libro VIII *de officio proconsulis* e riportato nel Digesto¹⁵³:

D. 48.18.1.5 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Divus Antoninus et divus Hadrianus Sennio Sabino, rescripserunt, cum servi pariter cum domino aurum et argentum exportasse dicerentur, non esse de domino interrogandos: ne quidem, si ultro aliquid dixerint, obesse hoc domino.*

Il caso è quello di un furto perpetrato dal servo in complicità con il padrone e che sembra configurarsi analogo nei suoi elementi oggettivi e soggettivi (correatà di una pluralità di servi, confessione autoaccusatoria degli stessi, ulteriori dichiarazioni accusatorie ai danni del *dominus*) a quello risolto in senso divergente da Traiano¹⁵⁴.

se è vero che queste costituzioni sono a noi rese note attraverso il Digesto ed il Codice, non è però possibile escludere che il riferimento ulpiano sia da collegare ad un ripensamento dello stesso Traiano, manifestato in rescritti successivi dello stesso imperatore, non riportati nella compilazione. Il *revirement* di Traiano, che trova conferma nella testimonianza di Plinio (pur contenuta in uno scritto apologetico), aveva forse trovato spazio nel libro ottavo del *de officio proconsulis* di Ulpiano, attraverso l'esposizione di ulteriori costituzioni traiane, che sarebbero andate perse nell'opera massimatrice dei compilatori i quali, con riferimento al diverso orientamento, avrebbero preferito inserire i rescritti degli imperatori successivi.

¹⁵³ Sul passo vd. anche *supra*, § 4.

¹⁵⁴ Anche questo frammento ha suscitato perplessità in dottrina. MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 316 ss., avanza l'ipotesi per cui nel passo Ulpiano avrebbe riferito di un rescritto nel quale diversi provvedimenti erano riassunti e tramandati nella loro successione temporale. In particolare, ritiene plausibile che Antonino Pio abbia tramandato in un suo rescritto il contenuto dell'epistola adrianea a Sennio Sabino, secondo un'attestata consuetudine di tramandare il ricordo dell'attività normativa dei propri predecessori. L'ipotesi sarebbe confermata dal frammento appena ricordato (vd. nel testo e la precedente nt. 132) in D. 48.18.1.19, ove Ulpiano ricorda un rescritto traiano che prendeva in esame un caso simile a quello esposto in D. 48.18.1.5: mentre, secondo Adriano e Antonino Pio, le dichiarazioni accusatorie dei servi non dovevano mai nuocere al loro padrone, Traiano, al contrario, riteneva che la posizione processuale del *dominus* potesse essere compromessa dalle confessioni servili: il giudice, pertanto, nel pronunciare la sentenza, era tenuto a valutarle. Le *posteriores constitutiones* che secondo Ulpiano disattendono la decisione traiana sarebbero dunque verosimilmente identificabili, secondo lo studioso, proprio con gli interventi normativi di Adriano e di Antonino Pio. La tesi del Marotta, seguita dal Mantovani (*Il bonus praeses*, cit., p. 254 nt. 217, p. 256), si con-

Va comunque precisato che in quest'ultimo caso l'accusa di compartecipazione con il *dominus* appare già avanzata (“*cum servi pariter cum domino aurum et argentum exportasse dicerentur*”), mentre nel passo precedente (D. 48.18.1.19) questo non si evince, appalesandosi piuttosto un generico sospetto di complicità dei servi con ignoti (“*Si servi quasi sceleris participes... torqueantur*”).

A fronte della soluzione traiana che, in un caso simile, aveva lasciato al giudice la facoltà di decidere “*prout causa exegerit*”, vedendo così ad ammettere implicitamente la possibilità di incriminazione del *dominus*, Antonino Pio e Adriano stabiliscono invece che le eventuali dichiarazioni spontanee del servo in merito non possono essere usate contro il padrone (“*si ultro aliquid dixerint, obesse hoc domino*”).

Anche in questo caso, così come in altri sopra esaminati¹⁵⁵, perno dell'interpretazione della norma è l'avverbio *ultro* che, come si è già rilevato, sta ad indicare in via generale una situazione priva di sollecitazioni o di coartazione¹⁵⁶. Non è chiaro tuttavia il motivo per cui queste deposizioni vengono così qualificate. Si potrebbe, ad esempio, pensare che le accuse siano tali in quanto rese dal servo nell'immediatezza dell'arresto o comunque prima che si desse luogo alla tortura, nel tentativo di deviare la responsabilità sul padrone. Tuttavia, c'è anche spazio per ipotizzare che simili dichiarazioni

trappone ad altra congettura offerta da LIEBS, *Der Schutz*, cit., p. 156 ss. (seguito da SCHUMACHER, *Servus index*, cit., p. 198), che ascrive invece il rescritto alla sola cancelleria di Antonino Pio, nel periodo in cui era ancora vivo il predecessore. Si ricorda infine G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, Milano, 1963, p. 49 ss., che considera il testo del rescritto manipolato o quantomeno riassunto: la contestuale menzione del *divus Antoninus* e del *divus Hadrianus* genererebbe infatti, secondo lo studioso, “l'impressione che si tratti di un unico provvedimento imperiale, preso insieme dai due imperatori. Tuttavia, l'impossibilità che ciò abbia potuto verificarsi, e il ricordo di un unico destinatario, sollevano molte incertezze sulla genuinità del frammento, così da indurci a ritenere congettura assai verosimile che i compilatori abbiano soppresso il rescritto del *divus Antoninus* che, nell'originario testo ulpiano, doveva precedere quello di Adriano a Sennio Sabino”. Sul punto vd. anche *supra*. Non apporta commenti di rilievo D'ORGEVAL, *L'empereur Hadrien*, cit., p. 338, che registra semplicemente il passo tra gli interventi adrianei relativi al divieto di *quaestio contra dominos*.

¹⁵⁵ Cfr. *supra*, § 4, i passi in D. 48.18.1.27; D. 48.18.1.5; D. 48.18.18.5 (= *Paul. Sent.* 5.16.4).

¹⁵⁶ Vd. *supra*, nt. 89.

siano considerate spontanee in quanto non richieste, e dunque esulanti rispetto al più ristretto oggetto delle domande. In altre parole, l'elemento giuridicamente discriminante sul quale gli imperatori fanno leva per risolvere la vicenda è la necessità di una rigorosa corrispondenza tra domanda e risposta. L'attestazione che esuli da questo criterio, soprattutto qualora si traduca in un'accusa per il *dominus*, non è utilizzabile.

In nessun caso, dunque, stabiliscono Antonino Pio e Adriano, le accuse dei servi *contra dominos* hanno valore: non solo i servi non possono essere interrogati *de domino* esplicitamente ma neppure eventuali dichiarazioni non richieste ("*ultra*") devono nuocere al *dominus*¹⁵⁷.

L'aleggiare del sospetto di una pari complicità nel furto tra padrone e servi ("*pariter...dicerentur*") non legittima l'inquirente ad interrogare i servi con diretto riferimento alla posizione del primo e, tantomeno, a prendere in considerazione eventuali dichiarazioni non sollecitate. Il rifiuto dell'ammissibilità e della conseguente utilizzabilità delle dichiarazioni *contra dominos* è netto.

La spontaneità della dichiarazione accusatoria, dunque, fornisce occasione agli imperatori per esprimere un grado avanzato della regola dell'inutilizzabilità: le dichiarazioni dei servi correi del *dominus* non solo non possono essere formalmente acquisite, stante l'operatività del divieto di *quaestio contra dominos*, ma anche qualora rese liberamente ("*ultra*") non possono essere usate contro il padrone.

La soluzione scelta da Antonino Pio e da Adriano opta dunque per l'inutilizzabilità probatoria, ribaltando così la severa decisione di Traiano che aveva ritenuto utilizzabili contro il *dominus* le dichiarazioni dei servi rese nel corso di una tortura iniziata legittimamente

¹⁵⁷ Il frammento non menziona il ricorso ai *tormenta* ma si riferisce genericamente ad un interrogatorio: tuttavia, va senz'altro supposto l'impiego di una qualche forma di coazione posto che la testimonianza degli schiavi acquistava valore solamente se supportata da sotto una qualche forma di costrizione. Cfr. EHRHARDT, s.v. "*Tormenta*", cit., coll. 1785 ss.; DE MARINI, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 115. Anche nel frammento in D. 48.18.1.22, ad esempio, Ulpiano, nel riportare i *verba* di un rescritto adrianeo, appalesa come il verbo *interrogari* possa individuare anche lo svolgimento di una *quaestio* ("*de se potest interrogari. Si, dum quaestio habetur, amplius dixerit, rei fuerit indicium, non interrogationis culpa*"). Vd. cap. II, § 6.

contra se ma poi conclusasi con l'acquisizione di dichiarazioni contro il padrone, in contrasto con il noto divieto.

A fronte della decisione di Traiano, Antonino Pio e Adriano riaffermano, dunque, con forza il vecchio principio, dando quasi una 'lezione di garantismo' al predecessore¹⁵⁸. A ben vedere, però, invalidando la tortura del servo e considerando non utilizzabili le eventuali dichiarazioni acquisite contro il *dominus*, i due imperatori finiscono per delimitare la discrezionalità dell'organo giudicante, che non potrà più valutare simili dichiarazioni *prout causa exegerit*.

La linea normativa condivisa da Adriano e Antonino Pio mantiene quindi formalmente, e in maniera decisa, l'antica regola per cui i servi non devono essere interrogati in merito alla posizione del padrone: "*non esse de domino interrogandos*". Le confessioni dei servi non devono infatti nuocere al *dominus*.

In linea con l'impostazione adrianea è anche il passo, già ricordato, in D. 48.18.18.5, per cui "*servo qui ultro aliquid de domino confitetur, fides non accommodatur: neque enim oportet salutem dominorum servorum arbitrio committi*"¹⁵⁹. La considerazione ribadisce un tema ricorrente in tema di credibilità delle deposizioni, riflettendo come non sia opportuno affidare la salvezza dei padroni all'arbitrio dei servi.

Questa *ratio* si riflette anche sulla legislazione successiva.

In tal senso significativo è il rescritto di Settimio Severo del 196 d.C., riferito sia in un passo ulpiano riportato nei *Digesta* (D. 48.18.1.16) sia nel *Codex* (C. 9.41.1) che, ricalcando lo spirito del rescritto di Antonino e di Adriano, stabilisce che la dichiarazione accusatoria del servo *in caput domini* non ha valore se non è supportata da altre prove.

¹⁵⁸ Lo schema dialettico si ripeterà pochi frammenti dopo in D. 48.18.1.21 e D. 48.18.1.22, ma con l'inversione dell'atteggiamento garantista. Laddove Traiano, nel primo frammento, pare dettare una regola che, vietando le domande suggestive, risulta aprire la porta ad eccezioni tese ad invalidare dichiarazioni eteroaccusatorie, Adriano esclude la sussistenza di vizi nelle più ampie dichiarazioni (probabilmente rese in analogo contesto suggestivo), pur risolvendosi ad attribuire mero valore di *indicia* alle suddette dichiarazioni. Sulle domande suggestive vd. cap. II, § 6.

¹⁵⁹ Sul brano vd. anche, in questo capitolo, il precedente § 4.

Si è già avuto occasione di ricordare la norma in apertura del paragrafo dedicato alla *quaestio contra dominos*¹⁴⁰, ma qui la riportiamo nuovamente per meglio svolgere ulteriori considerazioni. In particolare, la versione conservata nel Digesto suona in questi termini:

D. 48.18.1.16 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Item Severus Spicio Antigono ita rescripsit: "Cum quaestio de servis contra dominos neque haberi debeat neque, si facta sit, dicturi sententiam consilium instruat: multo minus indicia servorum contra dominos admittenda sunt"*.

Il rescritto inviato da Settimio Severo a Spicio Antigono dispone che "Poiché la tortura dei servi contro i padroni non deve essere tenuta, né, se esperita, deve istruire il parere di chi pronuncerà la sentenza, ancora meno sono da ammettersi le chiamate in correità dei servi contro i padroni".

Il problema risolto dalla costituzione è dunque sostanzialmente analogo a quello affrontato dai provvedimenti di Traiano, Antonino e di Adriano riferiti, rispettivamente, in D. 48.18.1.19 e in D. 48.18.1.5, posto che si tratta di accuse *contra dominos* lanciate dai servi torturati.

Il dispositivo riafferma il generale divieto di *quaestio contra dominos* ma laddove Traiano lasciava spazio al giudice in merito alla valutazione sull'utilizzabilità di eventuali accuse comunque emerse sotto tortura ("*prout causa exegerit, ita pronuntiare eum [iudicem] debere*"), Settimio Severo pare invece escludere decisamente questa possibilità ("*neque, si facta sit, dicturi sententiam consilium instruat*").

Settimio Severo dichiara infatti le accuse *contra dominos* inutilizzabili ai fini della formazione del processo decisionale del giudicante. Ancor meno, simili dichiarazioni dovranno essere tenute in considerazione qualora il servo accusi il padrone di complicità ("*indicia*")¹⁴¹.

La norma quale riferita in D. 48.18.1.16 aggiunge, quindi, un importante risultato circa il meccanismo dell'inutilizzabilità processuale delle dichiarazioni acquisite mediante una prova *contra legem* nei processi della *cognitio*. Da essa è infatti lecito argomentare che

¹⁴⁰ Vd. cap. II, § 4. *Adde* la successiva nt. 146.

¹⁴¹ Il concetto di '*indicium*' è già stato esposto *supra*, cap. II, nt. 151.

se la tortura viene eseguita *contra dominos*, e quindi *contra legem*, il giudice non deve tenere conto delle sue risultanze¹⁴².

Torna interessante la chiusa del passo, laddove il riferimento è agli “*indicia servorum contra dominos*” i quali “*admittenda [non] sunt*”. Si ricorderà che la soluzione adrianea vista per il caso in D. 48.18.1.22, confermando la validità della *quaestio*, aveva ritenuto meri *indicia* le dichiarazioni eteroaccusatorie rese dal servo sotto tortura. Il rescritto severiano citato in D. 48.18.1.16, invece, esclude l’ammissibilità di simili accuse derivanti dal servo contro il *dominus*. L’apparente conflitto potrebbe ricomporsi alla luce dell’interpretazione sopra proposta¹⁴³, ritenendo che il caso del frammento 22 fosse relativo alla chiamata in correità di persone diverse dal *dominus* compiuta dal servo interrogato *de se*. Dalla soluzione di quel caso dovette poi sorgere controversia circa la possibilità di recuperare le dichiarazioni correttamente acquisite in sede di tortura, questione che Settimio Severo risolve con riferimento alla chiamata in correità del *dominus*, escludendo che dai servi possano provenire elementi probatori a carico del padrone e sottolineando che ciò vale in maniera radicale nel caso in cui il servo venga sentito non come *suspectus* e, a maggior ragione, quando lo stesso sia a sua volta correo e (anche in un contesto estraneo alla *quaestio*¹⁴⁴) denunci il *dominus*.

In base a questa lettura, quindi, anche nel rescritto severiano si potrebbe riconoscere una di quelle *constitutiones posteriores* che disattendono la soluzione traiana, confermando piuttosto l’orientamento impresso da Antonino e da Adriano riportato in D. 48.18.1.5.

Non così pare potersi argomentare dal testo del medesimo rescritto quale riferito nel codice, ove ne viene esposta una versione apparentemente contrastante, che qui per comodità di lettura si riporta nuovamente¹⁴⁵:

¹⁴² Così PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 386.

¹⁴³ Vd. cap. II, § 6.

¹⁴⁴ Nel passo che ora si esamina il riferimento agli *indicia* appare svincolato dal contesto di una *quaestio* che contrassegna la prima parte del passo, con ciò potendosi leggere il rescritto come una disciplina complessiva delle dichiarazioni pro-mananti dai servi e dannose per i *domini*.

¹⁴⁵ Sulla costituzione vd. anche *supra*, § 4.

C. 9.41.1 Impp. Severus et Antoninus AA. Spicio Antigono. *Quaestionem de servis contra dominos haberi non oportet, exceptis adulterii criminibus, item fraudati census accusationibus et crimine maiestatis, quod ad salutem principis pertinet. 1. In ceteris autem, quamquam ea, quae servus contra dominum dixit, iudicaturi sententiam formare non debeant, tamen si aliis quoque probationibus fides veritatis investigetur, praescriptionis invidia evanescit. 2. In pecuniariis vero causis nec inopia probationum servos contra dominum interrogari posse manifestum est.* [a. 196]

L'incipit esprime, in termini di opportunità, il divieto generale di interrogare i servi sulla posizione dei padroni: "*quaestionem servis contra dominos haberi non oportet*". Non è opportuno procedere alla *quaestio* dei servi contro i padroni, a meno che non si tratti del crimine di adulterio, o di frode al censo o di *maiestas*.

Laddove le parole ulpianee, quali restituite nel Digesto, esponevano il divieto in termini netti mediante la forma negativa del verbo *debere* ("*neque haberi debeat*"), il testo riportato nel codice ricorre ad una espressione di minor vigore precettivo, esprimendo il divieto con il verbo *oportere*. La sostituzione semantica conduce a quello che qui appare il reale obiettivo della norma, ossia introdurre le susseguenti eccezioni alla regola generale, con l'effetto che l'importanza dei due termini ne risulta invertita. La tensione normativa è volta a chiarire non tanto il divieto quanto il dato che esso non opera quando in gioco ci sono interessi primari. Al di là della disposizione espressa nel secondo paragrafo della costituzione, che riafferma l'operatività del divieto nelle cause civili, ai nostri fini è specialmente rilevante la prima e più corposa parte della norma.

Per quanto attiene al sostenuto contrasto, almeno apparente, tra le due tradizioni della norma severiana, si può notare come, in effetti, in base al testo tradito nel *Codex*, Settimio Severo consente senza remore l'utilizzazione della confessione del servo *contra dominum* per i crimini più gravi, richiedendo la presenza di altre prove a riscontro soltanto per gli altri reati. Nella versione riportata nel Digesto, invece, Ulpiano pare, al contrario, escludere in modo deciso l'utilizzo di simili dichiarazioni¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Il contrasto è stato più volte sottolineato in dottrina. MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 318 ss., ritiene che la divergenza testuale possa essere spiegata

In questi termini, si giunge ad una sorta di contraddizione per cui nella versione del codice il rescritto severiano seguirebbe la soluzione traiana, consentendo di fatto al giudice di utilizzare le confessioni dei servi *contra dominos*, mentre stando alla versione del Digesto si collocherebbe tra quelle *constitutiones posteriores* che, al contrario, non applicano la soluzione traiana.

L'aporia non è di poco conto.

Al di là della personale intenzione di Ulpiano, il segnalato contrasto potrebbe rivelare qualche interesse per la finalità ultima asse-

in due modi: o il rescritto tramandato in C. 9.41.1 è stato alterato dai compilatori, oppure Ulpiano stesso avrebbe "preferito nascondere il più profondo valore normativo, mistificandone, almeno in parte, il significato". La prima ipotesi viene decisamente scartata, in quanto non troverebbe conferma in alcun dato testuale, citando a sostegno lo scolio di Teodoro a Bas. 60.50.22 (corrispondente a C. 9.41.1) ove non parrebbe riscontrabile un indirizzo favorevole alla *quaestio servi adversus dominum*. L'A. ritiene pertanto maggiormente verosimile pensare che Ulpiano abbia inteso modellare il suo discorso sull'orientamento di Adriano e di Antonino Pio, in base al quale era nettamente proibita la *quaestio contra dominos*, anziché sulla costituzione severiana. Inoltre, nota lo studioso (*ib.*, p. 320 e bibliografia in ntt. 196-198), il rescritto a Spicio Antigono, emanato nel gennaio del 196, si colloca in un contesto storico di acuta crisi tra imperatore e senato e risponderebbe ad una logica politica volta a giustificare, anche normativamente, la repressione violenta e indiscriminata di molti avversari politici. Con Traiano si sarebbe invece realizzata "la prima, significativa inversione di tendenza" di una prassi che, inaugurata da Augusto, non aveva difficoltà alcuna a torturare gli schiavi contro i padroni (*ib.*, p. 319). Sulla *quaestio contra dominos* si rimanda al § 4 del presente capitolo. MANTOVANI, *Il bonus praeses*, cit., p. 254, nt. 219, rilevando che il rescritto, nonostante nel *Codex* sia intitolato alla coppia Severo e Caracalla, non appartiene in realtà al periodo della correggenza, lo considera espressione della tendenza di Caracalla (secondo l'ipotesi già avanzata da T. HONORÉ, *The Severian Lawyers: a Preliminary Survey*, in *SDHI*, 28, 1962, p. 172, seguito da R. BAUMAN, *The Resumé of Legislation in the Early Vitae of the Historia Augusta*, in *ZSS*, 94, 1977, p. 70 ss.) ad inserire, negli atti ufficiali emanati all'inizio del regno di Severo, il proprio nome accanto a quello del padre. Un'ipotesi completamente divergente viene invece espressa da BRUNT, *Evidence given under Torture*, cit., p. 256 (e nt. 4), secondo il quale Ulpiano avrebbe addirittura ignorato il contenuto dell'epistola a Spicio Antigone. Si nota, infine, che all'interno del diritto giustiniano, la norma in C. 9.41.1 pone esigenze di coordinamento con altre leggi in materia: in particolare, nell'ambito del libro IX il rescritto, che regola appunto l'interrogatorio dei servi *contra dominos*, deve essere coordinato con la legge diocleziana in C. 9.41.15 (a. 294), che disciplina, a sua volta, l'ipotesi dell'interrogatorio dei servi *de facto suo* (e, quindi, *pro domino*, venendo in tal modo a porre problemi di raccordo con un'altra norma, C. 9.41.14, anch'essa emanata da Diocleziano nel 294): sul punto vd. R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*², Milano, 1990, p. 117 nt. 74.

gnata ai passi nelle intenzioni degli autori delle compilazioni. Tale obiettivo emerge dal contesto in cui i passi sono inseriti. Nel testo normativo quale riportato in D. 48.18.1.16 l'interesse pare convergere verso il valore probatorio degli *indicia*, ai quali si vuole togliere rilievo per impedirne l'utilizzabilità *contra dominum*.

Nella versione del codice (C. 9.41.1) l'attenzione è, invece, puntata sulle eccezioni al divieto generale, la cui importanza – come si diceva – appare travalicare il ruolo di eccezione per divenire quasi esse stesse la vera regola, salvo richiamare la direttiva adrianea per cui si può eseguire la tortura dei servi soltanto qualora l'imputato sia già sospettato a causa di altri elementi probatori, così che sembri mancare soltanto la confessione dei servi (D. 48.18.1.1), disposizione qui applicata solamente in rapporto ai *cetera crimina*. Tutto il titolo appare del resto imperniato a porre limiti e correttivi allo sfrenato uso del mezzo¹⁴⁷.

Sotto il profilo formale, inoltre, pare evidente che il testo così come riportato nel codice difficilmente rispetti quello originario del rescritto: il testo e il tono regolativo impiegato sembrano più consoni ad una legge generale che ad un rescritto, lasciando pensare o ad un intervento compilatorio volto ad esplicitare e chiarificare maggiormente la direttiva originaria o all'intervento di un giurista, forse anche dello stesso Ulpiano cui si deve la tradizione della norma severiana nel *de officio proconsulis*¹⁴⁸.

Non inconferente al riguardo è anche la stessa ubicazione della legge scelta come esordio del titolo *de quaestionibus* del codice: la collocazione unitamente al contenuto dispositivo appaiono segnali indicatori dell'intento di dare una visione complessiva e articolata della normativa in materia, della quale vengono riassunti i punti essenziali. Difficilmente un rescritto avrebbe compendiato la legislazione precedente così come, invece, accade nel testo tradito in C. 9.41.1: esso sintetizza infatti il tradizionale divieto di *quaestio in caput dominos*, con le relative eccezioni nonché il principio adrianeo per cui le eventuali accuse del servo *contra dominos*, pur non dovendo costituire il fondamento della sentenza, possono acquisire

¹⁴⁷ Vd. cap. II.

¹⁴⁸ Vd. anche *supra*, cap. II, § 4.

valore indiziario qualora suffragate da altri elementi probatori¹⁴⁹. La diversa formulazione del passo che si legge nel Digesto, invece, rispecchierebbe in maggior misura l'impostazione primigenia e potrebbe essere rivelatrice, semplicemente, di una testimonianza storica di opinioni sul punto contrastanti e, come tale, mantenuta dai giustinianeî. Così non poteva certo essere nel codice, ove l'intenzione dei compilatori era piuttosto rivolta ad evidenziarne il tessuto precettivo di generale applicazione.

Un utile riferimento alla problematica dell'utilizzabilità delle dichiarazioni *contra dominos* si coglie anche in un passo del secondo libro di Marciano *de publicis iudiciis*, sia pur attinente alle cause civili:

D. 48.18.9 (Marcian. 2 *de iudic. publ.*): *Divus Pius rescripsit posse de servis haberi quaestionem in pecuniaria causa, si aliter veritas inveniri non possit. Quod et aliis rescriptis cavetur. Sed hoc ita est, ut non facile in re pecuniaria quaestio habeatur: sed si aliter veritas inveniri non possit nisi per tormenta, licet habere quaestionem, ut et divus Severus rescripsit. Licet itaque et de servis alienis haberi quaestionem, si ita res suadeat. 1. Ex quibus causis quaestio de servis adversus dominos haberi non debet, ex his causis ne quidem interrogationem valere: et multo minus indicia servorum contra dominos admittenda sunt.*

Il rescritto di Antonino Pio qui citato viene considerato la prima affermazione della *quaestio* nell'ambito della giurisdizione civile: in particolare, l'uso della tortura anche nelle cause *de re pecuniaria* costituirebbe un dato utile a dimostrare come la *quaestio* avesse come scopo precipuo la ricerca della verità¹⁵⁰.

Nel *principium* del passo, Marciano, sulle fondamenta di svariate costituzioni (tra le quali ricorda espressamente la paternità di

¹⁴⁹ D. 48.18.1.1.

¹⁵⁰ Così MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 325 ss., sottolineando altresì che "la statuizione imperiale introduce nella dialettica processuale, forse per la prima volta, un principio di giustizia materiale: l'uso di un mezzo istruttorio, nel quale sono prevalenti i connotati dell'*inquisitio*, si impone sulla regola generale, che affida alle parti soltanto la ricerca e l'esibizione del materiale probatorio".

Antonino Pio e di Settimio Severo)¹⁵¹, ammette l'esecuzione della *quaestio per tormenta* anche in *pecuniaria causa*, finanche sui servi altrui. Tuttavia, sottolinea il giurista, ciò non significa che nelle cause civili si possa procedere alla *quaestio* con leggerezza ma soltanto se non c'è altro modo per scoprire la verità. Tale precetto, aggiunge, viene ribadito anche da Settimio Severo.

La facoltà di deliberare in merito, come è dato inferire dal tenore del discorso, è posta in capo al funzionario cui compete l'indagine, il quale dovrà apprezzare l'opportunità di procedere in tal senso a seconda delle circostanze (“*si ita res suadeat*”)¹⁵².

La genericità dell'espressione in negativo “*non facile*” come metro di misura della possibilità di procedere a *quaestio* pare leggersi,

¹⁵¹ A conferma della consuetudine di Marciano con gli archivi imperiali: TALAMANCA, *Lineamenti di storia*, cit., p. 452. Si deve comunque ricordare che nelle cause *pecuniariae* la *quaestio per tormenta* era strumento istruttorio straordinario, come attesta un passo di Scevola in D. 49.5.2 (Scaev. 4 reg.), su cui *infra*, nt. 167. Sul rescritto si veda soprattutto LIEBS, *Der Schutz*, cit., p. 158 ss.; SCHUMACHER, *Servus index*, cit., p. 199 ss. Cfr. GUALANDI, *Legislazione imperiale*, I, cit., p. 177.

¹⁵² Il finale riferimento ai *servi alieni* in D. 48.18.9pr. induce a pensare che il freno alla tortura in queste cause fosse posto soprattutto per ragioni patrimoniali, per consentire alla parte la ponderata valutazione circa la convenienza di torturare il proprio servo (e quindi di rischiare menomazioni depauperanti). Solo il fine di *veritas inveniri* poteva giustificare il ricorso alla *quaestio* e scriminare perfino quella di servi altrui. Cfr. VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 122 n. 26. Le *Pauli Sententiae* precisano che ciò avveniva specialmente in relazione a controversie ereditarie: *Paul. Sent.* 5.15.6: *In re pecuniaria tormenta, nisi cum de rebus hereditariis quaeritur, non adhibentur: alias autem iureiurando aut testibus explicantur*. La spiegazione si può rinvenire nel fatto che in queste cause la prova della verità, verosimilmente nota solo al defunto, era più ardua: FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 33 e nt. 38. Tra le cause ereditarie, vale la pena ricordare, si facevano rientrare ai fini dell'esecuzione dei *tormenta*, non solo la petizione d'eredità (D. 48.18.17.2) e di falso testamento (D. 48.18.6.1; C. 9.41.10), ma anche le cause di parto supposto (D. 48.18.17.2), soprattutto se relative all'attribuzione dello *status ingenuitatis* di colui che pretendeva l'eredità (C. 9.41.9). Tuttavia, rileva Fiorelli (*ib.*, p. 34 nt. 47), il passo delle *sententiae* (5.15.6) non deve prendersi alla lettera, dato che comunque sono attestate cause civili in cui gli schiavi venivano torturati, come ad esempio in casi di *actio tutelae*, quando il servo, della cui buona fede si dubitasse, aveva tenuto i conti dell'amministrazione della tutela, (D. 27.3.1.3; C. 9.41.2), oppure nelle cause civili per furti commessi da schiavi che avessero occasionato liti tra i loro padroni e le persone derubate (D. 12.4.15; 19.5.8), nelle cause relative a depositi o comodati per appropriazione indebita da parte dello schiavo (*Paul. Sent.* 5.16.1; C. 9.41.15), oppure, infine, nelle cause relative a questioni di appartenenza del servo (C. 9.41.12), come il caso, ad esempio, del *servus fugitivus* (D. 22.3.7; C. 6.1.4.4).

in positivo, nel conclusivo “*si ita res suadeat*”, che conclude la riflessione sull’argomento: il rinvio è, dunque, ancora una volta, all’apprrezzamento discrezionale del giudice, come già si è letto, ad esempio, anche nel *de officio proconsulis* ulpiano nel passo riportato in D. 48.18.1.17, dove forte suona il monito alla *religio cognoscentis*¹⁵³.

Anche nel frammento di Ulpiano, tra l’altro, il riferimento legislativo di supporto appartiene a Settimio Severo. Il dato potrebbe essere anche più di una mera coincidenza. Marciano spiega che ‘*ita res suadeat*’ subito dopo aver citato una disposizione di Settimio Severo. Non pare dunque inverosimile pensare che entrambi i giuristi avessero in mente la medesima disposizione.

Pur riconoscendo che in teoria sussistono maggiori remore all’uso della tortura nello svolgimento delle indagini in relazione a controversie civili (“*ut non facile in re pecuniaria quaestio habeatur*”), le parole di Marciano tradiscono una prassi investigativa ben diversa da quella che i testi normativi, e anche giurisprudenziali, tentano di dipingere.

La giustificazione scelta per mascherare la consuetudine di crudeli torture è ancora una volta il riparo della ricerca della verità: è consentito torturare i servi anche nelle cause civili *si aliter veritas inveniri non possit*, e analogamente, se non c’è altro modo per scoprire la verità è lecito sottoporre a *quaestio* anche i servi altrui. La norma ribadisce anzi per ben due volte, in un testo – così come riferito – tutto sommato non lungo, il concetto dell’esperibilità della *quaestio* qualora non sia possibile indagare altrimenti¹⁵⁴.

La direttiva induce alcune considerazioni.

Anzitutto, da un punto di vista più generale, rispecchia tutte le descritte riflessioni, di imperatori e giuristi, elaborate in tema di fi-

¹⁵³ Ove si legge: “*Divus Severus rescripsit confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat*”. Sul brano vd. *supra*, cap. II, § 4.

¹⁵⁴ Piace rilevare che nel XVI secolo, Francesco Casoni specificava il dovere del giudice di esperire ogni tentativo istruttorio prima di addivenire alla tortura, spesso anche più grave e dolorosa di una pena: “*non est deveniendum ad tormenta si alia leviora vel veriora via potest haberi veritas, licet praecedant indicia: iudicem enim omnia experiri oportet antequam ad tormenta ipse perveniat: tortura gravior est poena... Praeterea secundum multos, antequam iudex torqueat reum, tenetur declarare veritatem aliter haberi non posse*” (*Tractatus de tormentis*, cit., p. 74 ss.). Cfr. *supra*, cap. II, nt. 129.

des servorum e, conseguentemente, si può collocare nell'ambito del problema dell'utilizzabilità delle medesime, come del resto si evince con chiarezza dalle parole stesse della norma (“*ne quidem interrogationem valere*”). Il valore da attribuire alle dichiarazioni accusatorie degli schiavi può dunque oscillare, come si è visto, a seconda che siano state rese sotto tortura oppure spontaneamente (“*ultra*”).

Sotto il profilo che qui si va esaminando appare interessante soprattutto il primo paragrafo. L'interrogativo che si presenta alla riflessione del giurista viene a porsi, a questo punto, sulle conseguenze dell'inosservanza di dette regole. *Quid iuris* qualora, nonostante l'esistenza di un espresso divieto, il magistrato proceda ugualmente alla *quaestio* o anche soltanto alla *nuda interrogatio*¹⁵⁵?

La soluzione proposta da Marciano è netta: in quelle cause in cui non può essere esperita la tortura dei servi contro i padroni, non ha valore nemmeno l'interrogatorio, ancor meno essendo da ammettere gli indizi dei servi contro i padroni.

Le risultanze di simili interrogatori, dunque, e non soltanto di quelli nelle forme della *quaestio cum tormentis* ma persino di quelli *sine tormentis*, verranno colpite da invalidità con conseguente inutilizzabilità processuale (“*ne quidem... valere*”). Dall'asserzione il giurista trae un'ulteriore conseguenza giuridico-processuale di rilievo: “*et multo minus indicia servorum contra dominos admitenda sunt*”. Le dichiarazioni accusatorie dei servi *contra dominos* sono processualmente inammissibili e quindi inutili sotto il profilo dell'acquisizione probatoria.

La fine del passo pare celare un'altra rifrazione sulle valutazioni in capo al giudice. Al di là della considerazione che *index* è il servo che chiama in correità il *dominus*, e che quindi le sue accuse in tale direzione possono qualificarsi *indicia*, in questa sede il termine pare riflettere una valenza probatorio-processuale ulteriore. Se da un lato rappresenta la fattispecie della chiamata in correità del *dominus* da parte del servo, il vocabolo pare additare anche il valore da attribuire

¹⁵⁵ In questo senso pare potersi interpretare la contrapposizione del § 1: “*Ex quibus causis quaestio... haberi non debet... ne quidem interrogationem valere*”. Si ricorda che l'espressione “*nuda interrogatio*” come contrapposta all'interrogatorio *cum tormentis* si legge in D. 47.10.15.41, su cui vd. cap. I, § 2.

a simile accusa che non può costituire una prova piena ma deve rimanere confinata al grado di mero elemento indiziario.

Qualora si ritenesse di accedere a questa lettura, si aprirebbero maggiori possibilità interpretative in riferimento a quei passi in cui si presenta la tortura come suggello finale dell'*iter* investigativo. Si ricorderà, infatti, che spesso, le fonti giuridiche in un'ottica di maggior moderazione nell'uso dei *tormenta*, pongono la possibilità di dar luogo alla tortura soltanto quanto già preesistono condizioni probatorie tali da far presumere che manchi soltanto la confessione degli schiavi¹⁵⁶.

Raccogliendo le osservazioni sinora presentate, pare possibile ravvisare la *ratio* delle esaminate statuizioni nella scarsa valenza probatoria delle accuse servili che, come si è già detto, non assurgevano al rango di prova piena e assoluta ma soltanto di meri indizi. Forse anche per questo motivo il ricorso alla tortura che mira ad

¹⁵⁶ Confessione sicuramente ancor più facile se, unitamente o in alternativa ai *tormenta*, si prospettava il miraggio di un *praemium*. Stando alle fonti, infatti, l'escussione era sovente accompagnata dalla lusinga di *praemia*, come la promessa di impunità, per chi avesse denunciato eventuali altri partecipanti all'azione delittuosa. Per simili denunce sorge spontanea la valutazione di scarsa attendibilità e, inevitabilmente, della loro assoluta inidoneità a costituire l'unica base della pronuncia finale di condanna capitale. Queste riflessioni torneranno nelle trattazioni del XV-XVI secolo: si legga, ad esempio, AE. BOSSII, *Tractatus varii, qui omnem fere materiam Criminalem excellenti doctrina complectuntur*, secunda editio, Venetijs 1565, tit. *de Oppositionibus contra testes*, che afferma: "un testimonio deve parlar sinceramente, e non per la speranza d'un vantaggio [...] E questo vale anche ne' casi in cui, per altre ragioni, si può fare eccezione alla regola che esclude il complice dall'attestare [...] perché colui che attesta per una promessa d'impunità, si chiama corrotto e non gli si crede". Adde le riflessioni del BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* cit., XVI, riportate *supra*, cap. III, nt. 70. Icastica sarà la riflessione nella manzoniana *Storia della colonna infame*: "L'impunità e la tortura avevan prodotto due storie" (A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, in *Tutte le opere di Alessandro Manzoni*, a cura di F. Lesca, Firenze, 1946, p. 810). Sui premi che il giudice poteva promettere agli *indices* vd., schematicamente, VARVARO, "*Certissima indicia*", cit., p. 388 (D. 47.10.5.11). Più in generale, sulla premialità nel diritto romano vd. R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, (trad. it. di M.G. Losano), Torino, 1972, p. 139 ss.; LURASCHI, *Il "praemium" nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 239 ss.; V. MANNINO, *Alcune considerazioni sulla competenza in tema di normazione premiale nell'antica Roma*, in AA.VV., *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del deuxième colloque de philosophie pénale*. Cagliari, 20-22 aprile 1989, a cura di O. Diliberto, Napoli, 1993, p. 175 ss. Adde, cap. II, nt. 151.

estorcerli è previsto nel momento conclusivo delle indagini, con la precisa funzione di confermare sospetti già gravi¹⁵⁷. In questo senso, dunque, è percepita come cautela irrinunciabile la necessità che la chiamata in correità ad opera del servo sia avvalorata da ulteriori e pregressi elementi di riscontro¹⁵⁸.

Anche in questo passo, dunque, in sintonia con quanto già sopra visto, troviamo il riferimento agli *indicia servorum*: Ulpiano (D. 48.18.1.16) e Marciano (D. 48.18.9.1) concordano perfino lessicalmente nel precisare il valore nullo, o quasi, delle chiamate in correità del *servus* sottoposto a *quaestio*. Vi è forte assonanza, infatti, con le parole del rescritto di Settimio Severo in D. 48.18.1.16 e riportato da Ulpiano in questi termini: “*Cum quaestio de servis contra dominos neque haberi debeat neque, si facta sit, dicturi sententiam consilium instruat: multo minus indicia servorum contra dominos admittenda sunt*”. La consonanza di pensiero e di espressione induce a pensare che i due giureconsulti avessero sotto mano lo stesso rescritto.

La medesima origine è suggerita non solo da dati sostanziali ma anche formali. Anzitutto, in D. 48.18.9.1 si tratta di “cause in cui non può essere esperita la tortura dei servi contro i padroni”, espressione speculare, sia pur in termini di narrazione indiretta, all’ulpiana “*cum quaestio de servis contra dominos neque haberi debeat neque, si facta sit*”; ma soprattutto è la soluzione che appare significativamente coincidente, non solo nella sostanza ma anche nelle parole. Entrambi i giuristi chiudono infatti il passo affermando: “*multo minus indicia servorum contra dominos admittenda sunt*”.

La perfetta simmetria del risultato raggiunto dai due giuristi è indubbia, la conclusione esegetica obbligata: l’addentellato normativo di riferimento è il medesimo, ossia il rescritto del 196 riferito in C. 9.41.1.

Un dato interessante è il fatto che l’espressione in discorso non viene, però, riportata nel testo del rescritto come restituito nel codi-

¹⁵⁷ In tal senso si vedano i passi, *supra* citati, ove si parla della necessità della preesistenza di fondati sospetti: cfr. ad es. D. 48.18.1.1; D. 48.18.1.4; D. 48.18.18.2; C. 9.41.3; C. 9.41.8.

¹⁵⁸ Incidentalmente, l’esito così raggiunto conferma l’idea che, al di là della tematica dei divieti di tortura cui il passo afferisce, le dichiarazioni *adversus dominos* dei servi non appaiono degne di credibilità nemmeno quando rese sotto tortura.

ce ma è Ulpiano che la restituisce sotto forma di *verba rescripti*: la consonanza con il testo di Marciano porta a supporre che queste parole fossero effettivamente presenti.

A questo punto si impone però l'ulteriore raffronto tra il testo di Marciano e il rescritto di Settimio Severo riportato nel codice, come si è fatto in relazione al passo di Ulpiano, che era apparso in contrasto con la redazione codicistica.

Siamo, dunque, in presenza di un testo che, posto alla base dell'*interpretatio* di due giureconsulti coevi, ha condotto a due differenti gradi di elaborazione, fatta salva l'identità, evidente anche sul piano formale, dell'inciso finale relativo al valore degli *indicia servorum*.

Ulpiano, riferendo nel *de officio proconsulis* la norma severiana, scrive che in tutti i casi in cui è vietata la *quaestio servorum contra dominos* (salvo aver espunto, come si è detto, l'eccezione) la conseguenza è il divieto di utilizzare le risultanze così acquisite ai fini della sentenza ("*neque, si facta sit, dicturi sententiam consilium instruat*").

L'esito dell'elaborazione di Marciano pare piuttosto di livello più avanzato: il giurista, posto il divieto generale della *quaestio de servis adversus dominos*, ne fa discendere, come primo corollario, un pari divieto di *nuda interrogatio* per poi affermare che tutte le eventuali attestazioni rese in simili inquisizioni non consentite non hanno alcun valore ("*ne quidem... valere*").

L'affermazione, pur sostanzialmente coincidente, non pare esattamente sovrapponibile alla conclusione ulpiana in quanto, oltre a precisare che il divieto opera sia per la *quaestio* sia per la *nuda interrogatio*, stabilisce con nitidezza, almeno questa è l'impressione, non più soltanto una generica inutilizzabilità delle risultanze in caso di inosservanza ma addirittura l'invalidità probatoria¹⁵⁹.

Si nota, inoltre, che rispetto al passo ulpiano, ove la disposizione è riferita in generale alla *quaestio de servis contra dominos*, Marciano la riporta con riferimento a quelle *causae pecuniariae* in

¹⁵⁹ Al tema del rispetto, quantomeno formale, del divieto di *quaestio contra dominos* si riallaccia la problematica connessa alle dichiarazioni non richieste rese dallo schiavo torturato qualora costituiscano, di fatto, un'incriminazione del *dominus*. Vd. *supra*.

cui “*aliter veritas inveniri non possit nisi per tormenta*”, come effettivamente si riscontra nel testo del rescritto secondo la versione riportata nel § 2 di C. 9.41.1, in ciò dimostrandosi più fedele di Ulpiano nel richiamo normativo. Queste cause, però, nella costituzione del 196 d.C. venivano richiamate soprattutto per esprimere la netta contrarietà dell'imperatore agli interrogatori dei servi *contra dominos*, tradotto in un divieto che operava senza eccezioni, anche nei casi di prova insufficiente: “*In pecuniariis vero causis nec inopia probationum servos contra dominum interrogari posse manifestum est*”.

Coerentemente, la formulazione del divieto nel paragrafo 1 appare espressa in modo generale, tanto che Marciano (ma non Ulpiano) lo estende anche alla *interrogatio* di quei servi che, escussi, finiscono per accusare di complicità il *dominus*.

A questo punto, possiamo comunque raggiungere una conclusione circa il valore delle dichiarazioni rese dai servi *contra dominos*. Dalla lettura dei passi ora visti si deve ritenere che, qualora, nonostante il divieto, venissero acquisite al compendio probatorio dichiarazioni accusatorie *contra dominos* da parte del servo torturato, tali affermazioni cadevano in uno stato di inutilizzabilità processuale.

I *verba rescripti* che Ulpiano riporta in D. 48.18.1.16 sono eloquenti: “*Cum quaestio de servis contra dominos neque haberi debeat neque, si facta sit, dicturi sententiam consilium instruat: multo minus indicia servorum contra dominos admittenda sunt*”.

L'espressione “*neque, si facta sit, dicturi sententiam consilium instruat*” espone una nozione di inutilizzabilità delle dichiarazioni assunte quale categoria che, oltre a invalidare l'atto compiuto, incide anche sul funzionamento del procedimento decisorio, impedendo che su esso possano dispiegare effetti le dichiarazioni acquisite in sede di *quaestio* non consentita.

Come visto, in C. 9.41.1.1 il concetto è reso in maniera simile: “*ea, quae servus contra dominum dixit, iudicaturi sententiam formare non debeant*”. È superfluo evidenziare le differenti sfumature tra il “*consilium dicturi sententiam instruere*” e il “*formare iudicaturi sententiam*”¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Sul significato di *consilium*, con analitiche citazione delle fonti, FERRETTI, *Complicità*, cit., p. 63 ss. nt. 230, p. 209 nt. 144.

L'efficacia del divieto viene significativamente resa dal verbo *debere*, che lo esprime ponendosi dalla visuale finale del giudice e del materiale probatorio che egli può porre a base della sentenza¹⁶¹. In pratica, il dispositivo, escludendo in via tendenziale (“*haberi non oportet*”) lo svolgimento della *quaestio in caput domini*, opera per l'eventualità che siano state comunque acquisite al compendio probatorio dichiarazioni del servo a carico del *dominus*, impedendone l'utilizzabilità.

Come visto, alla disposizione si collega tuttavia un'eccezione¹⁶²: il divieto di utilizzabilità potrà infatti essere disatteso (“*praescriptionis invidia evanescit*”) nel caso in cui le dichiarazioni accusatorie siano accompagnate da altre prove che ne attestino l'attendibilità (“*si aliis quoque probationibus fides veritatis investigetur*”). Appare lecito desumere che la regola, in presenza di ulteriori prove a riscontro delle dichiarazioni *contra dominos*, finisca per provocare il venir meno del divieto di utilizzo delle dichiarazioni stesse, le quali potranno concorrere legittimamente a formare la base per una sentenza di condanna. Ciò in applicazione del più generale principio posto da Adriano nella norma ricordata in D. 48.18.1.1.

Il divieto di *quaestio in caput domini* viene quindi strettamente correlato alla *fides quaestionum* e il problema dell'utilizzabilità processuale delle attestazioni eteroaccusatorie e della loro attitudine a costituire elemento di valutazione ai fini della formazione della sentenza porta ad una soluzione che le espunge dal materiale che il giudice può legittimamente conoscere, relegandole tra il materiale di cui deve invece diffidare¹⁶³.

Il problema viene affrontato soprattutto nel primo frammento del titolo D. 48.18, ove vengono impostate le questioni relative al-

¹⁶¹ Appare evidente come il divieto, con la conseguente regola che vietava al giudice di tenere conto delle sue risultanze (D. 48.18.1.16, su cui sopra nel testo), intaccava seriamente il principio del libero apprezzamento delle prove da parte del giudice: PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 386.

¹⁶² Si noti in C. 9.41.1 nel § 1, ancora una volta, la costruzione della frase, con il ricorso alla concessiva “*quamquam... tamen...*”.

¹⁶³ In effetti, se è vero che le risultanze dell'interrogatorio di coloro ai quali si può comandare la risposta non possono essere considerate attendibili, a maggior ragione non sono tali le dichiarazioni dei servi quando riguardano i padroni, cui sono astretti da un rapporto che, con ogni evidenza, ne inficia l'obiettività: vd. *supra*, § 1.

la *fides quaestionum*¹⁶⁴, nel quale si delinea il quadro necessario per fornire gli elementi utili a discernere tra le dichiarazioni acquisite quelle degne di fede e, di conseguenza, atte a costituire il fondamento della decisione finale. Il giudice dovrà valutare l'attendibilità delle deposizioni, ma dovrà espungere quelle che risulteranno contrarie al divieto di *quaestio contra dominos*, nei limiti in cui lo stesso fu ritenuto operante dall'imperatore¹⁶⁵.

Appare utile, infine, allargare lo sguardo al problema del valore processuale delle dichiarazioni ottenute tramite una *quaestio* contraria alle norme, anche con riferimento ai casi in cui la contrarietà dipenda dalla violazione di una regola diversa dal divieto di tortura *contra dominos* e per i quali si può comunque parlare di *quaestio illicita*. Come si vedrà, la soluzione cui si giunge è analoga a quella ora vista: l'espunzione dal compendio probatorio della dichiarazione così acquisita, in altre parole, l'inutilizzabilità.

In tema pare interessante, in particolare, un brano tratto dal terzo libro *Decretorum* di Paolo e solitamente oggetto di esegesi negli studi relativi al tema dell'ammissibilità dell'unica testimonianza¹⁶⁶:

¹⁶⁴ Lo stesso termine *fides*, al di fuori del paragrafo 1 del titolo D. 48.18 (nel quale ricorre nove volte), compare solo in D. 48.18.18.4,5.

¹⁶⁵ È l'insegnamento esplicitato in D. 48.18.1.25, su cui vd. *supra*, § 3, nonché in tutti quei passi che richiamano il giudice ad operare secondo coscienza ("religio"), per i quali si rinvia al precedente § 4 e nt. 80.

¹⁶⁶ Il passo è stato oggetto di ampia disamina da parte della dottrina giusromanistica che, nelle sue elaborazioni migliori, ha raggiunto la conclusione che la regola *unus testis nullus testis* non avrebbe avuto origine in epoca classica. Sul punto, tra le numerose e configgenti opinioni espresse in dottrina, vd spec. PUGLIESE, *L'onere della prova*, cit., p. 410; ZILLETTI, *Sul valore probatorio*, cit., p. 142 ss., il quale, offrendo argomentazioni ben costruite, sostiene che la soluzione riferita nel frammento non sia una decisione *in factum* bensì in diritto, facendone derivare la concezione del *testimonium unius* come prova valida soltanto qualora comprovata da altri mezzi di prova legittimamente esperiti. Il comportamento del convenuto sarebbe dunque spiegabile con l'esistenza di un'eccezione al generale divieto di tortura nelle cause pecuniarie, sancito dal rescritto di Antonino Pio in D. 48.18.9pr., ribadito in C. 9.41.1.2, e confermato dalla diocleziana C. 9.41.15. Di opinione contraria F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, Milano, 1938, p. 542 ss. che fa leva sulla naturale avversione dei retori alla testimonianza dell'*unus testis*. Cfr. U. VINCENTI, *Ante sententiam appellari potest*, Padova, 1986, p. 19, p. 35; ID., *Duo genera*, cit., p. 121 ss., p. 145 ss., che torna anche sul problema di coordinamento tra la norma applicata nel frammento che narra la vicenda giudiziaria di Suro e la costituzione in C.Th. 11.39.3 del 334 (= C. 4.20.9; cfr. *ib.*, p. 165 ss.) ove Costantino rammenta al preside *Iulianus* l'obbligo per i testimoni di prestare

D. 48.18.20 (Paul. 3 decr.): *Maritus quidam heres uxoris suae petebat a Suro pecuniam, quam apud eum deposuisse defunctam se absente dicebat, et in eam rem unum testem liberti sui filium produxerat apud procuratorem: desideraverat et quaestionem haberi de ancilla. Suro negabat se accepisse et testimonium non oportere unius hominis admitti nec solere a quaestionibus incipi, etsi aliena esset ancilla. Procurator quaestionem de ancilla habuerat. Cum ex appellatione cognovisset imperator, pronuntiavit quaestione illicite habita unius testimonio non esse credendum ideoque recte provocatum.*

Il caso è quello di un marito, erede della moglie, che cita in giudizio un certo Suro, presso il quale, a suo dire, la moglie aveva depositato una somma di denaro durante la sua assenza. A sostegno della propria pretesa l'attore aveva prodotto davanti al procuratore la sola testimonianza del figlio di un suo liberto chiedendo altresì che venisse sottoposta a tortura una schiava. Suro eccepisce vari argomenti: nel merito, sostiene di non aver ricevuto il danaro mentre, sotto il profilo procedurale, obietta la violazione di due divieti: l'inammissibilità della testimonianza di una sola persona e il divieto di iniziare le indagini con l'interrogatorio *cum tormentis* (“*et testimonium non oportere unius hominis admitti nec solere a quaestionibus incipi*”).

prima della deposizione un giuramento, evidentemente considerato strumento di pressione al fine di ottenere una dichiarazione veritiera e quindi attendibile. L'A. sottolinea, altresì il richiamo a precedenti disposizioni che avevano sancito tre regole valide in ogni processo (§ 1): il teste deve prestare giuramento prima di deporre, gli *honestiores* sono da considerarsi i testimoni più attendibili, i giudici non devono ammettere, qualunque sia la causa e senza una fondata ragione, la testimonianza di un uomo solo. Sul frammento e sul principio *unus testis nullus testis* vd., oltre agli studi sopra ricordati, anche SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 249 ss.; A. METRO, *Unus testis nullus testis*, in *Labeo* 44, 1998, p. 61 ss. (ivi la principale bibliografia in argomento), che sulla base dell'intricata e poco chiara vicenda di Suro, ricordata in D. 48.18.20, esclude la classicità del principio “*unus testis nullus testis*”, ritenendo che al massimo dal brano si può arguire che alla fine del II secolo d.C. già si discuteva in merito ma nulla di più. In senso adesivo cfr. da ultima MASI DORIA, “*Exemplum pessimum*”, cit., p. 87 ss., che sottolinea che “se è vero che il principio non è considerato come vigente né dal *procurator* [...] né dal principe [...] sembra comunque che la questione civile sia influenzata dal ‘principio’, ormai sciolto dai significati che doveva aver avuto nel processo criminale”.

Nonostante la resistenza di Suro, il *procurator* procede alla tortura dell'ancella. La controversia viene portata in appello davanti all'imperatore¹⁶⁷, il quale dichiara che la tortura era stata illegalmente esperita (“*quaestione illicite habita*”) e che non si deve credere alla testimonianza di un solo testimone. Pertanto, era stato giustamente presentato appello.

Ai nostri fini, occorre appuntare l'attenzione sul fatto che l'accoglimento dell'appello e la conseguente dichiarazione dell'illiceità della *quaestio* da parte dell'imperatore passano attraverso le ragioni addotte nell'eccezione del convenuto. Le ragioni tecniche che hanno fatto ritenere la *quaestio* illegalmente esperita paiono pertanto individuabili nell'inosservanza della regola augustea che vieta la tortura come primo atto d'indagine (“*non esse a tormentis incipiendum*”)¹⁶⁸ unitamente al mancato rispetto del divieto di “*testimonium non oportere unius hominis admitti*”. In particolare, si deve notare che la regola augustea viene richiamata non in termini rigorosi bensì come frutto di una diffusa e praticata consuetudine apparentemente non cogente: “*nec solere a quaestionibus incipi*”¹⁶⁹; al contempo, il giurista richiama l'inopportunità di credere alle dichiarazioni di

¹⁶⁷ La possibilità di appello incidentale (*ante sententiam*) contro le decisioni in tema di tortura si ricava da D. 49.5.2 (Scaev. 4 *reg.*): *Ante sententiam appellari potest, si quaestionem in civili negotio habendam iudex interlocutus sit, vel in criminali, si contra leges hoc faciat*. Sul passo di Scevola cfr. spec. VINCENTI, *Ante sententiam*, cit., p. 11 ss. Sulla scia di W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, II, in *RIDA*, 13, 1966, p. 253 nt. 79, il Vincenti (*op. ult.*, cit., p. 21), ritiene che il caso di Suro non fosse un'*appellatio* contro il provvedimento dispositivo della *quaestio de ancilla*. L'A. nota come l'ablativo assoluto (“*quaestione illicite habita*”) sembri escludere che oggetto specifico della decisione imperiale fosse il provvedimento di ammissione della tortura. In effetti il tenore del passo mostra come la *cognitio* imperiale abbia coinvolto l'intero merito della causa e l'esame di tutte le risultanze probatorie, circostanza che milita a favore di una devoluzione dell'intera materia. Non ritengo di concordare, invece, laddove afferma che “sembra lecito pensare che il procurator abbia prima assunto la testimonianza del liberto; successivamente ordinato la *quaestio*”: infatti se primo atto istruttorio fosse stata l'assunzione della testimonianza, non avrebbe più trovato fondamento il motivo di appello (“*recte provocatum*”) relativo alla violazione della regola “*non esse a tormentis incipiendum*”. Sull'*appellatio ante sententiam* vd. in generale F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, p. 306 ss. (ivi bibliografia).

¹⁶⁸ D. 48.18.1pr.

¹⁶⁹ Sul punto vd. più diffusamente *supra*.

quell'unico teste, figlio di un liberto dell'attore facendo ricorso al predicato "*oportere*" in forma negativa¹⁷⁰.

Al riguardo, va rilevato che, in base alla stretta lettera del testo, l'affermazione dell'inattendibilità dell'unico teste appare determinata non tanto da una valutazione sull'inopportunità di basarsi su un'unica dichiarazione quanto dal fatto che quell'audizione contrastava, in sostanza, con il divieto di torturare il liberto contro il patrono¹⁷¹. La conclusione, se accolta, induce a togliere al passo valenza comprovante la sussistenza della regola che richiedeva la necessità di più testimonianze per consentirne l'utilizzazione probatoria.

Incidentalmente, non pare nemmeno improbabile ritenere che, nel caso di specie, la decisione imperiale di togliere valore ai contenuti acquisiti in sede di *tormenta* si richiamasse anche al divieto di interrogare il servo qualora fosse il padrone ad offrirlo per i tormenti¹⁷²:

D. 48.18.18.7 (Paul. 5 *sent.*): *Servus, nec si a domino ad tormenta offeratur, interrogandus est.*

Su queste basi, viene meno l'intero apparato probatorio a sostegno della decisione di primo grado e il giudice non potrà tenere conto delle dichiarazioni comunque rese dall'ancella¹⁷³.

¹⁷⁰ Correttamente PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 384, nota che la decisione imperiale non è di inammissibilità dell'*unus testis*, ma di non credibilità di quel teste nel caso specifico: "Il s'agissait, bien entendu, d'une solution concrète, et non pas d'une règle qui pût limiter directement l'appréciation des témoignages de la part d'autre juges; et, d'ailleurs, ce que la cour impériale nia n'était pas l'admissibilité, mais seulement la crédibilité dans le cas considéré de l'*unius testimonium*". Si nota che nel testo italiano dello scritto contenuto in *Jus*, 11, 1960, la riflessione non compare (*La prova*, cit., p. 411).

¹⁷¹ Divieto che era stato normativamente stabilito ("*constitutum est*"): D. 48.18.1.9.

¹⁷² Sul brano vd. meglio nel paragrafo seguente.

¹⁷³ Appare quindi pretestuosa l'eccezione di Suro che, in presenza di un secondo teste acquisito *per tormenta* (l'*ancilla aliena*), ritiene inopportuna l'ammissione di un solo testimone ("*testimonium non oportere unius hominis admitti*"). In realtà, quindi, le testimonianze sono due ma l'imperatore escludendo la regolarità della *quaestio* dell'ancella, ritiene inattendibile l'unica testimonianza rimasta. Si noti che la chiusa parla di *testimonium*, e non di *testis*, esprimendo non il prin-

Il passo in D. 48.18.20, dunque, mostra come dall'inosservanza delle statuizioni imperiali in tema di *quaestiones* e segnatamente di quelle relative ai limiti posti al ricorso alla tortura, scaturisse una sorta di inutilizzabilità delle acquisizioni processuali.

La decisione imperiale esprime nella sostanza il criterio per cui le dichiarazioni rese sotto una tortura illegalmente esperita non sono utilizzabili, ma devono essere considerate *tamquam non essent*: tant'è vero che nella fattispecie, in sede di appello, l'imperatore decide il caso alla luce di una regola processuale, senza scendere nel merito.

7. *La quaestio pro domino: i domestici testimonii*

Il problema della *fides quaestionum*, intesa come attitudine della tortura a fondare l'affidamento del giudice sulle dichiarazioni estorte, sorge in maniera peculiare in tutti i casi in cui vengono portate a deporre persone che sono legate da un vincolo particolare, potestativo oppure affettivo, a colui che li produce in testimonianza oppure all'indagato.

Costoro vengono significativamente qualificati nelle fonti come '*domestici testimonii*'. Tali sono considerati sia coloro che l'accusatore chiama a testimoniare *de domo sua* sia quegli schiavi che lo stesso *dominus*, accusato, offre ai *tormenta* perché testimonino a suo favore o comunque confermino quanto da lui asserito, in tal modo vanificando la finalità dell'interrogatorio.

La consuetudine di *familiam in quaestionem polliceri* era largamente diffusa tra i padroni, come attestano svariate fonti. Si ricor-

cipio che non si deve credere all'unico teste, ma all'unica prova acquisita (tale il significato di *testimonium*). Da ciò, si può argomentare che, qualora la *quaestio* dell'ancella fosse stata valida l'altra testimonianza sarebbe stata probabilmente utile. La decisione del *princeps*, pertanto, che giunge ad annullare una testimonianza favorevole all'attore, è resa sul filo della rigorosa applicazione delle regole processuali. Altro passo dove pare adombrata la regola dell'insufficienza dell'*unus testis* è D. 48.18.15.1 (Call. 5 *de cogn.*), già sopra riportato (cap. II, § 4): anche in questo caso, però, il passo non è esauriente: la testimonianza dell'unico testimone viene ritenuta non credibile a causa della minore età dello stesso e, peraltro, viene esclusa la possibilità di supplire con la tortura. Sul frammento di Callistrato vd. anche *infra*, § 8.

da, esemplarmente, la scandalizzata protesta di Cicerone di fronte al rifiuto di torturare i servi di Sesto Roscio Amerino, accusato di parricidio:

Cic., *pro Rosc. Amer.* 28.77: *Reliquum est ut per servos id admiserit. O, di immortales, rem miseram et calamitosam! Quid? In tali crimine quod innocenti salutem solet esse ut servos in quaestionem polliceatur, id Sex. Roscio facere non licet?*

Anche nell'orazione in difesa di Tito Annio Milone, accusato dell'omicidio del rivale Clodio, pare molto diffusa l'usanza di accettare gli schiavi dell'accusatore a sostegno della sua *postulatio*, pur venendone messa in risalto l'inaffidabilità nelle indagini per la scoperta del *verum*¹⁷⁴.

Nei suoi *Annales* Tacito, riferendo del processo a Gneo Calpurnio Pisone per l'avvelenamento di Germanico, riporta che l'accusato chiedeva insistentemente di offrire alla tortura i propri servi ed i servitori del banchetto perché testimoniassero che non avevano preparato il veleno per l'assassinio, e questo senza che in merito venisse sollevata alcuna difficoltà di ordine processuale (“*offerebat familiam reus et ministros in tormenta flagitabat*”)¹⁷⁵.

Non meno significativa è la testimonianza di Seneca, laddove, riflettendo come per legge di natura anche gli schiavi sono essere umani, allude ad esempi di servi che avevano sacrificato la vita per non tradire il *dominus* ed avevano taciuto anche sotto tortura per non rispondere a domande che avrebbero potuto compromettere i loro padroni: “...*At illi... parati erant pro domino porrigere cervicem, periculum imminens in caput suum avertere. In conviviis loquebantur, sed in tormentis tacebant*”¹⁷⁶.

A fronte della larga diffusione di simile consuetudine, una valutazione più strettamente processuale vede generalmente con sfavore l'offerta *ad quaestionem* da parte dello stesso *dominus*, posto che, in concreto, si traduce in una modalità difensiva rispetto alla quale il padrone è sospettato di aver costretto o indotto il sottoposto a

¹⁷⁴ Cfr. Cic., *pro Milo.* 22.59, già più volte citato.

¹⁷⁵ *Ann.* 5.14.2.

¹⁷⁶ Sen., *Ep.* 47.

dichiarare il falso¹⁷⁷. Essa si appalesa, pertanto, come l'aspetto contrapposto ma complementare del divieto di *quaestio contra dominos* in cui si concretizza la *vocatio ad interrogandum* da parte dell'accusatore¹⁷⁸.

Contro la testimonianza domestica si levano numerose voci che manifestano forti dubbi in merito alla *fides* che in esse si può riporre. Considerazioni di concreta pratica giudiziaria si pongono del resto alla base dell'opportunità di non utilizzare le dichiarazioni rilasciate da soggetti così facilmente istruibili ed accondiscendenti come quelli legati da rapporti potestativi oppure affettivi.

Incisivi sono i maestri di retorica:

Rhet. ad Herenn. 4.1.2: ...*Non igitur ridiculus sit, si quis in lite aut in iudicio domesticis testimoniis pugnet?..*

Sotto il profilo di tecnica retorica giudiziale, già l'ignoto Autore dell'Erenniana mostra l'evidente inadeguatezza probatoria nel dibattito processuale della testimonianza di coloro che sono legati da vincoli potestativi o affettivi: l'inattendibilità dei *domestici testimonii* è talmente palese da inficiare ogni tentativo, rendendolo addirit-

¹⁷⁷ La tortura *pro domino* ebbe svolgimento inverso rispetto alla *quaestio in caput domini*: cfr. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 25, che sostiene che essa finì prima di fatto, posto che nelle fonti letterarie non se ne trovano applicazioni dopo il 20 d.C. (anno del processo contro Pisone di cui narra Tacito in *Ann.* 3.14.2), e poi di diritto in età imperiale. In particolare, sono stati sollevati fondati dubbi in merito all'esistenza di una vera e propria regola che consentisse l'offerta del proprio servo come testimone, ritenendosi piuttosto che sarebbe sempre esistito il divieto di tortura *pro domino*: EHRHARDT, s.v. "Tormenta", cit., col. 1791. Cfr. anche DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 116 ss.; SCHUMACHER, *Servus index*, cit., p. 72 ss., p. 86. I *domestici testimonii* erano esclusi anche *testamenti ordinandi gratia*: vd. Gai 2.105; I. 2.10.9; *Tit. ex corp. Ulp.* 20.3. Il criterio viene usato anche in senso figurato, a riprova di quanto fosse radicato, in Cic., *de orat.* 2.1.2 ("refutare domesticis testibus"); *Orator* 132 ("uterer exemplis domesticis, nisi ea legisses"). Si rileva altresì che la locuzione viene presa a proverbio da Frontone, *Ep.* 3.16: "...In ea re non oratorum domesticis, quod dicitur, testimoniis utar, sed philosophorum eminentissimis, poetarum vetustissimis excellentissimisque, vitae denique cotidianae usu atque cultu artiumque omnium experimentis...".

¹⁷⁸ Interessante al riguardo è la lettura di L. DESANTI, *De domo sua extrahi debet*, in *Ann. Fe.*, N.S., 18, 2004, p. 107 ss., ove sia pur con specifico riferimento al tema del diritto di asilo, si descrive l'origine e lo sviluppo di quella peculiare immunità che sin da antico si riteneva offerta dalla *domus*.

tura ridicolo. Una ragione concreta di simile valutazione si può ricavare dal prosieguito del passo citato, ove si spiega che, come la testimonianza, anche l'esempio assunto per confermare il discorso deve essere tratto soltanto da quanto è attendibilissimo, poiché ciò che si addice a fine probatori non deve richiedere a sua volta una prova¹⁷⁹:

Rhet. ad Herenn. 4.1.2: ... Ut enim testimonium, sic exemplum rei confirmandae causa sumitur. Non ergo oportet hoc nisi a probatissimo sumi, ne, quod aliud confirmare debeat, egeat id ipsum confirmationis...

Appare decisamente inconferente sotto il profilo probatorio l'impiego di testimonianze che, per acquisire credibilità, necessitano a loro volta di un ulteriore supporto, in un concatenamento probatorio che si tradurrebbe in un inutile dispendio ed allungamento dei tempi processuali. A ciò si aggiunga il dato che, tecnicamente, la testimonianza è mezzo funzionale alla *confirmatio*¹⁸⁰: essa è finalizzata a confermare il fatto così come viene presentato dal patrocinatore: "*testimonio esse illud ita, ut nos dicimus, confirmatur*"¹⁸¹.

La prassi finirà per incontrare crescente sfavore anche nella legislazione imperiale che già nel II secolo d.C. si pronuncia nettamente in senso contrario. Indicativo è un rescritto dei *divi fratres*, riportato da Ulpiano, con cui gli imperatori respingono i tentativi volti ad offrire alla *quaestio* persone in qualche modo legate alle parti coinvolte¹⁸²:

D. 48.18.1.3 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *Ad quaestionem non esse provocandos eos, quos accusator de domo sua produxit, nec facile credendum subiectam eam, quam ambo parentes dicuntur caram filiam habuisse rescripto divorum fratrum ad Lucium Tiberianum emisso declaratur.*

Il rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero si articola in due nuclei regolativi, esposti da Ulpiano utilizzando la formulazione in ne-

¹⁷⁹ Si ricordi al riguardo l'insegnamento di Cic., *Top.* 8 (vd. *supra*, nt. 39).

¹⁸⁰ Sul punto vd. per tutti MORTARA GARAVELLI, *Manuale*, cit., p. 75 ss.

¹⁸¹ *Rhet. ad Herenn.* 4.3.5.

¹⁸² Sul passo vd. SCHUMACHER, *Servus index*, cit., p. 72 ss. Cfr. *supra*, cap. II, § 5.

gativo di due forme predicative coniugate al gerundio, “*non esse provocandos... nec facile credendum*”. In tal modo, il giurista ottiene l’effetto di scindere due fattispecie distinte nel contenuto ma acumunate dalla sottoposizione al medesimo divieto.

Il primo caso attiene alla *provocatio ad quaestionem* di persone (verosimilmente servi) che l’accusatore “*de domo sua produxerit*” ed appare impostato, anche lessicalmente, secondo il profilo della convocazione per la *quaestio*. La *provocatio ad quaestionem* viene infatti negata nei confronti di coloro che vengono condotti (“*producere*”) dall’accusatore “*de domo sua*”, alludendo quasi ad una ‘estrazione’ dal rifugio delle mura domestiche¹⁸³. La fattispecie considera, dunque, il punto di vista dell’accusatore, che intende con tutta evidenza produrre testimoni a sostegno del proprio impianto incriminatorio.

La seconda proposizione, invece, va letta sotto l’aspetto della credibilità di colei che è affettivamente legata agli indagati (tali, infatti, sembrano essere i genitori che la considerano “*caram filiam*”): in tal senso depone l’espressione “*nec facile credendum*”, che introduce il veto a prestare fede alle dichiarazioni di colei che è amorevolmente tenuta come figlia da entrambi i genitori (“*quam ambo parentes dicuntur caram filiam*”)¹⁸⁴. Questo punto attiene, pertanto, alla produzione di testimoni a favore, e quindi prodotti dalla difesa.

¹⁸³ Chiarissima la spiegazione del divieto di ACCURSIO, gl. *produxerit*, ad D. 48.18.1.3, *de quaestionibus*, l. *Ad quaestionem*: “*facile enim pro eo dicerent*”. Non pare al riguardo inverosimile pensare ad un ideale collegamento tra il veto per l’accusatore di produrre testimoni *de domo*, di cui in D. 48.18.1.3, e l’illiceità della *in ius vocatio de domo* cui si riferisce Gaio in D. 2.4.18 (Gai 1 *ad l. duod.tab.*): *Plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in ius vocaret vim inferre videri*. La riprovazione di simile *in ius vocatio*, si nota, è verosimilmente connessa non tanto alla salvaguardia dei confini dell’abitazione quanto alla tutela del diritto inviolabile di ogni individuo a trovare rifugio nella propria casa: questa la condivisibile lettura del passo gaiano offerta da DESANTI, *De domo sua*, cit., p. 114. Naturalmente, l’espressione ‘*de domo*’, che in riferimento alla *in ius vocatio* è soprattutto indicativa di una ‘collocazione logistico-geografica’ strettamente collegabile al *vocatus*, acquista in questa sede una maggior ampiezza, divenendo riferibile anche ad una sfera immateriale-affettiva come quella esemplificata nella seconda parte del rescritto dei *divi fratres*.

¹⁸⁴ L’espressione fa pensare ad una situazione adottiva che, pertanto, verrebbe accostata dagli imperatori alla più generale regola che sconsiglia di far testimoniare

Ulpiano, dunque, pone l'accento, nel primo caso, sul vincolo potestativo che può costringere il servo a prestare una testimonianza di parte e, nel secondo, sull'affetto che lega ai genitori una figlia che può determinarsi in via autonoma ad una testimonianza favorevole anche indipendentemente da pressioni esterne¹⁸⁵.

L'accostamento è plausibilmente dettato dal richiamo ad entrambe le parti coinvolte nelle indagini a chiamare in supporto alle proprie tesi persone oggettivamente credibili, ritenendo tali in via di principio quelle che appaiono svincolate da rapporti personali con l'accusa e la difesa, in un quadro di economia processuale che contribuisca anche al risparmio di tempi e mezzi.

Si tratta comunque di una sfumatura che non incide in modo significativo sulla sostanza della regola che mira ad evitare l'assunzione di testimonianze la cui obiettività è minata già *ab origine*.

La possibilità di interrogare il servo contro il padrone viene a maggior ragione negata quando sia lo stesso *dominus* a proporre di sottoporlo alla *quaestio*:

D. 48.18.18.7¹⁸⁶ (Paul. 5 *sent.*): *Servus, nec si a domino ad tormenta offeratur, interrogandus est.*

Il gesto del *dominus* che offre il servo *ad tormenta* appare, comprensibilmente, talmente sospetto da inficiare la *fides* delle risposte eventualmente rese. La spontaneità dell'offerta *ad tormenta* del proprio schiavo, quindi, integra con tutta evidenza un caso di testimonianza 'domestica', la cui deposizione, come si è visto, non è considerata con favore.

Sotto quest'aspetto, accusa e difesa, interrogatorio *cum* o *sine tormentis* appaiono collocati sul medesimo piano. Infatti, non solo viene rifiutata l'audizione dei testimoni condotti *de domo* dall'accusatore, e quindi a sostegno dell'accusa, ma anche di quelli che lo stesso padrone vorrebbe produrre a propria difesa.

i figli contro i genitori, come si legge in D. 22.5.9 (Paul. 1 *ad Sab.*): *Testis idoneus pater filio aut filius patri non est*. Vd. *supra*, cap. III, nt. 15.

¹⁸⁵ E, verosimilmente, anche a prescindere dall'esecuzione di una *quaestio* che, di certo, striderebbe con il sottolineato vincolo affettivo.

¹⁸⁶ = *Paul. Sent.* 5.16.8a.

Allargando lo sguardo al campo della testimonianza, si rilevano soluzioni che prendono piede dallo stesso fondamento. Speculare alla regola esposta in D. 48.18.18.7 è un passo collocato nel titolo *de testibus*, ove viene sottolineato lo sfavore verso le attestazioni accusatorie provenienti da testimoni che l'accusatore porta da casa:

D. 22.5.24 (Paul. 5 sent.): *Testes eos, quos accusator de domo produxerit, interrogari non placuit.*

Rispetto ai frammenti appena letti, D. 48.18.18.7 e D. 48.18.1.3, che si riferiscono espressamente alla *quaestio* (e, coerentemente, collocati nel *de quaestionibus* dei *Digesta*), lo sfavore che emerge da questo brano verso i casi di testimonianza domestica pare rivestire una valenza più generale all'interno dell'opera giustiniana, ove è collocato all'interno del titolo *de testibus*. La regola, dunque, è tale da abbracciare anche l'interrogatorio di uomini liberi qualora prodotti *de domo* dall'accusatore.

Pare interessante il raffronto del testo accolto nei *Digesta* con la versione, più ampia, del brano che si legge nelle *Pauli Sententiae*¹⁸⁷:

Paul. Sent. 5.15.1: Suspectos gratiae testes, et eos vel maxime, quos accusator de domo produxerit vel vitae humilitas infamarit, interrogari non placuit: in teste enim et vitae qualitas spectari debet et dignitas.

Il discorso appare articolato secondo una duplice corrispondenza tra la categoria di teste sospetto e la causa della presunta inattendibilità, determinata dalla mancanza di requisiti ritenuti necessari. Secondo l'Autore dell'opera, vengono in particolare considerati sospetti due ordini di testimoni, il teste che l'“*accusator de domo produxerit*” e colui che “*vitae humilitas infamarit*”¹⁸⁸. In coloro che si chiama a deporre sono richieste, infatti, “*vitae qualitas e dignitas*”.

¹⁸⁷ Cfr. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Pauli sententiae*, cit., p. 126.

¹⁸⁸ Tale è, ad esempio, l'*harenarius*, in riferimento al quale si ricorda l'affermazione di Arcadio Carisio per cui a chi si esibisce nell'arena non si deve credere *sine tormentis* (D. 22.5.21.2). Per più diffuse considerazioni su questo testo vd. *supra*, cap. III, § 1 e nt. 22.

Il dato di immediata evidenza è che alla categoria dei *suspectos testes* sono accostati il teste ‘domestico’ e quello appartenente ad un rango sociale così basso da esserne infamato. Appare dunque assai grave il tentativo di far interrogare persone la cui *fides* è fortemente compromessa in via pregiudiziale, tanto che la *qualitas* testimoniale di costoro viene significativamente affiancata a quella dei soggetti ai quali in linea di principio non si riconosce attendibilità se non escussi sotto tortura.

Probabilmente, l'accostamento trova un comune denominatore nel fatto che la provenienza domestica e l'infima condizione sono elementi che, al di là di più generiche considerazioni di carattere sociale, rappresentano un ostacolo a quel livello minimo di autodeterminazione nelle risposte che ontologicamente è richiesto nell'assunzione delle prove dichiarative. Appare infatti evidente che colui che l'accusatore si porta da casa è persona *cui imperari potest* a causa di un facilmente presumibile rapporto potestativo od affettivo, come altrettanto chiaro è il fatto che anche la persona di umili condizioni è un teste facilmente ‘orientabile’, corruttibile dall'eventuale prospettiva di un vantaggio economico. In ambedue i casi, dunque, si tratta di testi ‘preordinabili’.

Si ricollega all'orientamento sfavorevole alla produzione di testi ‘di casa’ un passo attinente, come si è già avuto occasione di introdurre¹⁸⁹, alla compravendita di un servo, poi fuggito:

D. 22.3.7 (Paul. 2 sent.): *Cum probatio prioris fugae deficit, servi quaestioni credendum est: in se enim interrogari, non pro domino aut in dominum videtur.*

Quanto ora interessa sottolineare è la considerazione conclusiva. Essa manifesta una generale contrarietà all'interrogatorio *pro domino*, sia pur in riferimento esplicativo di una soluzione offerta ad una particolare fattispecie: quando il servo è interrogato in merito alla propria responsabilità (“*in se*”) allora “*servi quaestioni cre-*

¹⁸⁹ Vd. *supra*, cap. III, § 4.

*dendum est*¹⁹⁰, ma non così qualora gli vengano poste domande atinenti alla posizione del *dominus* (“*pro domino aut in dominum*”).

La credibilità del sottoposto viene dunque subordinata all’oggetto delle domande rivolte che, nel caso vengano a confliggere con la persona del padrone, appaiono viziate da una pregiudiziale inidoneità all’escussione.

La regola che nega l’ammissibilità delle testimonianze che l’accusatore produce *de domo sua* è oggetto anche di un interessante passo di Arcadio Carisio, originariamente appartenente alla trattazione *de testibus* ma poi inserito dai giustinianeî nel titolo *de quaestionibus*:

D. 48.18.10.4 (Arc. *l.s. de test.*): *Nec debet initium probationum de domo rei accusator sumere, dum aut libertos eius quem accusat aut servos in testimonium vocat.*

Il brano esprime una significativa direttiva metodologica tesa a salvaguardare la genuinità dell’istruttoria¹⁹¹, preservandola da possibili sviamenti causati da un *incipit* eccessivamente sospettato di parzialità.

L’estensione della regola che sconsiglia di produrre testimoni domestici verrebbe ad abbracciare, secondo Arcadio, le prove riguardanti la casa del reo, sia pur con una limitazione procedurale di ordine temporale: il veto è infatti espressamente dichiarato operante soltanto nella fase iniziale dell’indagine probatoria (“*initium probationum*”), venendo dunque implicitamente a cadere nei momenti successivi. Il contributo di parte potrà, quindi, essere introdotto in una

¹⁹⁰ Pare interessante sottolineare al riguardo una variante tra il testo accolto nel Digesto e quello delle *Pauli Sententiae*: *Paul. Sent.* 2.17.12: *Cum probatio prioris fugae defecerit, servi responsioni credendum est: in se enim interrogari, non pro domino aut in dominum videtur.* All’interno di quest’ultima opera, anziché “*servi quaestioni credendum est*”, come è scritto nel riportato dai giustinianeî (D. 22.3.7), si legge, infatti, “*servi responsioni credendum est*”. Senza sovraccaricare di significato la segnalata differenza, rimane tuttavia il dato che laddove l’ignoto Autore della compilazione postclassica si riferiva più genericamente alla risposta dello schiavo (“*servi responsio*”) interrogato, i giustinianeî hanno specificato il riferimento ad un’asserzione in sede di *quaestio*. Cfr. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Pauli Sententiae*, cit., p. 39. Vd. anche *supra*, nt. 104.

¹⁹¹ Di sicuro rilievo metodologico risultano anche, dello stesso Arcadio Carisio, il frammento precedente e quello successivo a quello in commento, come già visto *supra*.

fase avanzata dell'istruttoria, dove fornirà un contributo di completamento o, per usare una terminologia più moderna, di contraddittorio, comunque utile per la ricostruzione del *thema probandum*.

La direttiva parrebbe limitata alla testimonianza, posto che il giurista sconsiglia, nella parte finale del passo, di effettuare la *vocatio in testimonium* dei liberti o dei servi dell'accusato. Simile chiamata verrebbe anzitutto a rappresentare una violazione del divieto di *quaestio contra dominos e patronos* ma si presta anche ad essere valutata sotto l'aspetto della testimonianza domestica. Infatti, come non sono attendibili i testimoni a favore che il *dominus* produce traendoli dalla sua *familia* servile ("*de domo sua*"), allo stesso modo non si può riporre *fides* in quegli schiavi, o liberti, dell'indagato che l'accusatore vuole chiamare a deporre per estorcere loro, verosimilmente, dichiarazioni accusatorie nei confronti del *dominus* imputato.

Posto che la direttiva, in ultima analisi, vieta di fatto l'interrogatorio di servi o liberti dell'accusato come primo atto istruttorio, questo in concreto si traduce in un'ulteriore precisazione metodologica della norma augustea per cui, di regola, non si devono iniziare le indagini dalla *quaestio*.

La contrarietà all'audizione di testi istruibili è sancita in un intervento di Gordiano:

C. 9.41.6 Imp. Gordianus A. Herodiano. *Pridem placuit domestica servorum seu libertorum propriorum vel maternorum interrogazione in causis ad dominos vel patronos pertinentibus abstinendum esse, ut neque pro his neque adversus eos in capitalibus vel pecuniariis quaestionibus veritatis vim obtinere possit, quod in confessionem ab eis fuerit deductum*. PP. VII id. Mai. Sabino et Venusto cons. [a. 240]

Questa norma di procedura giudiziaria è di sicuro rilievo: l'imperatore proibisce nettamente la *domestica interrogatio* nei confronti di *dominos vel patronos*, esplicitando come il concetto comprenda non soltanto l'interrogatorio dei servi e dei liberti del padrone, o del patrono, bensì di entrambi i rami della famiglia ("*servorum seu libertorum propriorum vel maternorum*")¹⁹². L'opposizione è a largo

¹⁹² Si nota che anche questa costituzione, come del resto svariati altri passi, non fa esplicito riferimento alla tortura, essendo presente nel testo solo il termine più

raggio, estendendosi alle indagini attinenti sia ai processi penali che a quelli civili (“*in capitalibus vel pecuniariis quaestionibus*”).

Il precetto ha valenza bidirezionale: Gordiano precisa infatti che esso deve essere applicato “*neque pro his neque adversus eos*”. La puntualizzazione permette di comprendere che oggetto del dettato legislativo è non solo l’offerta *ad quaestionem*, di finalità difensiva, ma anche la chiamata *ad interrogationem* da parte dell’accusatore.

Altrettanto chiara è la motivazione: non può avere forza di verità la deposizione del servo o del liberto nell’ambito di procedimenti che riguardano il padrone oppure il patrono (“*ut neque... veritatis vim obtinere possit*”). Appare significativo e non meramente retorico il riferimento alla *vis veritatis*: il termine *vis* in questo contesto allude infatti alla forza probatoria delle attestazioni che non paiono utili all’accertamento della verità qualora rese da soggetti che non sono neutrali rispetto alle parti coinvolte nel processo.

In altri termini, se la ricerca della verità è fine nobile, il risultato dell’attività investigativa non si traduce in maniera automatica in prova. Perché ciò possa avvenire è necessario che ricorrano due presupposti: la finalizzazione dell’*interrogatio* alla sede processuale e la celebrazione di un determinato tipo di processo, individuato secondo criteri oggettivi (processi criminali capitali) e soggettivi (non relativi a *domini* e *patroni*).

Da un punto di vista sostanziale la costituzione di Gordiano fissa, dunque, lo stato dell’ordinamento in tema di utilizzo delle dichiarazioni confessorie di servi e liberti nei processi che riguardano gli aventi potestà (o le persone assimilabili). In particolare, il riferimento esplicito alla *domestica interrogatio*, coordinato a quanto esposto sopra, consente di riversare la norma nella tematica del divieto di

ampio *interrogatio*. Neppure la chiusa del passo, ove si parla di dichiarazioni dedotte *in confessionem*, fornisce elementi chiarificatori per ritenere che si trattasse di confessioni estorte con violenza. Il tenore letterale del testo non autorizza comunque a ritenere che il dettato normativo faccia esclusivo riferimento alla *quaestio cum tormentis*. La norma comunque trova sede nel titolo del codice *de quaestionibus* e pertanto il riferimento (almeno nel contesto giustiniano) corre agli interrogatori *domestici*, operati sui servi e sui liberti, di norma con inflizione di dolore corporale. Sul punto vd. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 25; MORABITO, *Les réalités de l’esclavage*, cit., p. 235; BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, cit., p. 88; PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 386; FASANO, *La torture judiciaire*, cit., p. 115 ss.

offrire i propri sottoposti all'interrogatorio, *cum vis* o *sine vi* non rileva, in modo tale da costruirsi una difesa.

La costituzione di Gordiano dell'anno 240, secondo la *communis opinio* segnerebbe la fine della tortura domestica¹⁹³. Tuttavia, non pare potersi attribuire una portata così drasticamente innovativa alla legge che, come ricorda lo stesso *incipit*, non rappresenta una novità ma pare piuttosto recepire, in realtà, un dato pregresso: il divieto di impiego *contra* o *pro dominos* delle dichiarazioni estorte con tortura ai servi e ai liberti, sia nell'ambito delle cause criminali, sia in quelle pecuniarie. In tal senso parrebbe infatti deporre l'avverbio "*pridem*" che apre il passo, preannunciando contenuti ricognitivi anziché innovativi.

La norma posta da Gordiano viene estesa espressamente al campo civile:

C. 4.20.3 Imp. Valerianus et Gallienus AA. Rosae. *Etiam iure civili domestici testimonii fides improbatur*. PP. III k. Sept. Valeriano III et Gallieno II AA. cons. [a. 255].

La disposizione, che ricollega il veto di produrre *domestici testimonii* alla *fides*, lascia chiaramente intendere, grazie alla presenza della particella '*etiam*', che l'estensione è parametrata su quanto avviene in campo penale¹⁹⁴.

Nonostante la legge di Gordiano, alcune costituzioni lasciano spazio per credere che, di fatto, la prassi continuava a resistere all'orientamento imperiale che sfiducia con decisione la deposizione dei testimoni domestici. Anche dopo la sua emanazione, si configura infatti necessario ribadire l'operatività del divieto.

¹⁹³ Così per tutti EHRHARDT, s.v. "*Tormenta*", cit., col. 1786.

¹⁹⁴ La costituzione, come le altre leggi preteodosiane in C. 4.20.2-5, proviene dal codice Gregoriano: ZILLETTI, *Studi sulle prove*, cit., p. 188. D. GOTHOFREDUS, commentando la legge, precisa che "la condizione di domesticità si considera nel tempo della testimonianza, tranne se quegli contro cui si agisce, abbia comprato per una data opera il testimone, e così fattolo suo servo, onde non si ascoltasse la testimonianza di lui, o l'abbia venduto ad un altro, per servirsene, ad occasione del terzo, contro un terzo": *Corpus Iuris Civilis. Codice*, a cura di G. Vignali, vol. I, Napoli 1860, ad C. 4.20.3, p. 798 nt. 3.

Pochi decenni dopo, nel 286 d.C., Diocleziano e Massimiano confermano l'applicazione della regola generale¹⁹⁵:

C. 9.41.7 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Urbanae.
Servos, qui proprii indubitate iuris tui probabuntur, ad interrogacionem nec offerente te produci sineremus: tantum abest, ut et invita te contra dominam vocem rumpere cogantur.
 PP. k. Nov. Maximo II et Aquilino cons. [a. 286]

Il caso su cui si esprimono gli imperatori riguarda una donna, tale Urbana, che, come è dato ricavare dal testo, aveva offerto i suoi schiavi *ad interrogacionem*, presumibilmente in un'indagine sul proprio conto. La risposta imperiale è netta: non è possibile procedere all'interrogatorio dei servi, nemmeno su offerta della *domina*. Il rifiuto viene motivato con il timore che costoro, anziché rendere testimonianza favorevole alla padrona (intenzione che, è facile presumere, doveva essere alla base della disponibilità della donna) possano di fatto rilasciare dichiarazioni a lei avverse ("*tantum abest, ut et invita te contra dominam vocem rumpere cogantur*")¹⁹⁶.

In seguito, Diocleziano e Massimiano chiariranno che il principio va interpretato in senso più ampio, precisando che i servi non solo non possono essere interrogati sulla posizione dei padroni attuali ma nemmeno di quelli precedenti:

¹⁹⁵ La convergenza con il contenuto dei passi sopra esaminati in *Paul. Sent.* 2.17.12 e, segnatamente, *Paul. Sent.* 5.16.8a, ripreso poi in D. 48.18.18.7, potrebbe costituire ulteriore elemento a favore dell'ipotesi per cui le *Pauli Sententiae* sarebbero state composte in Occidente sotto Diocleziano, sulla base di scritti di Paolo, forse di Ulpiano e di altri autori, integrati da alcuni testi epitomati di costituzioni imperiali: vd. *supra*, cap. II, nt. 31.

¹⁹⁶ Sul punto vd. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 25; SCHUMACHER, *Servus index*, cit., p. 202 nt. 83. Con sfavore viene vista anche la partecipazione al processo *cum dominis*, che viene considerata inammissibile in ogni forma di giudizio, come ricorda Marciano in D. 48.10.7 (Marcian. 2 *inst.*): *Nullo modo servi cum dominis suis consistere possunt, cum ne quidem omnino iure civili neque iure praetorio neque extra ordinem computantur: praeterquam quod favorabiliter divi Marcus et Commodus rescripserunt, cum servus quereretur, quod tabulae testamenti, quibus ei data erat libertas, subprimerentur, admittendum ad suppressi testamenti accusationem*. Un'eccezione venne peraltro concessa da un rescritto di Marco Aurelio e Commodo relativamente all'*accusatio ad suppressi testamenti* di un servo che era stato manomesso nelle tavole di un testamento che si voleva occultare.

C. 9.41.14 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et cc. Constantio. *Servos non solum pro dominis, sub quorum dominio sunt constituti, sed nec pro his quorum antea fuerunt interrogari posse constat.* S. VIII id. April. CC. cons. [a. 294].

La resistenza della prassi alle direttive imperiali risulta indirettamente anche da due norme, emanate entrambe da Diocleziano nel 294 d.C. e riportate in C. 9.41.15 e C. 4.20.8, volte ad esplicitare un dato che, altrimenti, apparirebbe ovvio e cioè la piena ammissibilità dell'interrogatorio dello schiavo *de facto suo*:

C. 9.41.15 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Maximo. *Interrogari servos de facto suo non solum in criminali causa, sed etiam in pecuniaria (veluti quando per eum depositi vel commodati nomine vel in aliis causis legibus cognitis res aliis praestitae sunt) posse non ambigitur.* S. V id. April. CC. cons. [a. 294].

C. 4.20.8 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Deruloni. *Servos pro domino, quemadmodum adversus eum interrogari non posse, pro facto autem suo interrogare posse non ambigitur.* D. k. Nov. Reginassi CC. cons. [a. 294]

I due rescritti, in sostanza, sanciscono la possibilità di interrogare il servo in situazioni che non vengono a coinvolgere processualmente il *dominus*¹⁹⁷. La tendenza disapplicativa della prassi rispetto al principio risulterebbe dal dato che entrambe le leggi, nel porre il precetto per cui il servo può essere sentito solo sulla propria responsabilità, utilizzano l'espressione "*non ambigitur*", indicativa dell'intenzione di troncane ogni dubbio in merito¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Sul punto cfr. il testo in *Paul. Sent.* 5.16.1, ove si legge che "*servum de facto in se interrogari posse ratio aequitatis ostendit...*". Vd. VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 115 nt. 14; MANFREDINI, *La testimonianza del liberto*, cit., p. 228 e nt. 21. Rileva SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 236, che in questi casi la *quaestio* sarebbe stata esperibile anche senza il consenso del *dominus*, posto che si trattava di comportamenti attivi del servo che non coinvolgevano processualmente il padrone.

¹⁹⁸ Sulla possibilità di sentire il servo *de se*, ossia sui rapporti personali dello schiavo, si era espresso un altro rescritto diocleziano, già citato (cap. III, § 4), emanato nel 291 d.C. e riportato in C. 9.41.12.

Segnatamente, la disposizione inserita nel titolo *de quaestionibus* del codice (C. 9.41.15) incide sull'interrogatorio dello schiavo "de facto suo" ed appare incentrata sull'ambito applicativo del principio che viene dichiarato valevole per le cause sia criminali sia civili, esemplificate con fattispecie attinenti a problematiche derivanti da contratti di deposito e di comodato, oltre ad un generico rimando ad altri casi simili riconosciuti dalle leggi¹⁹⁹.

Analogamente, la norma in C. 4.20.8, collocata invece nel *de testibus*, rifiutando decisamente l'interrogatorio *adversus dominum* allo stesso modo in cui respinge quello *pro domino*, arriva a consentire la deposizione servile "pro facto suo"²⁰⁰.

Dalle fonti esaminate, con privilegiato riferimento alla fondamentale norma in C. 9.41.6, pare plausibile trarre un'osservazione.

La formulazione imperiale di Gordiano, in particolare, consente di attribuire al termine *veritas* una chiara connotazione processuale: la *vis veritatis* è il criterio di stima delle acquisizioni probatorie, utile a porre in luce quel grado di forza probatoria che, in sede valutativa e decisionale, il giudice può attribuire ad un determinato elemento addotto a sostegno delle tesi contrapposte.

Emerge al riguardo un concetto 'laico' di *veritas*, scevro da ontologiche aspirazioni all'acquisizione della verità ultima dei fatti, che lascia il posto alla forza degli argomenti nell'agone processuale e risulta declinabile a seconda dei mezzi adoperati, delle persone implicate, del contesto processuale e delle esigenze politiche coinvolte. È una *veritas* relativa, argomentabile in sede giuridica, che si svela come mezzo per la soluzione delle controversie piuttosto che come fine.

L'indagine è orientata verso la ricerca di elementi che abbiano una rendita processuale, una *vis* assimilabile alla *veritas* in modo direttamente proporzionale alla forza probatoria loro riconosciuta.

¹⁹⁹ Sulla distinzione tra l'interrogatorio "de se", riguardante i rapporti personali dello schiavo, e quello "de facto suo", relativo alla condotta del servo nel compimento di negozi giuridici o di *crimina* vd. *supra*, cap. III, nt. 100.

²⁰⁰ ZILLETI, *Studi sulle prove*, cit., p. 188, ritiene che la costituzione in C. 4.20.8 provenga dal codice Ermogeniano. Inoltre, lo studioso sottolinea come il tentativo già adottato per il Digesto (con il frammento in D. 22.5.7: cfr. *supra*, cap. III e nt. 17) di inquadrare la deposizione servile *de facto suo* nella prova testimoniale, ritorna anche nella sistematica del Codice proprio con questa costituzione (vd. anche *ib.*, p. 182 ss.).

In termini più concreti, l'*eruerere veritatem* che con l'investigazione si persegue è la ricerca non della verità 'vera' ma di qualcosa che in virtù di una corretta metodologia di acquisizione acquisisce il potere (*vis*) di convincere il giudice. Dalla *veritas* si passa alla *vis veritatis*, che verrà conferita alle dichiarazioni che supereranno il severo vaglio normativo e metodologico progressivamente composto dalla legislazione imperiale e dall'elaborazione giurisprudenziale.

8. *La tortura degli impuberi*

Sotto il profilo dei criteri considerati utili per la ricerca della verità, la tematica della *quaestio* degli impuberi si connota per la peculiarità delle soluzioni offerte, fortemente condizionate dall'età fragile e vulnerabile.

Cicerone, nella trattazione dei *Topica*, dipanando l'intricata sequenza dei *loci*, "*sedes e quibus argumenta promuntur*"²⁰¹, spiega che alcune argomentazioni, i cosiddetti *loci extrinseci*, sono basati su fonti esterne, "*ea maxime ex auctoritate ducuntur*"²⁰². Massimo esempio di questi *loci* è la testimonianza offerta da una fonte che non è parte in causa, segnatamente il testimone, ma che è qualificata per la sua autorevolezza:

Cic., *Top.* 73: *Haec ergo argumentatio, quae dicitur artis expers, in testimonio posita est. Testimonium autem nunc dicimus omne quod ab aliqua re externa sumitur ad faciendam fidem. Persona autem non qualiscumque est testimoni pondus habet; ad fidem enim faciendam auctoritas*

²⁰¹ *Top.* 7. Vd. *supra*, cap. III, nt. 39.

²⁰² *Top.* 24. La distinzione tra *loci extrinseci* e *loci intrinseci* viene spiegata da Cicerone in *Top.* 8: ... *Sed ex his locis in quibus argumenta inclusa sunt, alii in eo ipso de quo agitur haerent, alii assumuntur extrinsecus. In ipso tum ex toto, tum ex partibus eius, tum ex nota, tum ex eis rebus quae quodam modo affectae sunt ad id de quo quaeritur. Extrinsecus autem ea ducuntur quae absunt longeque disiuncta sunt.* In sostanza, i *loci intrinseci* si ricavano dalla natura della cosa, ossia da quegli elementi che in qualche modo ad essa afferiscono, mentre *extrinseci* sono i *loci* basati su fonti 'esterne', come ad esempio la testimonianza, autorevole, offerta da una fonte che non è parte in causa. Del concetto retorico di *loci* già si è detto (*spec. cap.* III, nt. 39).

quaeritur; sed auctoritatem aut natura aut tempus affert. Naturae auctoritas in virtute inest maxima; in tempore autem multa sunt quae afferant auctoritatem: ingenium, opes, aetas, fortuna, ars, usus, necessitas, concursio etiam non numquam rerum fortuitarum.

Non qualunque persona chiamata a rendere testimonianza ha il medesimo peso²⁰³: “*ad fidem enim faciendam auctoritas quaeritur*”. L’*auctoritas* è dono che si riceve per natura oppure si conquista con il tempo grazie all’intervento di vari fattori, tra i quali l’*aetas*. Anzi, tra le cause che sono di ostacolo alla scoperta del vero, tutte accomunate da una sorta di incompletezza o non padronanza della ragione, il retore colloca al primo posto proprio la *pueritia*:

Cic., Top. 75: Cuius generis etiam illa sunt ex quibus verum nonnunquam invenitur, pueritia, somnus, imprudentia, vinolentia, insania...

Percorrendo il ragionamento in direzione contraria, la fanciullezza è dunque un’età che priva la testimonianza di *auctoritas*, e dunque, nel pensiero ciceroniano, anche di credibilità.

Quest’idea trova riscontro anche nelle opere giuridiche ove, come si è già avuto modo di verificare, incontra molta fortuna²⁰⁴. In particolare, gli autori di trattazioni più strettamente attinenti alla materia giudiziaria appaiono scervri da considerazioni umanitarie-filantropiche e impostano il tema soprattutto secondo criteri di natura processuale, segnatamente nell’ottica della salvaguardia della genuinità della prova. La fragilità e la delicatezza proprie della giovane età vengono infatti in rilievo non tanto per rivendicarne la protezione quanto nella prospettiva della *fides* in funzione, verosimilmente, dell’utilità investigativa e utilizzabilità probatoria delle attestazioni²⁰⁵.

²⁰³ Il termine “*pondus*” rende con grande efficacia l’idea del ‘peso’, ossia del ‘valore’ probatorio attribuito ad una dichiarazione e che le conferisce credibilità, la *vis veritatis* cui si riferisce Gordiano in C. 9.41.6 (vd. il paragrafo precedente). Sul passo ciceroniano in *Top.* 73 si veda anche *supra*, cap. III, nt. 8.

²⁰⁴ Cfr. *supra*, § 3.

²⁰⁵ Sul problema della responsabilità degli impuberi vd. spec. MOMMSEN, *Le droit pénal*, II, cit., p. 95; EHRHARDT, sv. *Tormenta*, cit., col. 1780; BONINI, I “*libri*

Punto fermo è il generale veto a sottoporre a *quaestio* i men che quattordicenni posto da un rescritto di Antonino Pio, riferito sia da Callistrato nel quinto libro *de cognitionibus* sia da Arcadio Carisio nel *de testibus*.

D. 48.18.15 (Call. 5 *de cogn.*): *De minore quoque quattuordecim annis in caput alterius quaestionem habendam non esse divus Pius Maecilio rescripsit, maxime cum nullis extrinsecus argumentis accusatio impleatur. 1. Nec tamen consequens esse, ut etiam sine tormentis eisdem credatur: nam aetas, inquit, quae adversus asperitatem quaestionis eos interim tueri videtur, suspectiores quoque eosdem facit ad mentiendi facilitatem.*

L'esposizione del giurista è dominata dalla contrapposizione tra le due esigenze naturalmente presenti in questa materia, e cioè da un lato l'opportunità di non sottoporre alla tortura determinate categorie di persone, dall'altro la necessità di acquisire elementi di prova con ogni mezzo²⁰⁶.

Secondo il testo trasmesso in questo passo, Antonino Pio aveva stabilito il divieto di torturare *in caput alterius* i minori di quattordici anni²⁰⁷, soprattutto se l'accusa non era suffragata da nessun'altra prova²⁰⁸.

de cognitionibus", cit., p. 109 ss.; DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 98 ss.; FANIZZA, *Giuristi crimini*, cit., p. 84 ss.; MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 325 ss.

²⁰⁶ BONINI, *I "libri de cognitionibus"*, cit., p. 108.

²⁰⁷ OSSERVA MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 325 ss., che fissando come *discrimen* il compimento del quattordicesimo anno d'età, Antonino Pio dimostra di aderire al dogma prociliano sul criterio per determinare il raggiungimento della pubertà, al quale nel caso specifico viene attribuito il "valore di limite schematico". In tal modo, ottiene il risultato di sottrarre alla personale ed arbitraria valutazione del funzionario il compito di verificare caso per caso la *capax doli* del giovanetto, scongiurando al contempo il pericolo di abusi ed atrocità. A questa linea normativa si contrapponevano, ad esempio, giuristi come Giuliano e Volusio Meciano, che preferivano, invece, accertare la valutazione della capacità intellettuale: cfr. D. 44.4.26 (Ulp. 76 *ad ed.*); D. 47.2.23 (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 29.5.14 (Maecian. 11 *de iud. publ.*).

²⁰⁸ Si segnala che l'inciso "*maxime... impleatur*" è sospettato di interpolazione da G. SCIASCIA, *A tortura na antiga Roma*, in *Varietà giuridiche*, Milano, 1956, p. 93. In caso contrario, in effetti, si potrebbe ravvisare la possibilità di aggiramento del principio che, invece, il rescritto di Antonino Pio ivi citato intende stabilire ("*de minore quoque quattuordecim annis in caput alterius quaestionem habendam non esse*"), in quanto con tale inciso si sarebbe finiti, in sostanza, per rimettere la decisio-

Il disposto di immediata percezione vieta la *quaestio* dell'impubere qualora sia volta ad indagare sulla posizione altrui ma esso sottende, come ragionamento *a contrario*, la facoltà di sottoporre ai *tormenta* il men che quattordicenne che debba essere interrogato in merito alla propria responsabilità e dunque quando si tratta, in sostanza, di strappargli una confessione.

La precisazione espressa nell'inciso che chiude il *principium*, a prescindere dalla sua genuinità, rappresenta fondamentalmente un raccordo in senso adesivo con la norma più generale stabilita da Adriano che impone di pervenire alla tortura dei servi soltanto qualora l'imputato sia già sospettato e ci si avvicini alla dimostrazione della sua colpevolezza con altri elementi probatori, così che sembri mancare soltanto la confessione²⁰⁹.

In ogni caso, il tenore complessivo del divieto, circondato da due elementi di cautela, suona come un argine di fronte ad un abuso del mezzo nei confronti di questa categoria che, in ragione dell'età, dovrebbe piuttosto esserne protetta.

Al riguardo, pare potersi leggere una divergenza di obiettivi tra lo spirito cui pare ispirato il rescritto di Antonino Pio e la personale opinione del giurista: infatti, laddove l'imperatore esprime il divieto di torturare gli impuberi, ponendo in concreto due condizioni per la sua esecuzione, la modalità espositiva del problema da parte di Callistrato, pur sulla traccia della norma imperiale, lascia intuire che il giurista propendeva, in vista di certi obiettivi, al superamento dei limiti posti all'impiego della *quaestio* da ragioni sociali o umani-

ne circa la torturabilità o meno del minore di quattordici anni alla discrezionalità del giudice. Sulla base di questa considerazione, pertanto, l'inciso potrebbe costituire non tanto un'interpolazione quanto una personale riflessione di Callistrato: così BONINI, I "libri de cognitionibus", cit., p. 108 ss., seguito da VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 122 ss.; DALLA, *Senatus consultum*, cit., *passim*, spec. p. 98 (nt. 44), nota come Callistrato, altrove severo, sembri qui invece consentire un'eccezione per l'impubere; anche PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression of Crime*, cit., p. 254 nt. 92, attribuisce il principio non all'imperatore ma al giurista. Si nota, inoltre, che l'espressione "*extrinsecus argumentis*" pare richiamare l'insegnamento retorico dei "*loci extrinseci*", dei quali già si è detto nella precedente nt. 202.

²⁰⁹ La norma, come si è visto, è riportata in D. 48.18.1.1 ed è ribadita in D. 48.18.18.2. Sulla base della testimonianza di Callistrato in D. 48.18.15.1 si può dunque supporre che le affermazioni di Paolo (in D. 48.18.18.2) e di Ulpiano (in D. 48.18.1.1) trovino fondamento nella medesima norma. Vd. cap. II, §§ 3 ss.

tarie²¹⁰. Egli pare piuttosto interessato ad introdurre delle eccezioni al divieto stesso, forse nel tentativo di conciliare le opposte esigenze che la materia presenta.

In particolare, la formulazione della decisione imperiale nell'esposizione di Callistrato, unitamente alla riflessione che ne consegue, sottende di fatto, a ben vedere, la possibilità di procedere alla tortura degli impuberi in due casi: quando si tratti di estorcere una confessione *de se* e in presenza di altre prove che sostengano l'accusa. La duplice delimitazione pare, quindi, confermare l'intendimento di sottrarre la materia ad un'eccessiva discrezionalità del magistrato, vincolandolo all'osservanza di almeno questi due criteri²¹¹.

La riflessione del giurista è in ogni caso orientata verso una tendenziale inattendibilità dei fanciulli che appaiono ancor meno credibili se terrorizzati coi *tormenta*: lo stesso dato (*l'aetas*) che parzialmente li difende dall'*asperitatem quaestionis* contestualmente li rende infatti anche più inaffidabili a causa della *facilitas mentiendi* propria dell'età, tanto che il giurista tiene a precisare che il veto non va comunque inteso nel senso che si debba prestare fede al giovanetto interrogato *sine tormentis*²¹², quasi vanificando in tal modo il disposto imperiale.

Il problema attinente all'inattendibilità di fondo degli impuberi esprime, in fondo, un corollario del principio, che si legge in Arcadio Carisio (D. 22.5.1pr.), che collega l'uso delle testimonianze alla *fides* di coloro che devono renderle. In esso appare coniugata la riflessione ulpiana per cui "*quaestioni fidem non semper nec tamen numquam habendam*" (D. 48.18.1.23) e la diffusa convinzione secondo cui devono essere ascoltati soprattutto coloro la cui attendibilità non vacilla²¹³. Tali certo non sono i fanciulli, posto che appaiono più facili a mentire, come osserva Callistrato in D. 48.18.15.1²¹⁴.

²¹⁰ In tal senso anche BONINI, I "*libri de cognitionibus*", cit., p. 110.

²¹¹ Discrezionalità cui più in generale si riferiva lo stesso in Arcadio Carisio in D. 48.18.10.1 (con la formula "*cum res exigit*"), *supra* citato (cap. III, § 5).

²¹² Come, *sine tormentis*, non si deve credere del resto a persone non assistite da un grado di *dignitas* tale da conferire alle loro dichiarazioni un sufficiente livello di veridicità: vd., ad esempio, i passi citati nel precedente § 1, in D. 22.5.3pr. e D. 22.5.21.2.

²¹³ Vd. *supra*.

²¹⁴ Sulla bontà del parametro *dignitas-fides* per la valutazione delle testimonianze concordano, ad esempio, Callistrato (D. 22.5.3pr.) e Modestino, che ricono-

Il rescritto di Antonino Pio viene ricordato anche nel *de testibus* di Arcadio Carisio²¹⁵:

D. 48.18.10 (Arc. l.s. de test.): *De minore quattuordecim annis quaestio habenda non est, ut et divus Pius Caecilio Iuventiano rescripsit. 1. Sed omnes omnino in maiestatis crimine, quod ad personas principum attinet, si ad testimonium provocentur, cum res exigit, torquentur.*

Il divieto viene qui formulato in termini più oggettivi rispetto alla corrispondente testimonianza di Callistrato che, come visto, vi ha verosimilmente aggiunto due personali considerazioni. Arcadio Carisio si limita invece a riferire il contenuto sostanziale della disposizione imperiale, ossia il divieto di sottoporre a tortura i minori di quattordici anni, salvo poi introdurre nel paragrafo 1 l'eccezione per cui, in caso di *crimen maiestatis*, tutti possono essere sottoposti a tortura qualora le circostanze lo richiedano.

In caso di *maiestas*, dunque, le indagini devono essere svolte con la massima severità e l'interrogatorio *cum tormentis* si appalesa come strumento ordinario d'audizione, a prescindere da ogni considerazione attinente alla persona e all'età dell'escusso.

Il giurista appare così portavoce della linea di tendenza del diritto ufficiale che avrebbe portato ad una sempre maggiore diffusione dell'interrogatorio *cum tormentis* in sede di discussione testimoniale, nella convinzione che, attraverso la tortura, si possa più facilmente pervenire alla verità²¹⁶.

sce una *fides* 'non vacillante' in coloro che superano l'esame incentrato sulla loro "dignitas fides mores gravitas" (D. 22.5.2). Cfr. *supra*, § 1 e nt. 25.

²¹⁵ Per la divergenza formale sul nome del destinatario della costituzione di Antonino Pio, indicato da Callistrato in D. 48.18.15.1 come *Maecilius*, e come *Caecilius Iuventianus* da Arcadio Carisio in D. 48.18.10pr. vd. per tutti BONINI, I "libri de cognitionibus", cit., p. 161 nt. 116, p. 162 nt. 117.

²¹⁶ La concezione espressa in maniera implicita da Callistrato nel *de cognitionibus* troverebbe compiuta attuazione agli inizi del IV secolo d.C. nell'opera di Arcadio Carisio: così VINCENTI, *Duo genera*, cit., p. 132 ss., che osserva altresì come i passi in D. 48.18.10pr.-1 e D. 48.18.15pr.-1 (*ib.*, p. 124 ss., p. 133 ss., p. 170) attestino che mentre ancora nel III secolo d.C. nel processo criminale era ammessa la tortura dell'uomo libero soltanto qualora fosse risultato incerto nel rendere testimonianza ("vacillans"), agli inizi del IV secolo d.C. – quando scrive Arcadio Carisio – si sarebbe invece passati ad una fase in cui i *tormenta* sarebbero

All'interno delle fonti che registrano la tendenziale opposizione alla tortura degli impuberi, si intravede tuttavia una *ratio* che appare frutto più di un freddo calcolo di economia dei mezzi d'indagine che di una *pietas* verso la tenera età. Si legge, infatti, che spesso accade che nei confronti degli impuberi sia sufficiente una forza intimidatoria inferiore rispetto alla tortura, potendo bastare per lo più il semplice *terreri*²¹⁷:

D. 29.5.1.33 (Ulp. 50 *ad ed.*): *Impuberi autem utrum in supplicio tantum parcimus an vero etiam in quaestione? et magis est, ut de impubere nec quaestio habeatur: et alias solet hoc in usu observari, ut impuberes non torqueantur: terreri tantum solent et habena et ferula vel caedi.*

All'interrogativo se all'impubere vada risparmiato solo il supplizio o anche la tortura, Ulpiano risponde affermando che ritiene preferibile non procedersi nemmeno alla tortura (“*et magis est, ut de impubere nec quaestio habeatur*”).

La motivazione addotta appare scevra da ragioni pietose o umanitarie: il giurista, infatti, ritiene preferibile non impiegare la tortura nei confronti degli impuberi in quanto si tratta di fanciulli che si riuscirebbe comunque a spaventare anche ‘solo’ percuotendoli con la frusta o con la sferza. Nella valutazione non pare incidere in modo discriminante il contesto in cui essa è spiegata (si tratta del com-

stati applicabili anche ai liberi, purché di bassa estrazione sociale e maggiori di quattordici anni, in un clima di “dichiarata fiducia nei tormenta quale strumento onde pervenire a conseguimento di testimonianze veritiere”. Cfr. anche DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 98 ss.

²¹⁷ Sul passo vd. in particolare DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 99 ss., che, comparando la soluzione con quelle differenti di cui a D. 29.5.14 e D. 48.18.15pr., conclude che “nel *crimen maiestatis* come nella fattispecie del Siliano [...] la preoccupazione di fondo è la stessa: difendere l'ordine costituito e la tranquillità dei *domini*, ai vari livelli. Bene serve, a questi scopi, la repressione e in particolare la tortura nel suo duplice aspetto: inquisitorio e terroristico”. Si nota che il brano immediatamente precedente nella sistematica giustiniana parrebbe piuttosto introdurre un principio più ampio per cui l'*aetas* assurgerebbe al rango di *excusatio*: D. 29.5.1.32 (Ulp. 50 *ad ed.*): *Impubes servus vel ancilla nondum viripotens non in eadem causa erunt: aetas enim excusationem meretur*. Tuttavia, la considerazione ulpiana immediatamente susseguente pare avere il compito di riportare subito l'*excusatio aetatis* entro binari più freddamente tecnico-processuali. Cfr. anche *supra*, cap. I, § 2.

mento alle disposizioni del senatoconsulto Silaniano), posto che si è soliti ricorrere a simili mezzi anche in altre circostanze, e dunque anche al di fuori della peculiarità della fattispecie tutelata dal provvedimento: “*et alias solet hoc in usu observari, ut impuberes non torqueantur: terreri tantum solent et habena et ferula vel caedi*”²¹⁸.

Il tono del discorso è tale da lasciare spazio per credere che qualora l’impubere si dovesse rivelare più coraggioso o più capace di sopportare il dolore fisico rispetto alla media l’inquirente potrebbe arrivare ad ordinare la tortura anche contro di lui.

La severità così manifestata è determinata dalla posta in gioco: la sicurezza dei padroni e, con essa, la sicurezza dell’ordine pubblico.

Il riferimento a superiori circostanze che impongono il ricorso alla tortura nei confronti dei servi impuberi è espresso anche in un passo di Meciano²¹⁹:

D. 29.5.14 (Maec. 11 *de publ. iudic.*): *Excipiuntur senatus consulto Silaniano impuberes servi. Trebius autem Germanus legatus etiam de impubere sumi iussit supplicium et tamen non sine ratione: nam is puer nec multum a puberi aetate aberat et ad pedes domini cubuerat cum occideretur nec postea caedem eius prodiderat. Ut enim opem ferre eum non potuisse constabat, ita silentium praestitisse etiam postea certum erat, et his dumtaxat impuberibus senatus consulto parci credebat, qui tantum sub eodem tecto fuissent: qui vero ministri vel participes caedis fuissent et eius aetatis, quamquam nondum puberis, ut rei intellectum capere possent, his non magis in caede domini quam in ulla alia causa parci oportere.*

Il giurista, dopo aver richiamato la regola generale che sottrae gli impuberi alla *quaestio* e al *supplicium* previsti *ex senatus consulto Silaniano*, subito ricorda un caso in cui “*non sine ratione*” il *legatus Augusti* Trebio Germano ordinò che si procedesse al supplizio anche di un servo impubere. Le circostanze di fatto dell’omicidio del suo *dominus* rivelavano, infatti, che il servo, che dormiva ai piedi

²¹⁸ Lo stesso Ulpiano esclude espressamente la *levis tertio* dall’ambito dei *tormenta* nel passo di commento all’editto restituito in D. 47.10.15.41, come si è rilevato più sopra nel testo (cap. I, § 2).

²¹⁹ Sul passo vd. FANIZZA, *Giuristi crimini*, cit., p. 84 ss.; DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 100 ss.

del padrone e quindi non poteva non essersi accorto dell'omicidio, aveva raggiunto un'età tale da comprendere cosa stava accadendo e cioè che stavano assassinando il suo padrone (era infatti "pubertati proximus").

Nell'approvare l'operato del legato, il giurista lo generalizza affermando che i servi impuberi, capaci intellettualmente, devono rispondere come *ministri vel participes*²²⁰ dell'assassinio del *dominus* così come di qualsiasi altro crimine²²¹. A conferma ulteriore della li-

²²⁰ Per la distinzione L. CHEVAILLER, *Contribution a l'étude de la complicité en droit pénal romain*, RD, 31, 1953, p. 204 ss., p. 239 ss.; GIOFFREDI, *I principi*, cit., p. 111 ss. M. KASER, *Gaius und die Klassiker*, in ZSS, 70, 1953, p. 175, interpreta invece restrittivamente "in ulla alia causa", nel senso che il servo impubere sarebbe stato responsabile, oltre che per la compartecipazione all'assassinio del *dominus*, solo per altri omicidi; vd. anche A. BURDESE, s.v. "Capacità" (*diritto romano*), in ED, 6, 1960, p. 39. Nell'articolata morfologia della compartecipazione, la figura del *conscius* individua colui che, pur essendo al corrente del progetto criminoso, non ha preso parte alla sua esecuzione ma non ha nemmeno tenuto un comportamento volto ad impedirlo. La semplice conoscenza, dunque, viene assunta come idonea a configurare corresponsabilità a causa del comportamento omissivo tenuto dal soggetto. Anche tale forma di complicità nella repressione dei *crimina* che prevedevano la sanzione capitale assume un significato di non scarso rilievo: ad esempio, si ricorda che il giurista Meciano estende ai *conscii* la *poena parricidi*, seguito da Ulpiano che, nel frammento in D. 48.9.6, fa suo il parere del giurista antoniniano; anche la giurisdizione imperiale si esprimerà del resto univocamente in questa linea, adottando nei loro confronti sanzioni analoghe a quelle previste per gli autori del crimine: sul punto vd. FANIZZA, *Giuristi crimini*, cit., p. 87 ss., che sottolinea come "nell'ipotesi dei *conscii* la valutazione dell'elemento intenzionale è portata alle estreme conseguenze: almeno per i crimini di maggiore rilievo sociale, il comportamento omissivo produce gli stessi effetti della compartecipazione attiva". Sul punto cfr. anche C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Milano, 1902, p. 113 ss.; GIOFFREDI, *I principi*, cit., p. 112 ss.; G. POLARA, *Marciano e l'elemento soggettivo del reato*, in BIDR, 77, 1974, p. 110 ss. Una panoramica della problematica dei *conscii* è in PÖLÖNEN, *Plebeians and Repression of Crime*, cit., p. 217 ss. L'indagine sulla *voluntas* si colloca in quell'atteggiamento complessivo della giurisprudenza e della legislazione imperiale che, sotto questo profilo, è espresso dal riferimento all'*humanitas*, un valore centrale nelle ideologie di quest'età: A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli, 1971, p. 158 ss.; F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato*, in ANRW II.15, Berlin-New-York, 1976, p. 147 ss. (ora in *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 28 ss.). Si nota inoltre che ai *conscii* si riferisce Ulpiano, in tema di *sc. Silanianum*, nei passi in D. 29.5.1.5, 21, 26 (Ulp. 50 *ad ed.*). In argomento vd. spec. DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 71, p. 126.

²²¹ Meciano ritiene che in questo caso i servi impuberi non andassero esentati dall'applicazione del senatoconsulto Silaniano; in una dinamica di rapporti che rovescia modelli consolidati, è il giurista che adotta la scelta del legato e la ripropone

nea di tendenza che vuole una sempre maggiore diffusione dell'interrogatorio *cum tormentis*, nella convinzione che le esigenze investigative, soprattutto se trasposte in più pressanti urgenze di sicurezza, debbano comunque prevalere.

come precetto, in quanto la responsabilità dei servi imuberi ma vicini alla pubertà rientra, a suo avviso, nella *ratio* del senatoconsulto: così FANIZZA, *Giuristi crimini*, cit., p. 85. Sull'affiorare del concetto di *pubertati proximitas* basti qui richiamare la bibliografia essenziale in DALLA, *Senatus consultum*, cit., p. 101 ntt. 46 e 47. Si nota che nel brano appare *in nuce*, sia pur contornato dalle peculiari circostanze del caso ivi considerato, l'elaborazione del principio alla base degli odierni reati omissivi, per cui va considerato responsabile chi pur potendo portare aiuto non l'ha fatto.

CONSIDERAZIONI FINALI

SGUARDO ALLE CODIFICAZIONI DEL V-VI SECOLO D.C.

Lo sviluppo delle regole in tema di tortura giudiziaria appare, almeno in parte, debitore delle riflessioni giurisprudenziali relative alla *quaestio* degli schiavi in sede domestica, ove i *tormenta* non rivestivano un ruolo direttamente processuale. La tortura dei servi veniva infatti diffusamente praticata dal *dominus* nell'esercizio del potere inerente alla *dominica potestas*, secondo finalità non solo punitive ma anche legate all'esigenza di accertamento dei fatti su cui sorgeva per il *dominus* la necessità (o anche solo l'interesse) di chiarire fatti e circostanze. Il servo, quale *res pensante*, capace di vedere e di sentire, diventava spesso depositario di informazioni importanti per il padrone ma anche, e da qui l'esigenza di intervenire sulla *quaestio servi alieni*, per altri. Lo dimostra, come si è visto, il fatto che l'elaborazione sulla tortura dei servi compare in gran parte all'interno del commento all'editto *de iniuriis quae servis fiunt*, per concludersi con il pensiero di Labeone, la cui riflessione appare come la più avanzata¹.

Tra l'altro, è proprio in questa sede che Ulpiano elabora la nota definizione di *quaestio*, orientandola verso una prospettiva che travalica il più ristretto ambito della tortura domestica per assumere

¹ Si sottolinea che ancora Ulpiano, cui è dovuta la conoscenza del commento labeoniano, si limita a seguire l'impostazione del giurista augusteo, senza sviluppi ulteriori: vd. D. 47.10.15.42 in cap. I, § 2.

piuttosto i connotati di strumento investigativo tipico dei processi delle *cognitiones*².

In tale definizione (“*Quaestionem intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem*”), la finalità dell’*erue-re veritatem* assolve non solo ad un compito di discernimento, tutto interno all’editto, tra i casi di *verberatio* (finalizzati alla *castigatio*) e quelli di *quaestio* (finalizzati all’indagine), ma esprime un valore più universale, forse sovrabbondante al cospetto delle esigenze che ne sono il presupposto e finisce per fare da contrappeso al ricorso alla *vis*.

La ricerca della *veritas*, in questo settore, anche se non connotata da esigenze pubbliche, appare comunque un obiettivo che fornisce una legittimazione speciale alla tortura, socialmente indiscussa: l’intervento del pretore non intende limitare la tortura servile, ma contemperare nell’ambito dei rapporti privati l’espansione della ricerca della *veritas* e le prerogative dei *domini*. In quest’ambito, infatti, la *quaestio* doveva presumibilmente incontrare solo il limite dell’altrui *dominica potestas*, la cui invasione costituiva *iniuria* non tanto per i danni materiali cagionati al servo quanto per il nocimento che ne derivava al *dominus*, da intendersi secondo un’accezione assai lata³.

L’interesse alla tutela del *dominus* emerge anche in ambito processuale, sia pur in diversa prospettiva, ma sempre al fine di arginare gli effetti nefandi che eventuali dichiarazioni rese dai servi potevano arrecare ai padroni, traducendosi nel noto divieto di *quaestio contra dominos*. Tale divieto non solo contraddice apertamente la finalità etica con cui si cerca di giustificare lo strumento ma costituisce, nella sostanza, una controprova della consapevolezza del fatto che con la tortura non si cercava tanto la verità quanto la tutela dei padroni e, dietro a questi, la conservazione della società schiavistica⁴.

L’impronta data all’interrogatorio *per vim et tormenta* dall’espressione “*ad eruendam veritatem*”, tipica del linguaggio della *cognitio*, pare risentire dello sviluppo che, in parallelo, la *quaestio* stava vivendo nel settore criminale ed appare volta a sottolineare il fine cui tende il processo e, in sostanza, l’accertamento chiesto

² D. 47.10.15.41 (cap. I, § 1).

³ Vd. cap. I, § 5; cap. III, § 4.

⁴ Tant’è vero che nel caso del senatoconsulto Siliano, ad esempio, si ammette un illimitato utilizzo della *quaestio*.

al magistrato titolare della *iurisdictio*⁵. Malgrado ciò, la definizione ulpiana, la sola che i compilatori giustiniani riportano nei *libri terribiles*, non trova sede nel titolo D. 48.18, *de quaestionibus*⁶.

Quale strumento investigativo nell'alveo del processo criminale, la *quaestio* dall'originaria afferenza alla condizione servile conoscerà un'applicazione sempre più diffusa anche tra gli uomini liberi, attuandosi con modalità e criteri generalmente indifferenziati, mentre avanzeranno e si evidenzieranno soprattutto problematiche giustificate dalla più o meno esistente volontà di ricercare il vero.

L'estensione determina un notevole approfondimento soprattutto in termini di metodo di conduzione dell'interrogatorio che provoca cospicui interventi soprattutto ad opera degli imperatori dei primi due secoli del Principato. In particolare, le principali disposizioni in tema sono specialmente dovute agli imperatori dei primi due secoli del Principato, Augusto⁷, Traiano⁸, Adriano⁹, Antonino Pio¹⁰, Marco Aurelio e Lucio Vero¹¹, che manifestano grande attenzione alla *quaestio*, destinataria di numerosi interventi prescrittivi di cautele e modalità, muovendosi essenzialmente alla ricerca di regole in grado di assicurare alle indagini risultati maggiormente attendibili.

Le direttive espresse dalla legislazione imperiale classica e dalla riflessione dei giuristi che su di essa si innesta costituiscono un prezioso sedimento giuridico-culturale, destinato a rimanere il punto di riferimento privilegiato per la disciplina della materia, tant'è vero che ancora in epoca giustiniana esse rappresentano l'ossatura fon-

⁵ A simile obiettivo, in stretta connessione al problema della *fides*, si richiama anche Modestino, laddove, sia pur in riferimento alle sole dichiarazioni servili, esprime il fine della ricerca della verità in rapporto alle attività probatorie: D. 22.5.7 (cap. III, § 1).

⁶ L'altra definizione, sempre di Ulpiano, si legge in D. 29.5.1.25, in tema di senatoconsulto Silariano e, dunque, anch'essa in sede esterna rispetto al *de quaestionibus*. Vd. cap. I, § 2.

⁷ Del quale si ricordano soprattutto gli interventi in D. 48.18.1pr.; D. 48.18.8pr.; D. 48.6.7.

⁸ D. 48.18.1.11; D. 48.18.1.12; D. 48.18.1.19; D. 48.18.1.21; D. 29.5.10.1.

⁹ D. 48.18.1pr.; D. 48.18.1.2; D. 48.18.1.5; D. 48.18.1.22; D. 48.18.12; D. 48.18.21.

¹⁰ D. 48.18.1.5; D. 48.18.1.13; D. 48.18.9pr.; D. 48.18.9.2; D. 48.18.10pr.; D. 48.18.15pr.; D. 48.18.15.1; D. 48.18.15.2; D. 48.18.16.1.

¹¹ D. 48.18.1.3; D. 48.18.1.4; D. 48.18.1.14; D. 48.18.1.27; D. 48.18.16pr.; C. 9.41.11.

damentale della disciplina del mezzo. Su questo materiale, la produzione normativa successiva non interviene in modo rilevante. Già la legislazione severiana appare propensa a recepire le regole individuate dai predecessori¹², ma sarà soprattutto dall'epoca diocleziana che si coglierà un deciso cambiamento d'interesse, destinato ad accentuarsi nel corso del IV e V secolo d.C.¹³.

In questo periodo, la dimensione più propriamente tecnico-processuale pare infatti offuscarsi, mentre prende il sopravvento l'aspetto repressivo-terroristico della tortura, nel quale spesso si sfoga l'istinto crudele e violento di funzionari ed imperatori che non tanto intendono assolvere al ruolo investigativo del mezzo quanto alla sua funzione intimidatoria che spinge alla sottomissione¹⁴.

Di questo danno atto le costituzioni prescelte per il titolo 9.35, *de quaestionibus* del codice teodosiano: la valutazione dello strumento è impostata essenzialmente in senso afflittivo e si riflette in

¹² D. 48.18.1.16; D. 48.18.1.17; D. 48.18.9pr.; D. 48.18.1.10; D. 48.18.1.15; D. 48.18.1.18; D. 48.18.3; C. 9.41.1; C. 9.41.2; C. 9.41.3.

¹³ Questo è particolarmente evidente, ad esempio, nel rescritto di Diocleziano restituito in C. 9.41.8, nel quale vengono ripresi, in una sorta di *collage*, i principi fondamentali elaborati in epoca classica: non si deve iniziare dalla tortura, ma prima si devono trovare *argumenta* verosimili e probabili (§ 1), e soltanto dopo averli trovati (§ 2), se apparirà necessario *investigandae veritatis gratia*, si potrà eseguire la tortura, qualora lo permetta la condizione delle persone. Sul rescritto vd. cap. II, § 4. Si annota che nell'*edictum de accusationibus* di Costantino (o di Licinio), che i teodosiani riportano parzialmente in C.Th. 9.5.1, l'imperatore prevede che nei procedimenti per *maiestas* l'accusatore venga sottoposto ai *tormenta* qualora non porti adeguate prove, senza che la sua *dignitas* a ciò possa ovviare. La severità della norma trova la sua ragion d'essere nel fatto che si riferisce ai procedimenti per *maiestas*, ove la raccolta del materiale probatorio (qui espressa col termine *inquisitio*) viene perseguita, come noto, con rigore accresciuto rispetto agli altri processi criminali e non valgono le ordinarie esenzioni per gli appartenenti a determinate caste sociali. I *tormenta*, inoltre, sarebbero finalizzati sia a completare l'insufficiente carico probatorio addotto dall'accusatore sia, di conseguenza, a scoprire eventuali istigatori e complici. La disposizione, che verrà riportata nel codice giustiniano in C. 9.8.3, sembra ulteriormente significativa dell'oramai affermato principio della sussidiarietà della tortura. Sulla costituzione costantiniana vd. di recente spec. PIETRINI, *Sull'iniziativa*, cit., p. 97 ss., e BOTTA, *Funzione inquirente*, cit., p. 52 ss., che ben sottolinea come l'aggettivo *strictior* nella legge abbinato a *inquisitio*, stia ad indicare la maggior acrimia che caratterizza l'attività istruttoria eseguita mediante tortura nelle indagini per *maiestas* (ivi, la principale letteratura in materia).

¹⁴ Per una visione d'insieme alla repressione criminale nel Basso Impero si rinvia per tutti a SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 269 ss.

numerose leggi che si riferiscono alla tortura rivelandone la prassi di ordinaria e spietata normalità che oramai la contraddistingue e che prescinde da ogni riflessione su problematiche procedurali o giuridiche¹⁵. In parallelo, la prospettiva cambia. L'attenzione si sposta infatti dalla dimensione tecnico-precettiva a quella garantista, anche se soltanto in nome della *dignitas personarum*.

In tal senso significative sono le costituzioni scelte dai commissari teodosiani per il titolo *de quaestionibus*, ove sono collazionate sette leggi, che abbracciano un arco temporale che va dall'anno 369 al 408 d.C.

La prima costituzione dispone l'esenzione dalla tortura di tutti coloro che vantano alti natali o meriti militari, con la sola eccezione per le indagini per *maiestas*¹⁶. La scelta dei compilatori non pare priva di significato: la norma indirizza in immediato a quello che il

¹⁵ Cfr., ad esempio, anche altre leggi all'interno del codice, come le costituzioni di Costantino C.Th. 9.5.1 (a. 314); C.Th. 9.40.1 (= C. 9.47.16 – a. 314); C.Th. 8.1.4 (= C. 12.49.1 – a. 334); C. Th. 9.21.2 (= C. 9.24.1 – a. 321); C. 6.1.6 (a. 332); C.Th. 4.6.3 (= C. 5.27.1 – a. 336); C.Th. 11.30.2 (a. 314); di Costanzo: C.Th. 11.36.7 (= C. 7.65.2 – a. 344); C.Th. 9.16.6 (= C. 9.18.7 – a. 358); di Giuliano: C.Th. 8.1.7 (a. 362); di Valentiniano e Valente: C.Th. 8.1.9 (= C. 12.49.2 – a. 365); C.Th. 11.1.11 (a. 365); di Valentiniano, Valente e Graziano: C. 9.42.3 (pr. = C.Th. 9.37.3; §§1, 4 = C.Th. 9.37.2; §§ 2, 3 = C.Th. 9.37.4 – a. 369); C.Th. 11.4.1 (a. 372); C.Th. 9.35.2 (a. 376); C.Th. 9.37.2 (a. 369); C.Th. 13.9.2 (a. 372); di Valente, Graziano e Valentiniano: C.Th. 9.35.3 (= C. 12.1.10 – a. 377); C.Th. 1.32.3. (a. 377); di Graziano, Valentiniano e Teodosio: C.Th. 12.1.80 (a. 380); C.Th. 12.1.85 (= C. 10.32.35 – a. 381); di Graziano, Valentiniano e Teodosio: C.Th. 9.1.14 (= C. 9.2.13 – a. 383); C. 1.4.3 (pr. – § 3 = C.Th. 9.38.8; § 4 = C.Th. 9.38.6 – a. 385); C.Th. 9.38.8 (a. 385); di Onorio e Teodosio: C.Th. 9.35.7 (a. 408); C.Th. 9.37.4 (a. 369); C.Th. 9.1.19 (= C. 9.2.17 – a. 423).

¹⁶ C.Th. 9.35.1 Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Olybrium p.u. *Nullus omnino ob fidiculas perferendas inconsultis ac nescientibus nobis vel militiae auctoramento vel generis aut dignitatis defensione nudetur, excepta tamen maiestatis causa, in qua sola omnibus aequa condicio est. Ii quoque citra consultationis modum subiciantur quaestioni, qui evidentibus argumentis subscriptiones nostras finxisse prodentur, qua in re ne palatini quidem nominis adsumptionem huius esse volumus quaestionis exortem.* Dat. VIII id. Iul. Valentiniano nob. p. et Victore cons. [a. 369] La norma verrà collocata dai giustinianeî in C. 9.8.4, all'interno del titolo *ad legem Iuliam maiestatis*. CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., p. 45, sottolinea al riguardo come l'impiego della tortura soprattutto come mezzo repressivo diventa sempre più frequente, in parallelo all'aumento del dispotismo imperiale, alla correlata espansione del *crimen maiestatis* (“*in qua sola omnibus aequa condicio*”) e al prevalere del carattere inquisitorio del processo penale.

proseguito della lettura farà emergere come tema principale della legislazione qui accolta, ossia la preoccupazione a che non ricadano sotto i *tormenta* persone altolocate, sempre eccezion fatta per le indagini concernenti la sicurezza dello stato e dell'imperatore.

Le leggi 2 e 6, che verranno recepite nel corrispondente titolo giustiniano, perseguono anch'esse la finalità di salvaguardare la *dignitas personarum*: C.Th. 9.35.2¹⁷ esclude i decurioni dalla sottoposizione ai *tormenta*, stabilendo che il giudice che trasgredirà la norma sarà considerato reo di delitto capitale per oltraggio all'autorità imperiale ed attentato all'ordine pubblico. Sulla stessa linea anche C.Th. 9.35.6 che, confermando l'esonero dalla tortura per coloro che hanno ricoperto una pubblica carica, motiva l'esenzione considerandola una sorta di mercede per la devozione dimostrata all'imperatore ("*commendata devotio*")¹⁸. Un'ulteriore esenzione viene

¹⁷ C.Th. 9.35.2 Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Antonium p.p. Galliarum. *Decuriones sive ob alienum sive ob suum debitum exortes omnino earum volumus esse poenarum, quas fidiculae et tormenta constituunt. Quod quidem capitale iudici erit, si in contumeliam ordinis exitiumque temptetur. Maiestatis tantummodo reos et quae nefanda dictu sunt conscios aut molientes ex ordine municipali maneat tam cruenta condicio. Debitores vero et quos allectos aut susceptores memorant a summo usque ad infimum ordinem curiales exortes talium volumus esse poenarum. Habet severitas multa, quae sumat ad sancendam publici officii disciplinam, ut abstineat tam cruentis. 1. Plumbatarum vero ictus, quos in ingenuis corporibus non probamus, non ab omni ordine submovemus, sed decemprimos tantum ordinis curiales ab immanitate huiusmodi verberum segregamus, ita ut in ceteris animadversionis istius habeat moderatio commonentis.* Dat. XV kal. Octob. Treviris Valente V et Valentiniano AA. cons. [a. 376]. La norma viene ripresa nel codice giustiniano, in C. 9.41.16 (già riportata), ove rimane inalterato il *principium*, che esprime in effetti la sostanza normativa, mentre la rimanente parte viene eliminata. Non pare tuttavia trattarsi di un taglio di particolare rilevanza sotto il profilo strettamente dispositivo. Si nota che il testo si riferisce ai *tormenta* qualificandoli "*poenae*": "*poenarum, quas fidiculae et tormenta constituunt*". Già il MATTHAEUS rilevava come improprio l'uso del termine "*poena*" a proposito dei *tormenta* (*De criminibus. Ad lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius*, cit., p. 625 nt. 33: "*ideoque abusive poena vocantur in 1. 16 c. eod.*"). Sul punto vedi per tutti CERAMI, *Tormenta pro poena*, cit., p. 33 ss.

¹⁸ C.Th. 9.35.6 Impp. Arcadius et Honorius AA. ad Messalam p.p. *Nihil sibi deflectens a iustitia indignatio cognitorum, nihil venalis exigentium terror in eas, quae aut innocentiae auctoritate securae aut principalitatis sunt honore munitae, intellegat licere personas ad inferendas iniurias corporales. Habeat hanc mercedem laboris multorum munerum testimoniiis commendata devotio. Et cetera.* Dat. XII kal. Sept. Theodoro v. c. cons. [a. 399]. Sotto il profilo testuale, si segnala che la legge esprime contenuto ed effetto dei *tormenta* con l'espressione '*iniuria corporalis*': gli

posta in C.Th. 9.35.3, ove si proibisce l'espletamento delle indagini *cum tormentis* nei confronti degli accusati di rango senatorio¹⁹.

Rispetto per il sentimento religioso affiora in due costituzioni orientali: nel 380 d.C., Graziano, Valentiniano e Teodosio vietano di svolgere indagini criminali mediante *quaestio* nei quaranta giorni quaresimali che precedono il tempo pasquale (C.Th. 9.35.4)²⁰ mentre la legge in C.Th. 9.35.5, ribadendo il principio, fornisce alla di-

inquirenti, affermano gli imperatori, dovranno astenersi dal terrorizzare le persone che sono *principalis honore munitae* mediante l'inflizione di "*iniurias corporales*" ("*ad inferendas iniurias corporales*"). L'espressione si specchia nell'integrazione inserita dai giustinianeî in chiusa della legge, secondo la versione in C. 9.41.17, che estende l'esenzione dalla tortura a coloro che hanno ricoperto la carica di decurione: "*Idem est et si munia decurionatus quis deposuit: nam et ipse propter pristinam dignitatem quaestionem non patitur*". In altri termini, le "*iniurias corporales*" cui si riferiscono gli imperatori si pongono come sinonimo di *quaestio*. Il rilievo non pare inconferente, soprattutto laddove si rifletta sul dato che già l'editto pretorio *de iniuriis quae servis fiunt* (riportato all'interno del titolo D. 47.10.15, dal frammento 34 in avanti: vd. cap. I) aveva espressamente affrontato il tema della *quaestio*. Quanto pare interessante, è che non potrebbe comprendersi la ragione dell'uso di una simile perifrasi (che, tra l'altro, pare sottendere una connotazione negativa, quantomeno anacronistica alla fine del IV secolo d.C.) per indicare l'interrogatorio *cum tormentis* se non ci si ricollegasse alla sua memoria storica e, segnatamente, al testo dell'*edictum de iniuriis quae servis fiunt*. La ripresa lessicale pare tradire una sorta di continuità (forse inconsapevole) con l'ambito privatistico ove, in una fase iniziale, si considerava la tortura del servo (sia pur con peculiari contorni) una forma di *iniuria* nei confronti del suo *dominus*. Si nota che analoga impostazione compare anche, ad esempio, in una legge di Costantino del 314 d.C. (C.Th. 11.30.2 = C. 7.62.12) ove nell'ambito di un'esemplificazione delle fattispecie variamente lesive dell'integrità fisica della vittima, l'*'iniuriae genus'* appare considerato coincidente con i *tormenta* ("*aut carceris cruciatus aut cuiuslibet iniuriae genus seu tormenta vel etiam contumelias*"). Così anche in una legge di Valentiniano, Valente e Graziano del 369 d.C. (C.Th. 9.37.2 = C. 9.42.3.1) che recita: "...*reus aliquid iniuriae inscriptionis illatae toleraverit, id est si vel carcerem sustinuerit vel tormenta vel verbera vel catenas...*".

¹⁹ C.Th. 9.35.3 Impp. Valens, Gratianus et Valentinianus AAA. ad Gracchum p.u. *Severam indagacionem per tormenta quaerendi a senatorio nomine submovemus*. Dat. prid. non. Ian. Treviris Gratiano A. IIII et Merobaude cons. [a. 377]. La norma sarà ripresa in C. 12.1.10, all'interno del titolo *de dignitatibus* (vd. anche *infra*, nt. 52).

²⁰ C.Th. 9.35.4 [= Brev. 9.25.1] Impp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. Albuciano vicario Macedoniae. *Quadragesima diebus, qui auspicio cerimoniarum paschale tempus anticipant, omnis cognitio inhibeat criminalium quaestionum*. Dat. VI kal. April. Thessalonica Gratiano A. V et Theodosius A. I. cons. La costituzione viene riportata fedelmente nel codice giustiniano, ma nel titolo *de feriis*, in C. 3.12.5.

sposizione un fondamento giustificativo spirituale (“*absolutio expectatur animarum*”)²¹. Circa trent’anni dopo, Onorio e Teodosio stabiliranno tuttavia un’eccezione al divieto, che non sarà operante nei confronti dei *latrones*, i quali potranno essere sottoposti a *quaestio* anche nel santo giorno di Pasqua (C.Th. 9.35.7)²².

Questa sintetica panoramica evidenza quanto sopra si introduceva: il titolo *de quaestionibus* non si articola in norme effettivamente incidenti sulla disciplina del mezzo ma, per converso, si caratterizza proprio per la loro assenza. Sotto questo punto di vista, le costituzioni che lo compongono appaiono come accessorie rispetto ai testi dell’epoca precedente²³, muovendosi piuttosto nella logica di mostrare la clemenza del potere imperiale, sollecito nel prevedere un articolato elenco di esenzioni dalla tortura²⁴.

L’interesse preminente appare infatti rivolto a preservare dai *tormenta* coloro che, in virtù del rango o della carica, ruotano (o hanno ruotato) intorno alla figura dell’imperatore²⁵. In tal senso sin-

²¹ C.Th. 9.35.5 Impp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Tatiano p.p. *Sacris quadragesimae diebus nulla supplicia sint corporis, quibus absolutio expectatur animarum*. Dat. VIII id. Septemb. Foro Flamini Timasio et Promoto cons. [a. 389]. Vd. M. BIANCHINI, *Cadenze liturgiche e calendario civile fra IV e V secolo. Alcune considerazioni*, in AARC, VI, 1986, p. 241 ss.

²² C.Th. 9.35.7 Impp. Honorius et Theodosius AA. ad Anthemium p.p. *Provinciarum iudices moneantur, ut in Isaurorum latronum quaestionibus nullum quadragensimae nec venerabilem pascharum diem existiment excipiendum, ne differatur sceleratorum proditio consiliorum, quae per latronum tormenta quaerenda est, cum facillime in hoc summi numinis speretur venia, per quod multorum salus et incolumitas procuratur*. Dat. V kal. Mai. Constantinopoli Basso et Philippo cons. [a. 408]. Sostanzialmente inalterata la versione giustiniana (C. 3.12.8), ove viene espunto soltanto lo specifico riferimento agli “*Isaurorum latronum*”, sciolto in un’espressione più generalizzante (“*in quaestionibus latronum et maxime Isaurorum*”). *Ratione materiae*, dunque, i giustiniani inseriranno dunque anche questo testo nel titolo 3.12, *de feriis*, così come C.Th. 9.35.4 (= C. 3.12.5): vd. *supra*, nt. 20.

²³ Sottolinea G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Il giudicato penale e la sua esecuzione*, in AARC, XI, 1996, p. 46, come nei secoli IV e V “la legislazione imperiale in materia criminale fu frammentaria, incerta, contingente”.

²⁴ Per il significato sotteso alla stesura delle rubriche nella codificazione di Teodosio II vd. G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L’uso delle rubriche da parte dei commissari teodosiani*, in AARC, XIV, 2003, spec. p. 237 ss.

²⁵ Infatti, anche laddove compare il sentimento di rispetto verso il periodo pasquale traspare in realtà come tale rispetto sia applicato, in fondo, *ratione personarum*, tant’è vero che i famigerati *latrones* non rientrano nell’esenzione. Sui

tomatica è l'affermazione di Arcadio e Onorio che, espressamente, dichiarano l'esenzione dalla *quaestio* una sorta di mercede concessa in riconoscimento della fedeltà dimostrata all'imperatore nell'esercizio delle pubbliche funzioni ricoperte²⁶.

Una ragione di tale orientamento si può cogliere con maggior pienezza qualora si consideri il contesto di violenze e soprusi che, come noto, caratterizza gli anni del IV e V secolo d.C.

Una forte testimonianza in tal senso è costituita dai *Rerum gestarum libri* di Ammiano Marcellino che restituiscono un'immagine del Basso Impero che, pur svestita di una certa retorica di parte dello storico (che l'adesione agli ideali dell'aristocrazia senatoria non sempre rende obiettivo)²⁷, rimane pur sempre torbida ed oscu-

privilegia dignitatis introdotti in materia vd. per tutti MOMMSEN, *Le droit pénal*, I, cit., p. 82; FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, I, cit., p. 29 ss.; PUGLIESE, *La preuve*, cit., p. 386; GARNSEY, *Social Status*, cit., p. 145 ss., p. 215 ss.; BRUNT, *Evidence given under Torture*, cit., p. 260 ss.; LÉVY, *La torture*, cit., p. 242; ARCE, *Sub eculeo incurvus*, cit., p. 358 ss.; FASANO, *La torture judiciaire*, cit., p. 142 ss.; RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 186 ss.

²⁶ C.Th. 9.35.6pr.: "*Habeat hanc mercedem laboris multorum munerum testimoniis commendata devotio*" (per il testo intero vd. *supra*, nt. 18). La motivazione è mantenuta anche nel testo giustiniano in C. 9.41.17.

²⁷ Nonostante le ripetute affermazioni di rispetto per la figura imperiale unitamente alla ferma condanna per i rei di *maiestas*, l'opera di Ammiano indubbiamente risente degli ideali dell'aristocrazia senatoria, il cui influsso verosimilmente determina una certa mancanza di obiettività, se non addirittura un atteggiamento ostile, nei confronti di alcuni imperatori, soprattutto Valentiniano I e Valente, laddove venivano lesi gli interessi del senato. Tipico esempio al riguardo è la narrazione dell'inchiesta giudiziaria ordinata dal prefetto Massimino, sotto Valentiniano, Valente e Graziano, nei confronti di nobili senatori e dei loro familiari, nel corso della quale anche costoro vennero sottoposti a tortura. In questa occasione, vi furono arbitrarie estensioni del reato di *maiestas* tali da comportare la sottoposizione alla tortura anche di coloro che antiche leggi e disposizioni imperiali avevano esentato da istruttorie cruente: "*his ille cognitis efferatus, ut erat vitiorum inimicus acer magis quam severus, uno proloquio in huius modi causas, quas adroganter proposito maiestatis inminutae miscebat, omnes quos iuris prisca iustitia divorumque arbitria quaestionibus exemere cruentis, si postulasset negotium, statuit tormentis affligi*" (*Res Gest.* 28.1.11). In un clima di crescente terrore, tutti rimanevano paralizzati di fronte all'atrocità dei misfatti – narra lo storico – circondati da innumerevoli episodi dolorosi e crudeli (*Res Gest.* 28.1.14), in una follia che sconvolgeva, senza freno alcuno, ogni cosa: "...*et novo furore sine retinaculis imis summa miscente, cum iustitium esse, quod timebatur, non iudicium aperte constaret*" (*Res Gest.* 28.1.15). La considerazione di Ammiano merita una breve sosta per riflettere sul significato effettivo delle sue parole. In particolare, lo storico afferma che nell'infuriare delle sfrenate inquisizioni di Massimino appariva chiaro che "iu-

stitium esse... non iudicium". Non vi erano più processi bensì *'iustitium'*. Il punto è significativo, ma per scioglierlo con maggior chiarezza appare necessario introdurre, sia pur in estrema sintesi, una digressione sull'istituto indicato dal termine *iustitium*. Nell'epoca repubblicana, come noto, il vocabolo evocava una misura che, in caso di tumulto e di grave pericolo per la Repubblica, poteva essere proclamata dal senato e con cui veniva disposta una sorta di sospensione dell'ordinamento giuridico e delle sue garanzie costituzionali (basti ricordare che il *iustitium* aboliva il divieto, stabilito dalla *lex Sempronia*, di mettere a morte un cittadino romano senza ricorso ad un giudizio popolare). In tal senso cfr. spec. C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 282. Di opinione contraria è R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, 30, 1967, p. 159 ss., che preferisce una sfumatura sostanziale differente, ravvisando piuttosto in esso un blocco transitorio delle attività pubbliche e private. A questa opinione accede, sia pur parzialmente, L. GAROFALO, *In tema di iustitium*, in *Index*, 37, 2009, p. 117 ss. (ivi la principale letteratura in argomento), che preferisce considerarlo indice di un "temporaneo arresto delle attività, certamente con caratteri di ritualità, che coinvolgevano un organo giurisdizionale". Al di là di simili divergenze, che peraltro ruotano tutte intorno al concetto di 'interruzione' del funzionamento ordinario di una situazione giuridica, il termine conosce poi una singolare evoluzione semantica (su cui molto interessante è il saggio di G. AGAMBEN, *Lo stato di eccezione*, Torino, 2003, spec. p. 55 ss.) che con notevole slittamento porta il vocabolo *iustitium* a connotare, verso la fine del IV secolo d.C., momenti di lutto pubblico, come il decesso dell'imperatore o dei suoi familiari, che andavano ad interrompere il normale decorso della vita civica (*ib.*, p. 60 ss., p. 84 ss.). Adde A. FRASCHETTI, *Roma e il principe*, Roma, 2005; ID., *La 'Tabula Hebana', la 'Tabula Siarensis' e il 'iustitium'*, in *MEFRA*, 100, 1988, p. 868; GAROFALO, *In tema di iustitium*, cit., p. 127 ss. Quanto si è brevemente ricordato è utile per meglio cogliere la portata della riflessione di Ammiano. Pare indubbio che il quadro che lo storico sta dipingendo non rappresenta una situazione di lutto pubblico bensì uno scenario di assoluto sconvolgimento dovuto all'estrema ferocia e illegalità delle azioni di Massimino. L'ordinaria vita giurisdizionale viene infatti descritta come completamente scardinata e ribaltata, dove si condannavano a morte anche coloro di cui non si era esaminata a fondo la consistenza delle accuse (*Res Gest.* 28.1.8-14), gli innocenti venivano condannati sulla base di meri sospetti e vi erano arbitrarie e del tutto soggettive estensioni del reato di *maiestas* (vd. *supra*). In simile contesto, commenta lo storico, il *novus furor* dell'inquisitore aveva determinato una situazione in cui non si avevano più veri processi ma l'ordinario andamento della vita giurisdizionale ne era talmente sconvolto da restare di fatto interrotto. Una sorta di stato di eccezione, dunque, in cui la forza del diritto lascia il posto alla pura "forza di legge senza legge" di chi governa (usando un'espressione di Agamben). Il brano di Ammiano pare dunque attestare, lasciando spazio a pochi dubbi, che ancora nel IV secolo d.C., quando oramai il termine si identificava con il *luctus publicus* (AGAMBEN, *Lo stato d'eccezione*, cit., p. 84), in realtà il tradizionale significato di sospensione che aveva contraddistinto l'istituto del *iustitium* in epoca repubblicana non fosse del tutto dimenticato ed accantonato ma, al contrario, trovasse ancora un ragionato e pertinente impiego in riferimento proprio all'interruzione eccezionale della normale vita giurisdizionale e, segnatamente, in campo criminale. In generale, sull'opera dello

ra: l'opera racchiude innumerevoli episodi attestanti uno scenario di incredibili crudeltà ed efferate torture, eseguite senza scrupolo alcuno da imperatori e funzionari imperiali e spesso finì soltanto a se stesse. Lo storico offre un drammatico e crudo ritratto del mondo del IV secolo d.C., dominato da violenza e malafede, ove ogni giorno si consumano supplizi, torture, tradimenti, agguati, delazioni, un mondo cupo e torbido in cui nessuno si sente più sicuro.

Durante il regno di Costanzo, ad esempio, Ammiano narra che era data piena libertà alla crudeltà, le condanne venivano inflitte sulla base di nebulosi sospetti, trasformando un governo fondato sulle leggi e sulla giustizia in un crudele arbitrio²⁸. Non si cercava nemmeno la voce di un accusatore, anche falso, perché almeno esteriormente le accuse apparissero rispettose della legalità formale: tutto ciò che decideva l'implacabile animo dell'imperatore veniva eseguito²⁹. Non solo. L'imperatore faceva in modo, disponendo efferate torture, che accuse dubbie o inventate apparissero sicurissime³⁰, mentre nei casi di sospetta *maiestas* la sua ferocia s'inaspriva e le

storico vd. spec. A.M. DEMICHELI, *I processi di lesa maestà in Ammiano Marcellino*, in *Ann. Ge.*, 20, 1984, p. 95 ss.; M. NAVARRA, *Riferimenti normativi e prospettive giuspubblicistiche nelle Res Gestae di Ammiano Marcellino*, Milano, 1994; G. DE BONFILS, *Ammiano Marcellino e l'imperatore*², Bari, 2001. L'edizione che qui si cita è: Ammiano Marcellino, *Le Storie*, a cura di A. Selem, Torino, 2007. Con specifico riferimento all'incrudescenza dell'uso della *quaestio* in rapporto alla *lex Cornelia maiestatis* si veda RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine*, cit., p. 110 ss.

²⁸ *Res Gest.* 14.1.4: ...*tamquam licentia crudelitati indulta per suspicionum nebulas aestimati quidam noxii damnabantur. quorum pars necati, alii puniti bonorum multatione actique laribus suis extorres nullo sibi relicto praeter querelas et lacrimas, stipe conlaticia victitabant, et civili iustoque imperio ad voluntatem converso cruentam, clauderentur opulentae domus et clarae. 5. Nec vox accusatoris ulla licet subditicii in his malorum quaerebatur acervis ut saltem specie tenus crimina praescriptis legum committerentur, quod aliquotiens fecere principes saevi: sed quicquid Caesaris implacabilitati sedisset, id velut fas iusque perpensum confestim urgebatur impleri.*

²⁹ Costanzo, secondo il racconto di Ammiano, non si faceva nemmeno scrupolo a sottoporre a torture anche persone appartenenti all'apparato burocratico: ad esempio, in *Res Gest.* 14.5.1, riferisce che, in occasione della repressione dei seguaci di Magnenzio, fece torturare il *comes* Geronzio, mentre il *notarius* Paolo, sotto il regno di Costanzo, coprì di catene uomini liberi e ne ammanettò altri, avallando molte accuse ben lontane da verità (*Res Gest.* 14.5.6).

³⁰ *Res Gest.* 21.16.10: ...*etiam ficta vel dubia adigebat videri certissima vi nimia tormentorum.*

indagini venivano svolte ricorrendo ai *tormenta* con maggior vigore di quanto ne consentissero leggi³¹.

Sotto Valentiniano I e Valente, racconta lo storico, il carnefice, le torture, gli interrogatori cruenti (“*cruentae quaestiones*”) inferivano contro i cittadini d’ogni grado e condizione sociale, senza distinzione né riguardo per l’età o per la dignità³². Non ci si poneva scrupoli a disporre una smodata ripetizione degli interrogatori *cum tormentis*, tanto che non era insolito che i torturati morissero a causa dell’eccessiva violenza delle torture: “*replicatis igitur quaestionibus dense, et quibusdam vi nimia tormentorum absumptis*”³³.

La cruda testimonianza di Ammiano attesta, dunque, drammaticamente come in questi anni prevalga in modo netto la prassi, guidata del resto dallo stesso principe, mentre la *quaestio* perde la ve-

³¹ *Res Gest.* 21.16.9: *Addebatur miserorum aerumnis, qui rei maiestatis imminutae vel laesae deferebantur, acerbitas eius et iracundia suspicionesque in huius modi cuncta distentae. Et siquid tale increpisset, in quaestiones acrius exurgens quam civiliter, spectatores apponebat his litibus truces, mortemque longius in puniendis quibusdam, si natura permetteret, conabatur extendi....* Avrebbe persino tentato di prolungare la morte se la natura l’avesse permesso, conclude con iperbolico commento Ammiano.

³² *Res Gest.* 26.10.9: *His accedebant alia graviora et multo magis quam in proeliis formidanda. Carnifex enim et unci et cruentae quaestiones sine discrimine ullo aetatum et dignitatum per fortunas omnes et ordines grassabantur et pacis obtentu ius detestandum agitabatur, infaustam victoriam execrantibus universis internecivo bello quovis graviorem.* Chiunque, con qualsiasi mezzo, avesse accusato chi fosse anche palesemente innocente veniva accolto dall’imperatore come un amico fidato, degno di arricchirsi grazie alle disgrazie altrui e la sua naturale inclinazione alla crudeltà lo portava non solo a credere senza esitazione alle accuse ma persino ad esultare senza freno durante l’esecuzione dei supplizi: *Res Gest.* 26.10.11: *Nam ut quisque ea tempestate ob quamlibet valuerat causam, regio imperio prope accedens et aliena rapiendi aviditate exustus, licet aperte insontem arcessens ut familiaris suscipiebatur et fidus, ditandus casibus alienis.* 12. *Imperator enim promptior ad nocendum, criminantibus patens et funereas delationes adsciscens, per suppliorum diversitates effrenatius exultavit, sententiae illius Tullianae ignarus, docentis infelices esse eos qui omnia sibi licere existimarunt.* Tale spietatezza consegnò molti innocenti, di tutti gli strati sociali, alla tortura, sottoponendoli al cavalletto o ai colpi del carnefice: *Res Gest.* 26.10.13: *Haec implacabilitas causae quidem piissimae sed victoriae foedioris innocentes tortoribus exposuit multos, vel sub eculeo caput incurvos aut ictu carnificis torvi substravit: quibus, si pateretur natura, vel denas animas profundere praestabat in pugna quam lateribus fodicatis omni culpa immunis, fortunis gementibus universis, quasi laesae maiestatis luere poenas, dilaniatis ante corporibus, quod omni est tristius morte.*

³³ *Res Gest.* 29.3.8.

ste, sia pur formale, di mezzo volto alla ricerca della verità, valendo soprattutto per il suo effetto afflittivo e terroristico.

Anche la legislazione di questo periodo conferma il diligente abuso della tortura della quale, attraverso la discriminante della *condicio personarum*, viene riaffermato il ruolo di strumento repressivo e intimidatorio che ormai colpisce qualunque persona, indipendentemente dalla condizione sociale: ora prevale l'esigenza di porre degli argini alle violenze inquisitorie e anche laddove si rinvergono occasionali affermazioni che invocano la *veritas* come finalità ultima dell'indagine cruenta, queste appaiono più dettate da intenti di propaganda politica che da effettiva corrispondenza all'obiettivo dichiarato³⁴.

La visuale della ricerca della verità che contraddistingue la *quaestio* come strumento d'indagine ricomparirà nella prospettiva giustiniana della compilazione, ma senza incidere in maniera significativa sulla disciplina del mezzo che rimane in larga misura attestata sulla legislazione dei primi due secoli d.C. Di questo si ha conferma, segnatamente, non tanto nel *Codex* quanto all'interno del titolo *de quaestionibus* del Digesto, ove, come si è visto, viene raccolta una ricca e densa serie di passi, volti a stabilire (o, meglio, ristabilire) l'importanza investigativa e giudiziaria dello strumento.

³⁴ Così, ad esempio, nella costituzione di Valentiniano, Valente e Graziano riportata in C.Th. 13.9.2 del 372 d.C., ove gli imperatori affermano: "*quo eorum tormentis plenior veritas possit inquiri*". La costituzione interviene in riferimento ad una vicenda di indagini per appurare le cause di un naufragio, a fini risarcitori, gli imperatori rimettono al giudice la decisione circa l'opportunità di procedere all'accertamento dei fatti mediante *quaestio*. In tema, ricca di spunti interessanti è l'indagine lessicale all'interno del codice teodosiano di BOTTA, *Funzione inquirente*, cit., p. 37 ss. ma spec. p. 50 ss., ove sottolinea come in questa legge il termine '*inquisitio*' venga ad identificarsi con il mezzo istruttorio della *quaestio cum tormentis*; analogamente in C.Th. 13.9.3 (Grat., Valent., Theod. – a. 380) il *quaesitor* viene autorizzato a svolgere la sua attività di *inquisitio* anche nei confronti dei *magistri navium* (*ib.*, p. 50 ss.). L'equivalenza dei due termini compare poi soprattutto nelle costituzioni poste all'interno del libro IX del codice teodosiano al cui interno, tra l'altro, nota l'A. "l'uso del lemma è assai più parco di quanto ci si aspetterebbe". *Contra*, vedono nelle costituzioni citate il riferimento ad una *quaestio de naufragiis*, inteso come procedimento d'ufficio affidato al giudice e finalizzato all'accertamento delle cause del naufragio A.D. MANFREDINI, *Les naviculaires et le naufrage*, in *RIDA*, 33, 1986, p. 143 ss., e G. PURPURA, *Il naufragio nel diritto romano: problemi giuridici e testimonianze archeologiche*, in *AUPA*, 43, 1995, p. 473.

Una rapida panoramica delle leggi collazionate nel titolo 9.41, *de quaestionibus*, del Codice, rapportata al contenuto dei testi escerpti per la corrispondente trattazione del Digesto, conferma quest'affermazione.

Anzitutto, delle diciotto costituzioni che compongono il titolo ben quindici appartengono al II e al III secolo d.C., coprendo un arco temporale che va dal 196 al 294 d.C.³⁵.

In particolare, per l'esordio i compilatori hanno scelto il rescritto di Settimio Severo e Antonino Pio del 196 d.C. (C. 9.41.1), peraltro già presente all'interno del primo frammento del corrispettivo titolo dei *Digesta* (D. 48.18.1.16), ove, come visto a suo luogo, si enunciano due principi di base: il divieto di *quaestio* dei servi contro i padroni, con le eccezioni dei crimini di adulterio, di frode al censo e di *maiestas* e l'inutilizzabilità delle dichiarazioni del servo *contra dominos* in sede di formazione del convincimento del giudice³⁶. Si nota che questa è l'unica *lex* del titolo in cui compare il termine *fides*, peraltro in un più generale contesto relativo alle prove acquisite all'istruttoria. I grandi interrogativi sulla *fides quaestionum* di retori, giuristi e imperatori classici sfiorano appena il codice ma verranno ampiamente valorizzati in D. 48.18.

Seguono altre quattro leggi della dinastia severiana: un rescritto di Settimio Severo e Antonino Caracalla del 204 d.C. che vieta l'audizione dei servi contro i tutori o contro la madre dei loro padroni, a meno che non si tratti di tutela (C. 9.41.2)³⁷; una disposizione di Caracalla di pochi anni successiva (216 d.C.) con cui, dietro preliminarmente audizione dei servi, si consente la *quaestio* di una donna sospettata di avvelenamento del marito (C. 9.41.3)³⁸; un'altra norma

³⁵ Per il testo e la disamina delle leggi che compongono il titolo del codice giustiniano e che sono apparse rilevanti ai fini della presente ricerca si rinvia alle apposite sedi.

³⁶ Vd. cap. III, §§ 4 e 6.

³⁷ Sulle persone *loco domini* vd. cap. III, § 5.

³⁸ Per il testo vd. cap. II, § 3, dove si è notato come, al di là di ogni considerazione in merito alla peculiarità della fattispecie esaminata, il provvedimento di Caracalla ponga indicazioni di metodo sull'ordine delle torture: prima di procedere alla tortura della *mulier*, si deve procedere all'interrogatorio dei servi altrui. La costituzione si rivela quindi interessante agli occhi del legislatore giustiniano perché pone delle priorità: prima di torturare un soggetto libero, oltretutto di sesso femminile, è necessario adoperare i *tormenta* su persone di minor riguardo, ma qualora si

del medesimo imperatore sull'accusa mossa dai condannati e dai confessi (C. 9.41.4)³⁹; infine, un rescritto di Alessandro Severo che, nel 224, vieta l'indistinta sottoposizione alla tortura di tutti i servi manomessi con atto di ultima volontà (C. 9.41.5)⁴⁰.

Il rescritto di Gordiano del 240 d.C. che sancisce l'inattendibilità dei cosiddetti testimoni domestici⁴¹ precede una serie di rescritti diocleziane.

Del 286 d.C. è la norma con cui Diocleziano e Massimiano stabiliscono che i servi non possono essere presentati all'interrogatorio nemmeno su offerta del *dominus* (C. 9.41.7)⁴². A questa segue la costituzione, senza data, in C. 9.41.8, che nel *principium* proibisce la tortura, nelle cause criminali, dei soldati e dei figli sia dei soldati sia dei veterani, disposizione estesa a tutti coloro che sono tutelati dalla loro condizione, mentre il primo paragrafo ricalca nella sostanza la regola augustea che impone ai giudici di non iniziare le indagini dalla tortura⁴³. Seguono altri rescritti dei medesimi imperatori, che affermano la legittimità del ricorso alla *quaestio* quando si tratta di appurare lo *status ingenuitatis* (C. 9.41.9)⁴⁴ e la falsità del testamento (C. 9.41.10)⁴⁵. Viene poi ribadito il divieto, già posto da Marco Aurelio,

riscontrino elementi tali da far ritenere di essere prossimi alla ricostruzione del fatto, allora potrà essere sottoposta a tortura anche la stessa donna (la quale non dovrà avere di che lamentarsi, avendo avvelenato le viscere di un uomo).

³⁹ C. 9.41.4 Imp. Antoninus A. pars ex rescripto. *Sicuti convictis confessisque ad societatem scelerum vocantibus eos, a quibus apprehensi custoditive sunt, facile credi non oportet, ita, si evidentibus rationibus post commissum communiter facinus ad evitandam de se sententiam id fecisse fuerint probati, publicae vindictae non sunt subtrahendi*. PP. V k. April. Sabino et Anullino cons. [a. 216].

⁴⁰ C. 9.41.5 Imp. Alexander Severus A. Respecto. *Nec si mors testatoris vindicanda est, quaestioni indiscrete subiciuntur hi, qui libertatem supremo iudicio acceperunt*. PP. VI id. Mart. Iuliano et Crispino cons. [a. 225].

⁴¹ C. 9.41.6. Vd. cap. III, § 7.

⁴² Cfr. D. 48.18.18.7 (Paul. 5 *sent.*), citato in cap. III, § 7.

⁴³ Riferita in D. 48.18.1pr. Vd. *supra*, cap. II, § 4.

⁴⁴ C. 9.41.9 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. ad Charisium praesidem Syriae. *Super statu ingenuitatis per omnia interrogationum et quaestionum vestigia decurrendum est, ne alieni forte sordidae stirpis splendidis et ingenuis natalibus audeant subrogari, vel propria ac debita per compositam quaestionem quibus competit successio denegetur*. D. VI id. Mai. Hemesa ipsis IIII et III AA. cons. [a. 290].

⁴⁵ A tal fine, la costituzione permette di torturare anche i servi ereditari, anche se colui che vanta il titolo di erede abbia loro concesso la libertà: C. 9.41.10

di torturare i discendenti di famiglie illustri sino ai pronipoti, estendendo l'esenzione ad un ulteriore grado purché i precedenti gradi non si siano mai macchiati di colpe (C. 9.41.11)⁴⁶. Nel 291, Diocleziano e Massimiano ammettono la *quaestio* degli schiavi nelle cause relative alla loro posizione dominicale qualora non sia possibile scoprire la verità altrimenti: “*si aliis probationibus veritas illuminari non possit*”⁴⁷.

La tematica della tortura del servo ereditario ritorna in C. 9.41.13 del 293, ove si precisa che il divieto di tortura *adversus dominum* vale anche per il servo comune, con l'eccezione del caso in cui uno dei compadroni abbia ucciso l'altro⁴⁸. Il significato più generale della norma viene chiarito da una legge emanata l'anno seguente, ove gli imperatori, ribadendo il divieto di *quaestio* dei servi in merito alla posizione del *dominus*, precisano che deve considerarsi tale non solo il padrone attuale ma anche quello precedente (C. 9.41.14)⁴⁹. A fronte di questo divieto, viene ribadita, nello stesso anno, 294 d.C., la possi-

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Ptolemaeo. *Cum testamentum falsum esse proponas, ad illuminandam veritatem servos hereditarios, etsi libertas eis ab eo qui se heredem esse adfirmat praestita est, etiam per tormenta interrogari constitutionibus principum est permissum*. PP. VI k. Sept. ipsis IIII et III AA. cons. [a. 290]. Il testo diocleziano si segnala per l'elegante espressione “*ad inluminandam veritatem*”. Consonante, sotto l'aspetto lessicale, la legge in C. 9.41.12 dell'anno successivo (*veritas illuminari*), su cui tra breve. Analoga espressione è in Arcadio Carisio che, in un brano tratto dal *liber singularis de testibus* (in D. 48.18.10.5), con retorico tratto rilascia pratici suggerimenti circa le arti di persuasione “*in excutienda veritate*”, così che le cercate informazioni “*ad inluminandam veritatem in lucem emergunt*”. Vd. *infra*, ntt. 48 e 53.

⁴⁶ Vd. cap. II, nt. 85.

⁴⁷ C. 9.41.12. Vd. *supra*, nt. 45.

⁴⁸ Si tratta della seconda costituzione diocleziana dedicata alla *quaestio* dei servi ereditari, oltre alla già ricordata C. 9.41.10 (*supra*, nt. 45). A queste si aggiunge, all'interno del titolo, un terzo intervento dovuto a Giustiniano collocato in chiusura del titolo, C. 9.41.18, che, tra l'altro, è l'unica legge di quest'imperatore che vi ha trovato sede, oltre ad un passo ulpiano inserito nel titolo *de quaestionibus* del Digesto (D. 48.18.1.6). Secondo G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano da Ferrini a noi. Considerazioni e punti di vista critici*, in *RIDA*, 4, 1950, p. 50 ss. (= *Mélanges F. de Visscher III*), la forte assonanza testuale tra il rescritto diocleziano e un passo di Papiniano restituito in D. 48.18.17.2, costituirebbe prova della stretta collaborazione tra giuristi e cancelleria imperiale *Adde*, in senso adesivo, RONCATI, *L'interrogatorio degli schiavi*, cit., p. 269 nt. 33. Vd. *infra*, nt. 53.

⁴⁹ Vd. *supra*, cap. III, § 7.

bilità di interrogare il servo *de facto suo* non solo nelle cause criminali ma anche in quelle pecuniarie (C. 9.41.15)⁵⁰.

Ai rescritti dioclezianei fanno seguito soltanto due disposizioni del IV secolo, tratte dal corrispondente titolo del codice teodosiano⁵¹: si tratta di una legge di Valentiniano, Valente e Graziano del 376 (C. 9.41.16 = C.Th. 9.35.2) e di una di Arcadio e Onorio del 399 (C. 9.41.17 = C.Th. 9.35.6), entrambe attinenti, come si è già avuto occasione di rilevare, al tema dell'esonero dai *tormenta* di decurioni e di coloro che hanno ricoperto una carica pubblica⁵².

⁵⁰ Vd. *supra*, cap. III, § 7.

⁵¹ Delle sette costituzioni che componevano il *de quaestionibus* del codice teodosiano, solamente queste due leggi rimangono ubicate all'interno del corrispondente titolo del codice giustiniano, mentre soltanto una delle leggi presenti nel titolo 9.35 del codice di Teodosio II viene espunta dai compilatori giustiniani: si tratta di C.Th. 9.35.5, emanata dagli imperatori Valentiniano, Teodosio e Arcadio nel 389 d.C., con la quale si vietava l'infliczione della tortura nel periodo quaresimale.

⁵² C. 9.41.16 Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Antonium pp. Galliarum. *Decuriones sive ob alienum sive ob suum debitum exsortes omnino earum volumus esse poenarum, quas fidiculae et tormenta constituunt. Quod quidem capitale iudici erit, si in contumeliam ordinis exitiumque temptetur. 1. Maiestatis tantummodo reos et quae nefanda dictu sunt conscios aut molientes ex ordine municipali maneat tam cruenta condicio.* D. XV k. Oct. Trevisis Valente V et Valentiniano AA. cons. [a. 376]. Vd. *supra*, cap. II, nt. 85. C. 9.41.17 Impp. Arcadius et Honorius AA. Messalae pp. *Nihil sibi deflectens a iustitia indignatio cognitorum, nihil venalis exigentium terror in eas, quae aut innocentia securae aut principalis sunt honore munitae, intellegat licere personas ad inferendas iniurias corporales. Habeat hanc mercedem laboris multorum munerum testimoniis commendata devotio. 1. Idem est et si munia decurionatus quis deposuit: nam et ipse propter pristinam dignitatem quaestionem non patitur.* D. XII k. Sept. Theodoro cons. [a. 399]. Per i testi di queste costituzioni nel codice teodosiano vd. *supra*. In particolare, la norma in C.Th. 9.35.1, emanata da Valentiniano, Valente e Graziano nel 369 d.C., è la quarta legge del titolo 9.8 (*ad legem Iuliam maiestatis*): nella versione giustiniana la norma, pur presentando tagli e modifiche testuali, mantiene nella sostanza l'originario nucleo dispositivo, consistente nell'esonero dalla tortura di alcune categorie sociali (*militiae vel generis aut dignitatis defensione*), eccettuata la *causa maiestatis*, *in qua sola omnibus aequa condicio est*. La legge in C.Th. 9.35.3, emanata dai medesimi imperatori nel 377 d.C., trova invece sede in C. 12.1.10, all'interno del titolo *de dignitatibus*. Si annota che la qualifica di *senatorio nomine* presente nel testo teodosiano viene modificata dai giustiniani, che la generalizzano sostituendola con *clarissimo nomine*. Cfr. *supra*, nt. 19. Inoltre, la costituzione in C.Th. 9.35.4, di Graziano, Valentiniano e Teodosio I (a. 380) viene spostata in C. 3.12.5, nel titolo 3.12, *de feriis*.; così come C.Th. 9.35.7, di Onorio e Teodosio (a. 408), inserita in C. 3.12.8. Cfr. *supra*, nt. 22.

Il titolo si chiude con l'unica legge di Giustiniano in esso contenuta, C. 9.41.18⁵⁵. Si tratta di una costituzione emanata nel 529 che, intervenendo in merito alla specifica problematica dei servi ereditari, non contiene precetti di carattere generale. La costituzione, inoltre, si richiama nella parte iniziale a delle “*antiores leges et constitutiones*”, espressione che verosimilmente sta ad indicare le leggi contenute nel primo codice. Il dato consente di ipotizzare che la legge sia stata indotta, più che da esigenze correnti, dal riesame del-

⁵⁵ C. 9.41.18 Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. *De tormentis hereditariorum servorum sancimus, nullo discrimine secundum anteriores leges et constitutiones interposito, sive de iure hereditatis aliqua moveatur inter heredes quaestio sive de corporibus tantum hereditariis sive de utroque eorum, servos de corporibus tantum hereditariis interrogari: et licere servos eos tantummodo, qui res regendas detinent, sive in servitute relictus sunt sive libertatem adipisci per ultimam testatoris voluntatem praecepti sunt, in quaestionem rerum hereditariorum deduci et ex his ea quae occultata sunt revelari: prius sacramento super his a nobis statuto praestando*. D. XV k. Oct. Chalcedone Decio vc. cons. [a. 529]. Sulla collocazione di questa legge all'interno del titolo *de quaestionibus* vd. R. BONINI, *Giustiniano e i problemi del diritto e del processo penale. Appunti sul libro IX del Codice*, in *Ricerche*, cit., p. 167 nt. 2, che vi attribuisce il compito di trattare la disciplina della *quaestio servorum* in un'unica sede. La legge giustiniana in C. 9.41.18 è tema specifico del già citato lavoro di RONCATI, *L'interrogatorio degli schiavi*, cit., p. 257 ss. (ivi bibliografia). Va precisato, che all'interno della codificazione del 534, in titoli diversi dal *de quaestionibus* si rinvenivano anche altre costituzioni leggi del IV-V secolo nonché di Giustiniano contenenti riferimenti alla *quaestio*, a conferma del dato che l'uso del mezzo, lungi dall'essere scalfito da considerazioni etico-filosofiche o dai reiterati dubbi in merito alla sua *fides* che, come si è visto, si leggono anche nella compilazione, rimane saldo. Tuttavia, si tratta di testi che incidono su altri settori mentre sono del tutto marginali per quanto attiene alla disciplina dello strumento: nulla stabiliscono né aggiungono in fatto di regole sulla conduzione dell'interrogatorio *ad eruendam veritatem*. Cfr. ad esempio C. 6.30.22.10 (a. 531); C. 9.9.35pr. (a. 532); C. 1.27.1 (a. 534). Anche se non contiene indicazioni procedurali, si vuole comunque ricordare l'affermazione giustiniana che rifiuta il ricorso alla *quaestio (servorum)* qualora determinata soltanto da inutile e bieca crudeltà: C. 2.58.1.1 Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. *Ne autem perperam in quaestionem servorum quidam venientes sui animi crudelitatem exercent, non aliter concedi eis qui quaestionem servorum exposcunt ad hoc venire vel a iudicibus audiri, nisi prius tactis sacrosanctis scripturis deponant, quod non odio servorum vel propter offensas coheredum ad hoc venerunt, sed quia aliter rerum hereditariorum veritatem exquirere vel ostendere non possunt*. D. XII k. Oct. Constantinopoli Decio vc. cons. [a. 529].

la legislazione precedente e che fosse pertanto destinata a risolvere problemi connessi alla compilazione⁵⁴.

Il titolo del codice giustiniano, composto quasi per intero da materiale precostantiniano, si arresta, dunque, alla fine del 529, alle soglie dei lavori della raccolta di *iura*, che verrà avviata di lì a pochi mesi.

Sedes materiae d'elezione dell'interrogatorio *cum tormentis* è piuttosto il titolo 48.18, *de quaestionibus* dei *Digesta*⁵⁵, non solo punto d'arrivo della classicità ma anche luogo privilegiato che esprime, in un'articolata trattazione, i contorni e le modalità attuative dello strumento.

In questo contesto e in questa prospettiva, avviene il recupero giustiniano dell'elaborazione classica, che si snoda essenzialmente nel segno del *modus* e della *fides*. Seguendo queste due coordinate di evidente logica processuale si compie infatti il percorso del titolo *de quaestionibus* del Digesto, che si configura come una sorta di testo unico sulle modalità di escussione dell'interrogatorio *per tormenta*.

⁵⁴ Pur non riguardando espressamente questo profilo, si leggono tuttavia interessanti spunti di riflessione in tal senso in G.L. FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-533) e la codificazione di leges e iura*, in *SDHI*, 59, 1993, p. 169 ss.; P. VOCI, *Vicende della legislazione giustiniana negli anni 528-534*, in *SDHI*, 69, 2003, p. 107 ss. Per un quadro d'insieme della legislazione giustiniana di questi anni si rinvia (anche per la principale letteratura in tema) a DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici*, cit., p. 430 ss. Vd. *supra*.

⁵⁵ Ampliando lo sguardo all'interno dell'opera, si rinvengono disposizioni connesse anche tra i testi raccolti sulle regole della testimonianza all'interno del titolo 22.5 (*de testibus*), con ulteriori utili riferimenti in D. 29.5 (*de senatus consulto Silianiano*), per quanto attiene alla sottoposizione a *quaestio* e a *supplicium* degli schiavi il cui padrone fosse stato ucciso. Si ricorda, del resto, che in questo titolo trova sede la più ampia definizione ulpiana di *quaestio* che abbraccia qualsiasi tipologia di attività investigativa, ivi incluse quelle *sine tormentis* (D. 29.5.1.25, su cui vd. *supra*). Il titolo 48.18, in particolare, risulta composto da passi tratti dalle seguenti opere: Ulp. 8 *de officio proconsulis* (che compongono il lunghissimo frammento iniziale, § 1); Ulp. 39 *ad edictum* (§ 2); Ulp. 50 *ad edictum* (§ 3); Pap. 3 *de disputationum* (§ 4); Marc. 2 *institutionum* (§ 5); Pap. 2 *de adulteriis* (§ 6); Ulp. 3 *de adulteriis* (§ 7); Paul. *de adulteriis* (§ 8); Marcian. 2 *de iudiciis publicis* (§ 9); Arc. *l.s. de testibus* (§ 10); Paul. 2 *de officio proconsulis* (§ 11); Ulp. 54 *ad edictum* (§ 12); Mod. 5 *regularum* (§ 13); Mod. 8 *regularum* (§ 14); Call. 5 *de cognitionibus* (§ 15); Mod. 3 *de poenis* (§ 16); Pap. 16 *responsorum* (§ 17); Paul. 5 *sententiae* (§ 18); Tryph. 4 *disputationes* (§ 19); Paul. 3 *decretorum* (§ 20); Paul. *l.s. de poenis civilis* (§ 21); Paul. 1 *sententiarum* (§ 21).

In particolare, all'interno del primo, lungo frammento vengono esposti in gran parte i limiti alla tortura, che paiono raggruppati così da formare un insieme unitario utile per l'impostazione giuridica dell'istituto, che va ben al di là di una semplice ricostruzione metodologica. Essa comporta effetti giuridici e processuali tecnicamente ben delineati, frutto di un'elaborazione giurisprudenziale e legislativa tutt'altro che improvvisata. La visione d'insieme evidenzia come i passi riportati, basati soprattutto su costituzioni imperiali, intendano non solo porre regole pratiche per l'escussione ma appaiano anche volti a fissare una procedura che risulti idonea a ricomporre, per quanto possibile, la verità dei fatti ma soprattutto utile ai fini dell'utilizzabilità delle risultanze dell'interrogatorio in sede giudiziale.

L'incipit, come si è visto, condensa in immediata sequenza i cardini della disciplina, ormai di indubbia valenza generale: non si devono iniziare le indagini con la tortura, alle cui risultanze non può comunque attribuirsi cieca attendibilità⁵⁶. La *quaestio*, in ogni caso, deve essere preceduta dall'acquisizione di altri elementi probatori gravi e verosimili, rispetto ai quali deve porsi in rapporto di sussidiarietà⁵⁷. La sua esecuzione, infine, deve svolgersi nel rispetto di un giusto *modus*, che risparmi il torturato, *vel innocentiae vel supplicio*⁵⁸.

L'articolato susseguirsi dei brani riportati nel titolo, in ultima analisi, specifica ulteriormente le circostanze attuative del più corretto *modus* e le condizioni di maggiore credibilità (*fides*) delle risposte ottenute. In questa prospettiva, appartiene al testo delle Pandette l'esposizione di principi quali, ad esempio, la necessità di preesistenti elementi probatori come condizione di procedibilità⁵⁹; l'opportunità di iniziare l'interrogatorio da colui che appare più sospetto⁶⁰; la terzietà dei soggetti da escutere, che non devono essere affettivamente o altrimenti coinvolti nelle vicende dell'accusato⁶¹; il

⁵⁶ D. 48.18.1pr. Non pare al riguardo inconfidente il dato per anche il titolo D. 22.5 *de testibus* esordisca con un frammento relativo alla *fides*. Del resto, è naturale logica processuale che la disciplina delle prove sia incentrata sul problema dell'attitudine delle acquisizioni a portare alla *veritas*.

⁵⁷ D. 48.18.1.1.

⁵⁸ D. 48.18.7.

⁵⁹ D. 48.18.1.1; D. 48.18.18.2.

⁶⁰ D. 48.18.1.2.

⁶¹ D. 48.18.1.3, 9, 10, 24.

divieto di domande che suggeriscono le risposte⁶²; la reiterazione dell'interrogatorio soltanto in determinate circostanze⁶³.

Nella visuale della compilazione giustiniana, dunque, le indicazioni attinenti alla disciplina della materia sono lasciate alla raccolta che riunisce l'apporto della riflessione giurisprudenziale, quasi ad esprimere l'intenzione di lasciarle formulate secondo linee di principio generali, utili per formare il convincimento del giudice ma prive di un valore cogente in senso proprio⁶⁴.

Da quanto osservato, non pare potersi ravvisare un interesse di Giustiniano a disciplinare la *quaestio* in modo rigoroso, eccezion fatta per il profilo della delimitazione delle sfere soggettive di inapplicabilità, a conferma dell'uso sempre più dilagante dello strumento ben al di là della sola classe servile.

L'insieme dei passi raccolti nei due titoli giustiniani *de quaestionibus*, del Codice e del Digesto, pare in effetti significativa del fatto che non solo era da lungo tempo stabilizzata la disciplina del mezzo ma che la sua originaria afferenza alla sola categoria servile aveva già conosciuto ampia estensione agli uomini liberi. Lo sviluppo della ricca ed articolata problematica in tema di *modus tormentorum* e di *fides*, e l'intensa riflessione che ne scaturisce, anomale qualora accostate alla sola classe servile, acquistano inoltre maggior significato se si pensa ad un'acquisita consapevolezza da parte dei giuristi circa il fatto che la diffusione della *quaestio* era un problema che riguardava ormai tutta la popolazione, liberi inclusi.

Se ciò è vero, pare possibile un'ulteriore considerazione. Appare plausibile, infatti, che la descritta elaborazione dei giuristi si sia basata sulle regole individuate in riferimento alle *quaestiones servorum* in ambito domestico per estenderle al nuovo campo di incidenza. Tali regole, che tra l'altro lasciano intuire come lo schiavo non fosse percepito come una *res* al pari delle altre (in tal senso depon-

⁶² D. 48.18.1.21.

⁶³ D. 48.18.16pr.; D. 48.18.18.1.

⁶⁴ In quest'ottica, non deve peraltro trascurarsi il dato che se è vero che i compilatori hanno ritenuto di affidare la regolamentazione della *quaestio* prevalentemente al materiale di matrice giurisprudenziale, in questa fiducia ha certo giocato un ruolo importante il fatto che gli *iura compulsati* a tal fine racchiudono un numero di costituzioni talmente elevato da costituire, in realtà, queste stesse costituzioni le vere fondamenta della disciplina. Vd. cap. II, § 1.

gono i riferimenti al “*sentire*”, al “*dolor*”), potrebbero dunque essere state traslate in modo per così dire naturale alla tortura dei liberi. Un segnale di quest’operazione potrebbe cogliersi osservando che le norme esplicitamente attinenti alla *quaestio* di uomini liberi stabiliscono soprattutto delle esenzioni, mentre le disposizioni che prescrivono criteri di metodo e di valutazione sono spesso riferite alle *quaestiones servorum*. Ulteriormente, questo potrebbe anche contribuire a spiegare la rilevanza quantitativa dei passi che nella *sedes materiae* del Digesto si riferiscono alla *quaestio servorum*, mentre la tortura dei liberi, pur sicuramente dilagante, traspare soltanto.

La disciplina della *quaestio* come mezzo investigativo nell’ambito delle *cognitiones*, in altre parole, sarebbe dunque una risultante della trasposizione delle regole già applicate agli schiavi, in rapporto ai quali rilevava essenzialmente sotto il profilo della tutela dei diritti dominicali, e della nuova normazione, ove assume un rilievo ben diverso.

I criteri procedurali che vengono introdotti dalla legislazione in specifico riferimento all’interrogatorio *per tormenta* dei liberi sono in effetti di matrice diversa e nascono autonomamente in una prospettiva differente. Essi, pur traducendosi di fatto in limiti che tutelano l’uomo libero dal ricorso *ultra modum* alla tortura, si collocano in un’ottica ben diversa, che non è quella della tutela del padrone nè dell’integrità personale del *tortus* (fatta salva l’attenzione per la classe sociale) bensì la correttezza del procedimento. In tal senso depone anche il fatto che gli aspetti più tecnici della disciplina appartengono alla prima età imperiale, quando si sviluppa l’intensa attività tesa a ricavare regole metodologiche sulle modalità di conduzione del mezzo e finalizzate a salvaguardare la genuinità degli apporti dichiarativi.

Nell’economia dell’investigazione processuale, peraltro, la *quaestio* non diventa una prova in senso pieno ma assume una funzione complementare, quale strumento di chiusura dell’istruttoria, quasi a colmare la distanza tra verità e veridicità. Nella sua sussidiarietà, l’interrogatorio *cum tormentis* rimane uno strumento a sé stante, caratterizzato dall’impiego di *vis*, che assolve alla funzione di risolvere casi altrimenti destinati a rimanere

in una fase di stallo, così movimentando le *empasse* processuali diversamente governate dal dubbio.

Il *dolor*, tratto saliente del mezzo (come espresso dall'ulpiano D. 47.10.15.41) viene percepito come mezzo taumaturgico, in grado di aprire la strada alla *veritas* o, almeno, a quella che promana dal colpevole, dal teste oculare falso o reticente, da chi comunque occulti dentro di sé la conoscenza dei fatti. Quella *veritas*, portata alla luce con travaglio, sarà per il giudice elemento atipico e straordinario in grado di tranquillizzare il suo scrupolo di coscienza, di illuminare il dubbio e di fugarlo dai meandri della coscienza.

Una confessione anche *extorta*, sebbene promanante dal *tortus*, colma il *gap* che separa il *suspectus* dalla prova piena di colpevolezza, impedisce di assolvere chi non sia altrimenti raggiunto dalla dimostrazione piena di reità, ed al contempo consente di condannare il *suspectus* (“*suspectissimus*”⁶⁵) che abbia gridato la propria confessione. La *quaestio*, offrendo al giudice una *veritas* ‘*ex machina*’, consente quel *coup de théâtre* che conduce velocemente al finale del processo.

L'effettuazione della *quaestio* pone tuttavia con forza il problema della veridicità delle sue risultanze, determinando indicazioni penetranti da parte degli imperatori su criteri e metodiche cui attenersi nella fase dell'interrogatorio, al fine di salvaguardare la possibilità di fare emergere il vero.

Giuristi e retori conoscono benissimo i perversi intrecci che possono scaturire dalla violenza processuale, col variare soggettivo della *patientia* e dell'*impatientia*, in rapporto alla ricercata *veritas*. Ma lo scrupolo deve comunque giungere ad una conclusione che faccia salve le dichiarazioni meritevoli di *fides*, onerando di cautele il momento valutativo delle stesse. I casi critici assumono valore di metodo e di supporto all'attività del giudicante, con l'invito ad una valutazione giudiziosa ed accurata⁶⁶.

Emerge altresì la convinzione per cui le attestazioni, soprattutto se rese sotto tortura, non sono apprezzabili sulla base di criteri elaborati in via aprioristica, dovendo essere oggetto di una valutazione

⁶⁵ D. 48.18.1.2.

⁶⁶ Si ricordi il monito di Ulpiano: “*Causaque cognita habenda fides aut non habenda*” (D. 48.18.1.25).

rimessa, caso per caso, *ad eum qui iudicat*. Si pensi alle soluzioni in tema di *quaestio inimicorum*⁶⁷, di accuse contro chi ha consentito l'arresto⁶⁸, di dichiarazioni autoaccusatorie⁶⁹, di testimoni *domestici*⁷⁰ e, soprattutto alla complessa tematica delle dichiarazioni servili *contra dominos*, a sua volta strettamente intrecciata al tema delle chiamate in correità e alle dichiarazioni eteroaccusatorie rese spontaneamente⁷¹.

Le cospicue riflessioni espresse nelle fonti lasciano trasparire una realtà processuale delle *cognitiones extra ordinem* in cui il legislatore è indotto ad intervenire non per imporre verità predefinite ma per additare parametri di veridicità delle deposizioni. Vengono così posti degli indicatori empirici di riconoscibilità della menzogna o della sincerità del teste, criteri orientativi in merito all'attendibilità del dichiarante, nella consapevolezza che essi possono solo fungere da supporto logico e metodologico al giudicante, il cui corretto adempimento della propria funzione finisce per essere, di fatto, l'unica garanzia di veridicità.

Ma nonostante ogni tentativo, in conclusione rimane, amara, la riflessione che i *tormenta* non possono mai essere sede di verità, poiché la *fides quaestionis* “*est fragilis et periculosa et... veritatem fallat... ut exprimi eis veritas nullo modo possit*”⁷², nella consapevolezza che, anzi, “la verità resiste in quanto tale soltanto se non la si tormenta”⁷³.

⁶⁷ D. 48.18.1.24.

⁶⁸ D. 48.18.1.26.

⁶⁹ D. 48.18.1.27.

⁷⁰ D. 48.18.1.3; C. 9.41.6.

⁷¹ Si veda in particolare il cap. III, §§ 4, 5 e 6.

⁷² D. 48.18.1.23.

⁷³ F. DÜRRENMATT, *Das Sterben der Phithya*, Zürich, 1985 (trad. it. R. Colorni, *La morte della Pizia*, Milano, 1988).

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE

FONTI PREGIUSTINIANEE

Codex Theodosianus

- 1.32.3: 307, nt. 15
4.6.3: 307, nt. 15
8.1.4: 307, nt. 15
8.1.7: 307, nt. 15
8.1.9: 307, nt. 15
9.1.14: 133, nt. 117; 307, nt. 15
9.1.19: 307, nt. 15
9.1.19.1: 165, nt. 164; 307, nt. 15
9.5.1: 234, nt. 99; 239, nt. 106; 306,
nt. 13
9.16.6: 307, nt. 15
9.21.2: 307, nt. 15
9.35.1: 307 e nt. 16; 319, nt. 52
9.35.2: 181, nt. 11; 307, nt. 15; 308 e
nt. 17; 319
9.35.3: 307, nt. 15; 309 e nt. 19; 319,
nt. 52
9.35.4: 309 e nt. 20; 310, nt. 22; 319,
nt. 52
9.35.5: 309; 310, nt. 21; 319, nt. 51
9.35.6: 308 e nt. 18; 319
9.35.6pr.: 311 e nt. 26
9.35.7: 307, nt. 15; 310 e nt. 22; 319,
nt. 52
9.37.2: 307, nt. 15; 309, nt. 18
9.37.3: 307, nt. 15
9.37.4: 307, nt. 15
9.38.6: 307, nt. 15
9.38.8: 307, nt. 15
9.40.1: 307, nt. 15
11.1.11: 307, nt. 15
11.4.1: 307, nt. 15
11.30.2: 307, nt. 15; 309, nt. 18
11.36.7: 307, nt. 15
11.39.3: 180, nt. 8; 274, nt. 166
12.1.80: 307, nt. 15
12.1.85: 307, nt. 15
13.9.2: 234, nt. 99; 307, nt. 15; 315,
nt. 34
13.9.3: 234, nt. 99; 315, nt. 34

Collatio

- 2.4: 62, nt. 91
2.5: 62, nt. 91
2.5.2: 61, nt. 90
2.6: 62, nt. 91
3.3.1: 57, nt. 85
3.3.2: 57, nt. 85
3.3.3: 57, nt. 85
4.11.1: 226, nt. 83

Gai Institutiones

- 1.52: 46, nt. 67
1.53: 47, nt. 67; 57, nt. 85

- 2.105: 280, nt. 177
 3.222: 54, nt. 82
 4.97: 248, nt. 122; 249, nt. 125
- Pauli Sententiae*
- 1.12.1: 123, nt. 100
 1.12.2: 123, nt. 100
 1.12.3: 123, nt. 100
 1.12.4: 123, nt. 100
 1.12.5: 123, nt. 100
 1.12.6: 123, nt. 100; 166
 1.12.7: 122, nt. 96; 123, nt. 100
 2.17.11: 237, nt. 104
 2.17.12: 235, nt. 101; 237, nt. 104;
 286, nt. 190; 290, nt. 195
 2.26.9: 226, nt. 83
 3.6.23: 67, nt. 102
 5.14.1: 87, nt. 29; 88, nt. 31; 89, nt. 32;
 98, nt. 50; 100, nt. 51
 5.14.2: 138, nt. 123
 5.14.3: 168, nt. 169; 213, nt. 65
 5.14.4: 108, nt. 67
 5.14.5: 122, nt. 95
 5.15.1: 180, nt. 8; 284
 5.15.5: 176, nt. 5
 5.15.6: 266, nt. 152
 5.16.1: 266, nt. 152; 291, nt. 197
 5.16.4: 129, nt. 108; 231; 257, nt. 135
 5.16.6: 243, nt. 113
 5.16.8: 239, nt. 107
 5.16.8a: 283, nt. 186; 290, nt. 195
 5.16.8b: 129, nt. 108; 233, nt. 97
 5.16.9: 238, nt. 105
 5.26.1: 96, nt. 46
- Tituli ex corpore Ulpiani*
- 20.3: 280, nt. 177
- CORPUS IURIS CIVILIS*
- Codex*
- 1.4.3: 307, nt. 15
 1.27.1: 320, nt. 53
 2.58.1.1: 320, nt. 53
 3.12.5: 309, nt. 20; 319, nt. 52
- 3.12.8: 310, nt. 22; 319, nt. 52
 4.20.2: 289, nt. 194
 4.20.3: 289 e nt. 194
 4.20.4: 289, nt. 194
 4.20.5: 179, nt. 7; 289, nt. 194
 4.20.8: 291
 4.20.9: 274, nt. 166
 5.27.1: 307, nt. 15
 6.1.4.4: 266, nt. 152
 6.1.6: 307, nt. 15
 6.30.22.10: 320, nt. 53
 7.62.12: 309, nt. 18
 7.65.2: 307, nt. 15
 9.2.13: 133, nt. 117; 307, nt. 15
 9.2.17: 307, nt. 15
 9.2.17.1: 165, nt. 164
 9.8.3: 306, nt. 13
 9.8.4: 307, nt. 16
 9.9.3: 225, nt. 82
 9.9.6.1: 226, nt. 83
 9.9.35pr.: 320, nt. 53
 9.18.7: 307, nt. 15
 9.24.1: 307, nt. 15
 9.35.8 52 nt. 76
 9.41.1: 21; 25; 46, nt. 66; 93, nt. 40;
 102, nt. 56; 114; 129, nt. 108;
 225; 227, nt. 84; 262; 272; 273,
 nt. 162; 306, nt. 12; 316
 9.41.1.2: 274, nt. 166
 9.41.2: 22, nt. 19; 252; 266, nt. 152;
 306, nt. 12; 316
 9.41.3: 104; 270, nt. 157; 306, nt. 12;
 316
 9.41.4: 317 e nt. 39
 9.41.5: 317 e nt. 40
 9.41.6: 287; 294, nt. 203; 317; 326, nt.
 70
 9.41.7: 290; 317
 9.41.8: 21, nt. 15; 115; 119, nt. 89;
 270, nt. 157; 306, nt. 13; 317
 9.41.8.1: 20, nt. 10; 87, nt. 29; 129
 9.41.9: 266, nt. 152; 317 e nt. 44
 9.41.10: 20, nt. 10; 84, nt. 11; 120, nt.
 91; 145, nt. 136; 242, nt. 112;
 266, nt. 152; 317 e nt. 45; 318
 e nt. 48
 9.41.11: 112 nt. 75; 116, nt. 85; 305,

- nt. 11; 318
 9.41.11.1: 181, nt. 11
 9.41.12: 20, nt. 10; 22, nt. 19; 84, nt. 11; 120, nt. 91; 145, nt. 136; 235; 266, nt. 152; ; 291, nt. 198; 318, ntt. 45, 47
 9.41.13: 20, nt. 10; 22, nt. 19; 84, nt. 11; 242, nt. 112; 244, nt. 115; 247; 318
 9.41.14: 263, nt. 146; 291; 318
 9.41.15: 263, nt. 146; 266, nt. 152; 274, nt. 166; 291; 319
 9.41.16: 116, nt. 85; 181, nt. 11; 308, nt. 17; 319 e nt. 52
 9.41.17: 309, nt. 18; 311, nt. 26; 319 e nt. 52
 9.41.18: 84, nt. 11; 242, nt. 112; 318, nt. 48; 320 e nt. 53
 9.42.3: 133 nt. 117; 307, nt. 15; 309, nt. 18
 9.42.3.3: 133, nt. 117
 9.42.3.4: 133, nt. 117
 9.47.16: 307, nt. 15
 10.32.33: 307, nt. 15
 12.1.10: 307, nt. 15; 309, nt. 19; 319, nt. 52
 12.49.1: 307, nt. 15
 12.49.2: 307, nt. 15
Digesta
 1.1.4: 47, nt. 67
 1.5.4.1: 47, nt. 67
 1.5.4.2: 48, nt. 67
 1.5.4.3: 48, nt. 67
 1.5.5.2: 48, nt. 67
 1.5.5.3: 48, nt. 67
 1.6.2: 57, nt. 85
 1.18.21: 71, nt. 107
 2.4.18: 282, nt. 183
 2.14.13.1: 248, nt. 122
 3.3.76: 248, nt. 122
 3.6.9: 131, nt. 113
 4.2.22: 123, nt. 98
 4.3.7.7: 36, nt. 50
 5.1.53: 227, nt. 84
 7.1.23.1: 30, nt. 33; 68
 7.1.65pr.: 67, nt. 99
 7.1.66: 67
 9.2.5.1: 52, nt. 77
 9.2.5.3: 67, nt. 101
 9.2.6: 67, nt. 101
 9.2.23.4: 77
 9.2.33pr.: 78, nt. 120
 9.16.5.6: 100, nt. 51
 11.1.15pr.: 248, nt. 122
 11.3.1pr.: 70, nt. 105
 11.3.1.2: 70, nt. 105
 11.3.1.3: 70, nt. 105
 11.3.1.5: 71, nt. 106
 11.3.5pr.: 35, nt. 47
 11.3.9.1: 75
 11.3.11.1: 71, nt. 106
 12.4.15: 266, nt. 152
 12.6.64: 47, nt. 67
 16.3.5.1: 36, nt. 49
 16.3.7pr.: 34; 35, nt. 47
 19.5.8: 266, nt. 152
 21.1.17pr.: 236, nt. 102
 21.1.17.1: 236, nt. 102
 21.1.17.2: 236, nt. 102
 21.1.17.3: 236, nt. 102
 21.1.17.4: 236, nt. 102
 21.1.43.5: 241, nt. 110
 22.3.7: 235; 266, nt. 152; 285
 22.4.6: 183, nt. 13
 22.5.1pr.: 176; 182, nt. 12; 189, nt. 25; 297
 22.5.1.2: 176, nt. 5
 22.5.2: 181; 185, nt. 18; 187, nt. 21; 298, nt. 214
 22.5.3: 177, nt. 7
 22.5.3pr.: 179; 187, nt. 21; 297, nt. 212; 297, nt. 214
 22.5.3.1: 190; 190, nt. 28; 216, nt. 68
 22.5.3.2: 25, nt. 23; 129, nt. 108; 161, nt. 156; 190, nt. 27; 192
 22.5.3.3: 190, nt. 27; 193
 22.5.3.4: 190, nt. 27; 194, nt. 35; 195, nt. 37
 22.5.4: 184, nt. 15
 22.5.5: 184, nt. 15
 22.5.6: 183; 230, nt. 88
 22.5.7: 5, nt. 2; 20, nt. 10; 22, nt. 17; 184; 185, nt. 18; 211; 230, nt.

- 90; 292, nt. 200; 305, nt. 5
 22.5.8: 184, nt. 15
 22.5.9: 184, nt. 15; 283, nt. 184
 22.5.10: 184, nt. 15
 22.5.13: 114, nt. 80; 179, nt. 7
 22.5.15pr.: 183, nt. 13
 22.5.16: 176, nt. 5
 22.5.18: 183, nt. 13
 22.5.20: 183, nt. 13
 22.5.21pr.: 183, nt. 13
 22.5.21.1: 183, nt. 13
 22.5.21.2: 174, nt. 3; 186; 187, nt. 22;
 284, nt. 188; 297, nt. 212
 22.5.21.3: 19, nt. 10; 181, nt. 10
 22.5.23: 134, nt. 119
 22.5.24: 284
 26.7.27: 248, nt. 122
 27.3.1.3: 266, nt. 152
 28.2.11: 249, nt. 125
 29.5.1pr.: 46, nt. 66
 29.5.1.1: 249, nt. 125
 29.5.1.2: 249, nt. 125
 29.5.1.3: 249, nt. 125
 29.5.1.5: 301, nt. 220
 29.5.1.6: 243, nt. 113
 29.5.1.7: 243, nt. 113; 249, nt. 125
 29.5.1.8: 249, nt. 125
 29.5.1.11: 249, nt. 125
 29.5.1.14: 250
 29.5.1.18: 44
 29.5.1.21: 44; 301, nt. 220
 29.5.1.24: 44, nt. 62
 29.5.1.25: 30, nt. 34; 42; 305, nt. 6
 29.5.1.26: 301, nt. 220
 29.5.1.32: 299, nt. 217
 29.5.1.33: 29; 30, nt. 32; 45, nt. 65;
 138, nt. 123; 299
 29.5.3.14: 156, nt. 151
 29.5.6pr.: 245
 29.5.6.1: 46, nt. 66; 244, nt. 114
 29.5.6.2: 46, nt. 66; 244; 247
 29.5.10.1: 253, nt. 130; 305, nt. 8
 29.5.10.11: 253, nt. 130
 29.5.14: 295, nt. 207; 299, nt. 217; 300
 29.5.17: 246
 35.1.40.3: 47, nt. 67
 37.14.10: 97, nt. 48
 40.7.9.1: 97, nt. 48
 40.9.14pr.: 227, nt. 83
 40.11.2: 48, nt. 67
 41.1.48pr.: 248, nt. 122
 41.1.63.3: 248, nt. 122
 41.4.7.3: 248, nt. 122
 44.4.4.26: 295, nt. 207
 47.2.23: 295, nt. 207
 47.2.52.24: 71, nt. 106
 47.2.57.4: 248, nt. 122
 47.10.1pr.: 52, nt. 77
 47.10.1.3: 50
 47.10.5.1: 30, nt. 35
 47.10.15.2: 52, nt. 77
 47.10.15.5: 31, nt. 37
 47.10.15.6: 31, nt. 37
 47.10.15.15: 52, nt. 77
 47.10.15.16: 52, nt. 77
 47.10.15.24: 52, nt. 77
 47.10.15.34: 52; 54, nt. 82; 55; 58; 60,
 nt. 88; 68; 309, nt. 18
 47.10.15.35: 50, nt. 72; 53; 54, nt. 82;
 55
 47.10.15.36: 76, nt. 118
 47.10.15.38: 31, nt. 37; 61, nt. 90
 47.10.15.39: 32, nt. 38; 61, nt. 90
 47.10.15.40: 32 e nt. 39
 47.10.15.41: 5; 20, nt. 10; 27; 30; 32,
 nt. 39; 33; 37; 38, nt. 53; 43; 48;
 nt. 69; 63, nt. 94; 67, nt. 100;
 77; 130, nt. 110; 185, nt. 19;
 213; 268, nt. 155; 300, nt. 218;
 304; 325
 47.10.15.42: 41; 53, nt. 80; 56; 68;
 130, nt. 109; 303, nt. 1
 47.10.15.43: 61
 47.10.15.44: 27, nt. 27; 55, nt. 83; 63,
 nt. 94
 47.10.15.46: 52, nt. 77
 47.10.15.47: 72, nt. 109
 47.10.17.1: 53, nt. 80
 48.1.13.1: 64, nt. 95
 48.2.13: 227, nt. 84
 48.3.5: 111, nt. 74
 48.5.28(27).15: 131, nt. 113
 48.5.28.6: 227, nt. 83
 48.5.39.3: 97, nt. 48

- 48.5.40.8: 227, nt. 83
 48.6.7: 96, nt. 46; 305, nt. 7
 48.6.8: 64, nt. 95; 123, nt. 97
 48.7.2: 64, nt. 95
 48.7.3: 64, nt. 95
 48.7.4pr.: 64 e nt. 95
 48.7.4.1: 28, nt. 28; 64
 48.9.6: 301, nt. 220
 48.10.7: 290, nt. 196
 48.10.27.1: 182, nt. 12; 185, nt. 18
 48.11.7pr.: 123, nt. 97
 48.12.1: 227, nt. 84
 48.15.6pr.: 191, nt. 29
 48.18.1: 80 e nt. 2; 92, nt. 38; 98, nt. 50; 99; 121, nt. 93
 48.18.1pr.: 41, nt. 57; 82; 87; 97, nt. 47; 113, nt. 79; 117; 126; 143, nt. 131; 208; 211, nt. 61; 212; 276; 305, nt. 7; 305, nt. 9; 322
 48.18.1.1: 82; 89, nt. 31; 101, nt. 54; 112; 118; 124, nt. 102; 129; 130, nt. 111; 137; 168; 264; 270, nt. 157; 273; 296, nt. 209; 322
 48.18.1.2: 83; 135; 141; 305, nt. 9; 322; 325
 48.18.1.3: 83 e nt. 8; 127; 281; 305, nt. 11; 322; 326, nt. 70
 48.18.1.4: 83 e nt. 8; 100, nt. 51; 107; 210, nt. 58; 270, nt. 157; 305, nt. 11
 48.18.1.5: 84; 124, nt. 103; 127; 232; 233, nt. 95; 256; 257, nt. 135; 261; 305, nt. 9; 305, nt. 10
 48.18.1.6: 22, nt. 19; 83, nt. 8; 84; 242, nt. 112; 318, nt. 48
 48.18.1.7: 84
 48.18.1.8: 82, nt. 3; 84; 251
 48.18.1.9: 82, nt. 3; 84; 239; 252; 277, nt. 171; 322
 48.18.1.10: 84; 174, nt. 3; 306, nt. 12; 322
 48.18.1.11: 84; 162, nt. 158; 226, nt. 83; 253, nt. 130; 305, nt. 8
 48.18.1.12: 84; 162, nt. 158; 240; 253, nt. 130; 305, nt. 8
 48.18.1.13: 85; 238; 305, nt. 10
 48.18.1.14: 85, nt. 8; 85; 238; 305, nt. 11
 48.18.1.15: 85; 240; 306, nt. 12
 48.18.1.16: 85; 114; 129, nt. 108; 160, nt. 153; 225, nt. 82; 228, nt. 85; 260; 264; 270; 273, nt. 161; 306, nt. 12; 316
 48.18.1.17: 83, nt. 8; 85; 101, nt. 54; 111; 129; 130, nt. 111; 134, nt. 118; 179, nt. 7; 193, nt. 33; 210, nt. 58 ;267; 306, nt. 12
 48.18.1.18: 85; 242; 306, nt. 12
 48.18.1.19: 85; 86; 124, nt. 103; 150, nt. 142; 162, nt. 158; 168, nt. 167; 253; 255, nt. 132; 256, nt. 134; 257; 305, nt. 8
 48.18.1.20: 82, nt. 3; 85; 86
 48.18.1.21: 86; 147; 253, nt. 130; 259, nt. 138; 305, nt. 8; 323
 48.18.1.22: 86; 152; 153; 232, nt. 93; 258, nt. 137; 259, nt. 138; 261; 305, nt. 9
 48.18.1.23: 21, nt. 14; 38, nt. 53; 82, nt. 3; 161, nt. 155; 207, nt. 54; 212; 221; 297; 326
 48.18.1.24: 82, nt. 3; 215; 322; 326, nt. 67
 48.18.1.25: 82, nt. 3; 215; 274, nt. 165; 325, nt. 66
 48.18.1.26: 82, nt. 3; 216; 326, nt. 68
 48.18.1.27: 83, nt. 8; 86; 129, nt. 108; 140, nt. 124; 167, nt. 166; 218; 231; 233, nt. 95; 257, nt. 135; 305, nt. 11; 326, nt. 69
 48.18.2: 243; 245, nt. 116
 48.18.3: 87, nt. 29; 244; 244 e nt. 116; 247; 306, nt. 12
 48.18.4: 227, nt. 83
 48.18.6: 87, nt. 29
 48.18.6pr.: 131, nt. 113; 226, nt. 83
 48.18.6.1: 266, nt. 152
 48.18.7: 56, nt. 85; 87, nt. 29; 134; 322
 48.18.8pr.: 19; 89, nt. 31; 93; 103; 128, nt. 107; 210; 305, nt. 7
 48.18.9pr.: 95, nt. 44; 109, nt. 69; 265; 274, nt. 166; 305, nt. 10; 306, nt. 12

- 48.18.9.1: 265
 48.18.9.2: 125, nt. 105; 305, nt. 10
 48.18.10: 298
 48.18.10pr.: 298, nt. 215; 298, nt. 216; 305, nt. 10
 48.18.10.1: 174, nt. 5; 250; 297, nt. 211; 298, nt. 216
 48.18.10.2: 249
 48.18.10.3: 56, nt. 85; 109, nt. 68; 133
 48.18.10.4: 286
 48.18.10.5: 20, nt. 10; 120, nt. 91; 144; 192, nt. 32; 318, nt. 45
 48.18.10.6: 129, nt. 108
 48.18.11: 242
 48.18.12: 139, nt. 124; 234, nt. 98; 305, nt. 9
 48.18.13: 242, nt. 111
 48.18.15: 167; 187, nt. 22; 295
 48.18.15pr.: 129, nt. 108; 182, nt. 12; 189; 295; 298, nt. 216; 299, nt. 217; 305, nt. 10
 48.18.15.1: 115; 189, nt. 25; 278, nt. 173; 295; 296, nt. 209; 298, nt. 215; 298, nt. 216; 305, nt. 10
 48.18.15.2: 248; 305, nt. 10
 48.18.16pr.: 83, nt. 8; 165; 305, nt. 11; 323
 48.18.16.1: 165; 220, nt. 74; 247, nt. 120; 305, nt. 10
 48.18.17: 167
 48.18.17pr.: 226, nt. 83
 48.18.17.1: 227, nt. 83
 48.18.17.2: 244, nt. 115; 266, nt. 152
 48.18.17.3: 124; 220, nt. 74
 48.18.18pr.: 135, nt. 120; 138
 48.18.18.1: 111, nt. 71; 169; 213, nt. 65; 323
 48.18.18.2: 88, nt. 31; 108; 114, nt. 81; 134, nt. 118; 168, nt. 168; 270, nt. 157; 296, nt. 209; 322
 48.18.18.3: 26, nt. 25; 122; 163, nt. 160
 48.18.18.4: 274, nt. 164
 48.18.18.5: 129, nt. 108; 230; 233, nt. 95; 257, nt. 135; 259; 274, nt. 164
 48.18.18.6: 239
 48.18.18.7: 277; 283; 290, nt. 195; 317, nt. 42
 48.18.18.8: 129, nt. 108; 233
 48.18.20: 87, nt. 29; 88, nt. 30; 106, nt. 62; 275
 48.18.21: 139; 220; 305, nt. 9
 48.18.22: 122; 123, nt. 100
 48.19.6.2: 143, nt. 132
 48.19.8.1: 143, nt. 132
 48.19.8.2: 143, nt. 132
 48.19.8.3: 132, nt. 114; 143; 143, nt. 132; 143, nt. 133
 48.19.20: 131, nt. 112
 48.19.29: 140, nt. 124
 48.22.6.2: 112, nt. 75; 181, nt. 11
 49.5.2: 266, nt. 151; 276, nt. 167
 49.7.1.3: 124, nt. 101
 49.7.1.5: 97, nt. 48
 49.14.12: 125, nt. 105
 49.16.2.1: 97, nt. 48
 49.16.3.1: 117, nt. 85
 49.16.12.1: 94, nt. 42
 49.16.14.1: 98, nt. 48
 50.2.14: 125, nt. 105; 140, nt. 125; 181, nt. 11
 50.16.197: 156, nt. 151; 197, nt. 41
 50.17.32: 47, nt. 67
- Institutiones*
 1.2.2: 47, nt. 67
 1.3.2: 47, nt. 67
 1.3.3: 48, nt. 67
 1.5.pr.: 47, nt. 67
 1.8.2: 57, nt. 85
 2.10.9: 280, nt. 177
 4.4.1: 52, nt. 77
- Novellae*
 74.1: 48, nt. 67
 89.1: 48, nt. 67
 125.1: 191, nt. 29
- FONTI BIZANTINE
- Institutionum Iustiniani*
Paraphrasis Theophili
 1.2.2: 47, nt. 67

1.3.2: 47, nt. 67
1.5pr. : 47, nt. 67

art. 493, cc. 1, 2: 145, nt. 135
art. 499, c. 2: 147, nt. 140
art. 526: 147, nt. 140

FONTI MEDIEVALI

ACCURSIUS

Apparato al *Digestum Novum*

- D. 47.10.1.3, l. *Spectat enim ad nos iniuria*, gl. *affectui*: 50, nt. 72
D. 48.18.1pr., l. *In criminibus*, gl. *et non esse*: 91, ntt. 34 e 36
D. 48.18.1.3, l. *Ad quaestionem*, gl. *produxerit*: 282, nt. 183
D. 48.18.1.21, l. *Qui quaestionem*, gl. *interrogari*: 149, nt. 141
D. 48.18.1.22, l. *Divus Hadrianus*, gl. *amplius*: 154, nt. 150
D. 48.18.1.27, l. *Si quis ultro de maleficio*, gl. *suspectus*: 220, nt. 74
D. 48.18.15pr., l. *Ex libero homine, casus*: 189, nt. 25
D. 48.18.15pr., l. *Ex libero homine*, gl. *non vacillante*: 189, nt. 26
D. 48.18.18.5, l. *Iudex cum de fide*, gl. *ultro*: 230, nt. 89

BARTOLUS DE SAXOFERRATO

Secunda super Digesto Novo
ad D. 48.18.1.21: 149, nt. 141

IACOBUS DE BELLOVISU

Aurea practica criminalis
3.8.3: 149, nt. 141

ROLANDINUS DE' PASSEGGIERIIS

Summa totius artis notariae
Pars. II, cap. IX *de iudiciis*: 149, nt. 141

FONTI MODERNE

Codice di procedura penale italiano
art. 191: 147, nt. 140

FONTI LETTERARIE

AGOSTINUS

De civitate Dei
19.21.34-60: 20, nt. 13; 47, nt. 67

AMMIANUS MARCELLINUS

Rerum gestarum libri

- 14.1.4: 313, nt. 28
14.1.5: 313, nt. 28
14.5.1: 313, nt. 29
14.5.6: 313, nt. 29
21.16.9: 314, nt. 31
21.16.10: 313, nt. 30
26.10.9: 314, nt. 32
26.10.11: 314, nt. 32
26.10.12: 314, nt. 32
26.10.13: 314, nt. 32
28.1.8: 312, nt. 27
28.1.9: 312, nt. 27
28.1.10: 312, nt. 27
28.1.11: 311, nt. 27
28.1.12: 312, nt. 27
28.1.13: 312, nt. 27
28.1.14: 311, nt. 27
28.1.15: 311, nt. 27
29.3.8: 314, nt. 33

ARISTOTELES

Ethica Nicomachea
8.13: 51, nt. 73

Politica

I.1252ab: 47, nt. 67

AUCTOR AD HERENNIIUM

- 1.11.18: 157, nt. 151; 199, nt. 47; 200;
200, nt. 47
2.2.3: 157, nt. 151
2.4.6: 156, nt. 151

- 2.6: 196, nt. 39
 2.6.9: 199, nt. 45; 201, nt. 48
 2.7.10: 170, nt. 171; 201; 202; 214, nt. 67
 4.1.2: 280; 281
 4.3.5: 281, nt. 181
- CALPURNIUS FLACCUS
Declamationes
 12: 105, nt. 60
 42: 111, nt. 74
- CASSIUS DIO
Historiae romanae
 55.5.4: 223, nt. 77; 224, nt. 80
 57.19.2: 223, nt. 77
 60.5.4: 92, nt. 39
 64.3.4: 223, nt. 77
 69.6.3: 191, nt. 29
- CICERO
Academica Priora
 2.2.7: 13, nt. 1
 2.18.60: 13, nt. 1
 2.20.65: 13, nt. 1
 2.38.119: 15, nt. 5
 2.38.121: 15, nt. 5
 2.41.128: 15, nt. 5
- Brutus*
 293: 113, nt. 80
- De divinatione*
 2.27: 197, nt. 42
- De finibus bonorum et malorum*
 1.1.3: 13, nt. 1
 1.5.13: 13, nt. 1
 2.14.43: 13, nt. 1
 2.14.46: 13, nt. 1
- De imperio Cn. Pompei ad Quirites*
 17: 86, nt. 26
- De inventione*
 1.6: 17, nt. 8
 1.9: 144, nt. 134
- 1.11: 199, nt. 47
 1.16: 200, nt. 47
 1.48: 156, nt. 151
 2.22: 15, nt. 5
 2.65: 15, nt. 5
 2.161: 15, nt. 5
- De natura deorum*
 1.2.4: 13, nt. 1
 1.5.11: 13, nt. 1
 1.5.12: 13, nt. 1
 3.28.71: 13, nt. 1
- De officiis*
 1.4.13: 13 e nt. 1
 1.5.15: 14, nt. 2
 1.6.18: 14, nt. 3
 1.6.19: 14, nt. 3
 1.23: 173
 2.14.51: 14; 15
 2.2.7: 15, nt. 5
 2.2.8: 15, nt. 5
 3.10: 113, nt. 80
 3.17.69: 15
 3.21.79: 15, nt. 5
- De oratore*
 1.18.83: 17, nt. 8
 1. 21.94: 196, nt. 39
 1.31.138: 17, nt. 8
 1.34.158: 15, nt. 5
 2.1.2: 280, nt. 177
 2.7.30: 17, nt. 8
 2.25.105: 200, nt. 47
 2.30.130: 196, nt. 39
 2.30.132: 200, nt. 47
 2.40.173: 205
 3.14.55: 17, nt. 8
- De re publica*
 1.59: 197, nt. 42
 3.5.8: 13, nt. 1
 27.38: 47, nt. 67
- In L. Catilinam*
 3.15: 113, nt. 80

In P. Vatinius

10.24: 155, nt. 151

In C. Verrem

1.15: 113, nt. 80

2.3.74: 113, nt. 80

3.146: 113, nt. 80

Orator

132: 280, nt. 177

Partitiones oratoriae

5: 196, nt. 39

6: 198, nt. 44

50: 204

51: 204, nt. 51

79: 17, nt. 8

118: 224, nt. 81

102: 200, nt. 47

Pro Cluentio

63.176: 225, nt. 81

63.177: 225, nt. 81

Pro Milone

21.57: 33, nt. 41; 205

22.59: 206; 211, nt. 59; 222, nt. 77;
224, nt. 78; 228, nt. 86; 279, nt.
174*Pro Murena*

22.49: 155, nt. 151

Pro Rege Deiotaro

1.3: 206, nt. 53

30.11: 223, nt. 77

Pro Sex. Roscio Amerino

28.77: 225, nt. 81; 279

42.120: 206, nt. 53

Pro Scauro

26

Pro Sestio

44.95: 155, nt. 151

Pro Sulla

28.78: 205; 225, nt. 81

Topica

7: 196, nt. 39; 293, nt. 201

8: 196, nt. 39; 281, nt. 179; 293, nt.
202

24: 293, nt. 202

73: 180, nt. 8; 198, nt. 44; 293

74: 203

75: 294

82: 157, nt. 151

92: 157, nt. 151

93: 200, nt. 47

Tusculanae disputationes

2.3.9: 15, nt. 5

3.20.46: 13, nt. 1

3.21.51: 13, nt. 1

5.4.11: 15, nt. 5

EUSEBIUS

Historia Ecclesiastica

5.1.14: 35, nt. 45

5.1.20: 35, nt. 45; 234, nt. 98

5.1.22: 35, nt. 45

5.1.27: 35, nt. 45

FESTUS

De verborum significatione

42: 97, nt. 48

FRONTO

Epistulae

3.16: 280, nt. 177

HORATIUS

Ars Poetica

49: 157, nt. 151

IOHANNIS

Evangelium

18.38: 6, nt. 3

ISIDORUS HISPALENSIS

Etymologiae sive origines

5.21: 35, nt. 45
 5.27.22: 20, nt. 13; 31, nt. 36
 10.147: 155, nt. 151

MARTIALIS

Epigrammata

2.17: 33, nt. 41

PLAUTUS

Mostellaria

1086: 59, nt. 86

1096: 59, nt. 86

PLINIUS MINOR

Epistulae

3.9.24: 163, nt. 162

10.96.1: 127, nt. 106

10.96.8: 106, nt. 62

10.97.1: 128, nt. 106

Panegyricus Traiano imperatori dictus

42.2: 223, nt. 77

42.3: 223, nt. 77

42.4: 223, nt. 77; 254, nt. 131 ; 255,
 nt. 132

77.3: 113, nt. 80

QUINTILIANUS

Institutio oratoria

2.15.10: 17, nt. 8

2.15.12: 17, nt. 8

2.15.13: 17, nt. 8

2.15.14: 17, nt. 8

2.17.23: 17, nt. 8

2.15.33: 17, nt. 8

2.15.34: 17, nt. 8

2.15.38: 17, nt. 8

2.17.39: 17, nt. 8

3.3.3: 144, nt. 134

3.6.32: 200, nt. 47

3.6.66-80: 200, nt. 47

5.1.3: 198, nt. 43

5.4: 198, nt. 44

5.4.1: 197; 207; 213; 221, nt. 75

5.4.2: 207; 214, nt. 67

5.7: 198, nt. 44

5.7.1: 163, nt. 162

5.7.9: 163, nt. 162

5.7.10-14: 198, nt. 44

5.7.15-21: 198, nt. 44

5.7.17: 198, nt. 44

5.7.27: 198, nt. 44

5.9.1: 197, nt. 41

5.9.1.8: 156, nt. 151

5.10.11: 196, nt. 39

5.10.19: 100, nt. 51

5.10.20: 196, nt. 39

5.10.23-30: 180, nt. 9

5.10.70: 207

5.13.29: 196, nt. 39

Ps. QUINTILIANUS

Declamationes minores

314: 111, nt. 74

381: 105, nt. 60

SALLUSTIUS

Bellum Catilinae

30.6: 224, nt. 81

SENECA

Controversiae

10.1.30: 63, nt. 94

De beneficiis

3.22.3: 57, nt. 85

De ira

3.18.3: 20, nt. 11

Epistulae morales ad Lucilium

47: 47, nt. 67; 279

SVETONIUS

*De vita Caesarum**Augustus*

27.4: 223, nt. 77

Claudius

25.2: 57, nt. 85

Tiberius

58.1: 223, nt. 77

TACITUS

Annales

2.29: 224, nt. 80

2.30.3: 222, nt. 77

2.40.6: 245, nt. 117

3.14.2: 279, nt. 175; ; 280, nt. 177

3.22: 224, nt. 80

3.23: 224, nt. 80

3.67: 224, nt. 80

15.44.2-5: 20, nt. 11

Historiae

3.83: 32, nt. 40

TERENTIUS

Ecyra

773: 59, nt. 86

TERTULLIANUS

Apologeticum

1.1: 8, nt. 9

2.14: 87, nt. 28; 139, nt. 124; 142, nt.
1302.15: 87, nt. 28; 139, nt. 124; 142, nt.
130

VALERIUS MAXIMUS

Facta et dicta memorabilia

4.1.11: 108, nt. 66; 113, nt. 80

8.4.1: 59, nt. 86

9.15.4: 114, nt. 80

VARRO

Res Rustica

1.17.1: 62, nt. 93

1.17.5: 62, nt. 93

INDICE DEGLI AUTORI

- AGAMBEN G.: 155, nt. 151; 312, nt. 27
ALBANESE B.: 35, nt. 46; 36, nt. 49; 73, nt. 110; 76, nt. 117
ALIGHIERI D.: 9, nt. 10
ANGLIVIEL DE LA BEAUMELLE L.: 18, nt. 9
ANKUM H.: 223, nt. 77
ARANGIO-RUIZ V.: 36, nt. 49; 79, nt. 1; 236, nt. 102; 241, nt. 110
ARCARIA F.: 21, nt. 14; 23, nt. 19; 24, nt. 21; 175, nt. 4
ARCE J.: 18, nt. 9; 35, nt. 45; 311, nt. 25
ARCHI G.G.: 24, nt. 21; 318, nt. 48
ARICÒ ANSELMO G.: 35, nt. 46
BALESTRI FUMAGALLI M.: 175, nt. 4
BALZARINI M.: 28, nt. 28; 65, nt. 96; 96, nt. 46; 187, nt. 22
BARBAGALLO I.: 8, nt. 8
BARTHES R.: 17, nt. 8; 144, nt. 134; 196, nt. 39
BASSANELLI SOMMARIVA G.: 49, nt. 71; 310, nt. 23; 310, nt. 24
BAUMAN R.: 38, nt. 54; 94, nt. 42; 223, nt. 77; 243, nt. 113; 263, nt. 146
BECCARIA C.: 18, nt. 9; 218, nt. 70; 269, nt. 156
BELLAVISTA G.: 157, nt. 151
BELLOCCI N.: 30, nt. 31; 42, nt. 58; 49, nt. 70; 241, nt. 110
BELLODI ANSALONI A.: 6, nt. 3; 52, nt. 77; 64, nt. 95; 106, nt. 62; 146, nt. 138
BESELER G.: 93, nt. 42; 123, nt. 99; 255, nt. 132
BIANCHI FOSSATI VANZETTI M.: 88, nt. 31; 284, nt. 187; 286, nt. 190
BIANCHINI M.: 24, nt. 21; 310, nt. 21
BIONDI B.: 54, nt. 82
BONFANTE P.: 50, nt. 72
BONFIGLIO B.: 52, nt. 77; 61, nt. 90; 66, nt. 97; 67, nt. 99; 69, nt. 104; 70, nt. 105; 71, nt. 106; 72, nt. 108; 73, nt. 109; 73, nt. 110; 74, nt. 113; 75, nt. 114; 75, nt. 115; 76, nt. 116; 76, nt. 117; 77, nt. 119; 253, nt. 129
BONINI R.: 175, nt. 4; 178, nt. 7; 189, nt. 25; 189, nt. 26; 190, nt. 27; 191, nt. 28; 194, nt. 35; 263, nt. 146; 294, nt. 205; 295, nt. 206; 296, nt. 207; 297, nt. 210; 298, nt. 215; 320, nt. 53
BORGHESE A.: 8, nt. 9
BOSSI A.: 269, nt. 156
BOTTA F.: 24, nt. 21; 234, nt. 99; 306, nt. 13; 315, nt. 34
BRASIELLO U.: 23, nt. 20; 26, nt. 25; 28, nt. 29; 87, nt. 28; 93, nt. 42; 131, nt. 112; 140, nt. 124; 157,

- nt. 151; 174, nt. 5; 223, nt. 77
 BRESTONE M.: 13, nt. 1; 15, nt. 5; 47, nt. 67; 188, nt. 22; 191, nt. 29
 BROGGINI G.: 24, nt. 21; 36, nt. 49
 BRUNT P.A.: 18, nt. 9; 22, nt. 18; 23, nt. 19; 23, nt. 20; 26, nt. 25; 140, nt. 124; 167, nt. 166; 181, nt. 11; 223, nt. 77; 263, nt. 146; 311, nt. 25
 BRUTTI M.: 18, nt. 9; 52, nt. 77; 174, nt. 2; 178, nt. 7; 189, nt. 25; 191, nt. 28; 199, nt. 44; 204, nt. 52; 222, nt. 76; 223, nt. 77
 BUCKLAND W.W.: 223, nt. 77; 236, nt. 102; 288, nt. 192
 BURDESE A.: 64, nt. 95; 301, nt. 220
 BURKERT W.: 15, nt. 5
 CAFFARRA C.: 8, nt. 9
 CALBOLI MONTEFUSCO L.: 157, nt. 151; 200, nt. 47
 CAMINÀS F.J.: 179, nt. 7
 CARCATERRA A.: 200, nt. 47
 CARDASCIA G.: 187, nt. 22
 CAROFIGLIO G.: 11, nt. 13
 CASAVOLA F.: 301, nt. 220
 CASCIONE C.: 31, nt. 37
 CASONI F.: 142, nt. 129; 157, nt. 151; 267, nt. 154
 CAVALLA F.: 7, nt. 5; 196, nt. 39
 CAVALLINI E.: 47, nt. 67; 57, nt. 85
 CENTOLA D.A.: 50, nt. 72; 132, nt. 113
 CERAMI P.: 14, nt. 4; 23, nt. 20; 26, nt. 25; 29, nt. 29; 31, nt. 36; 87, nt. 28; 96, nt. 46; 106, nt. 62; 116, nt. 85; 139, nt. 124; 142, nt. 129; 142, nt. 130; 143, nt. 133; 146, nt. 137; 155, nt. 151; 218, nt. 69; 307, nt. 16; 308, nt. 17
 CHEVAILLER L.: 223, nt. 77; 301, nt. 220
 CHIOVENDA G.: 7, nt. 6
 CIACERI E.: 223, nt. 77
 CLOUD D.: 38, nt. 54; 96, nt. 46
 CORDERO F.: 5, nt. 1; 145, nt. 135; 148, nt. 140; 155, nt. 151
 COSTA E.: 23, nt. 20; 196, nt. 39; 223, nt. 77
 CRIFÒ G.: 63, nt. 94;
 CUJACIUS J.: 98, nt. 50; 108, nt. 66; 224, nt. 78; 248, nt. 123
 CURSI M.F.: 27, nt. 26; 32, nt. 38; 49, nt. 71; 51, nt. 74
 D'ORGEVAL B.: 98, nt. 50; 138, nt. 123; 139, nt. 124; 154, nt. 151; 191, nt. 28; 193, nt. 34; 194, nt. 35; 195, nt. 38; 257, nt. 134
 DALLA D.: 18, nt. 9; 29, nt. 29; 40, nt. 55; 42, nt. 58; 42, nt. 59; 43, nt. 60; 43, nt. 70; 45, nt. 64; 46, nt. 66; 57, nt. 85; 72, nt. 107; 88, nt. 29; 93, nt. 41; 93, nt. 42; 94, nt. 43; 95, nt. 45; 107, nt. 64; 156, nt. 151; 211, nt. 63; 223, nt. 77; 228, nt. 84; 243, nt. 113; 244, nt. 114; 245, nt. 116; 245, nt. 118; 246, nt. 119; 249, nt. 125; 249, nt. 125; 251, nt. 126; 253, nt. 130; 295, nt. 205; 296, nt. 207; 299, nt. 216; 299, nt. 217; 300, nt. 219; 301, nt. 220; 302, nt. 221
 DAUBE D.: 62, nt. 91; 63, nt. 94
 DE BONFILS G.: 313, nt. 27
 DE GIOVANNI L.: 89, nt. 31; 133, nt. 116; 321, nt. 54
 DE MARINI AVONZO F.: 22, nt. 16; 22, nt. 18; 23, nt. 20; 89, nt. 32; 92, nt. 39; 163, nt. 162; 223, nt. 77; 224, nt. 80; 258, nt. 137; 280, nt. 177
 DE ROBERTIS F.: 42, nt. 59; 94, nt. 42
 DEL PRETE P.: 223, nt. 77
 DELL'ORO A.: 82, nt. 2; 84, nt. 12; 92, nt. 39; 102, nt. 55; 183, nt. 14; 220, nt. 72; 245, nt. 112
 DEMICHELÌ A.M.: 313, nt. 27
 DESANTI L.: 27, nt. 26; 31, nt. 37; 54, nt. 82; 280, nt. 178; 282, nt. 183
 DEVROEY J.P.: 188, nt. 22
 DI CHIARA G.: 174, nt. 2; 199, nt. 44
 DI PORTO A.: 71, nt. 106
 DONADIO N.: 236, nt. 102
 DÜRRENMATT F. 326, nt. 73

- EHRHARDT A.: 18, nt. 9; 23, nt. 20; 26, nt. 25; 33, nt. 42; 43, nt. 60; 82, nt. 2; 223, nt. 77; 227, nt. 84; 239, nt. 105; 240, nt. 109; 243, nt. 113; 244, nt. 115; 258, nt. 137; 280, nt. 177; 289, nt. 193; 294, nt. 205
- ERNOUT A.: 197, nt. 41; 236, nt. 102
- FALCHI G.L.: 321, nt. 54
- FANIZZA L.: 64, nt. 95 cap. II nt. 119 cap. III nt. 35 205 219 220 221. II nt. 112; 131, nt. 112; 134, nt. 119; 156, nt. 151; 194, nt. 35; 295, nt. 205; 300, nt. 219; 301, nt. 220; 302, nt. 221
- FASANO R.: 18, nt. 9; 22, nt. 18; 23, nt. 20; 38, nt. 54; 42, nt. 58; 52, nt. 77; 88, nt. 29; 98, nt. 50; 132, nt. 113; 178, nt. 7; 188, nt. 22; 189, nt. 25; 223, nt. 77; 288, nt. 192; 311, nt. 25
- FAYER C.: 226, nt. 83
- FEENSTRA R.: 24, nt. 21
- FERRAJOLI L.: 6, nt. 4; 222, nt. 76
- FERRETTI P.: 253, nt. 129; 272, nt. 160
- FERRINI C.: 301, nt. 220
- FINLEY M.I.: 48, nt. 68
- FIORELLI P.: 18, nt. 9; 22, nt. 16; 22, nt. 18; 23, nt. 20; 26, nt. 25; 111, nt. 74; 127, nt. 106; 132, nt. 113; 150, nt. 141; 165, nt. 164; 183, nt. 12; 187, nt. 22; 211, nt. 63; 223, nt. 77; 224, nt. 80; 227, nt. 83; 227, nt. 84; 237, nt. 103; 243, nt. 113; 244, nt. 115; 266, nt. 152; 280, nt. 177; 288, nt. 192; 290, nt. 196; 311, nt. 25
- FITTING H.: 245, nt. 116
- FORCELLINI A.: 32, nt. 40; 97, nt. 48 145, nt. 135; 155, nt. 151; 229, nt. 87; 230, nt. 89
- FORMIGONI CANDINI W.: 223, nt. 77; 224, nt. 80
- FOUCAULT M.: 8, nt. 8
- FRAGISTAS CH. N.: 24, nt. 21
- FRANCIOSI G.: 233, nt. 96
- FRASCHETTI A.: 312, nt. 27
- FREUDENBERGER R.: 18, nt. 9; 88, nt. 29
- FREYBURGER G.: 174, nt. 2
- FUHRMANN M.: 31, nt. 37
- GALLO F.: 15, nt. 7
- GAMAUF R.: 48, nt. 68; 57, nt. 85; 236, nt. 102
- GARNSEY P.: 23, nt. 20; 29, nt. 29; 96, nt. 46; 126, nt. 105; 178, nt. 7; 179, nt. 7; 223, nt. 77; 255, nt. 132; 311, nt. 25
- GAROFALO L.: 241, nt. 110; 312, nt. 27
- GAUDEMET J.: 51, nt. 75
- GEBHARDT J.: 67, nt. 102
- GEIB G.: 26, nt. 25
- GIANTURCO V.: 157, nt. 151
- GIGLIO S.: 188, nt. 22
- GIOFFREDI C.: 18, nt. 9; 301, nt. 220; 312, nt. 27
- GIOMARO A. M.: 132, nt. 113
- GIUFFRÉ V.: 23, nt. 20; 117, nt. 85; 178, nt. 7; 189, nt. 25
- GIULIANI A.: 8, nt. 8; 196, nt. 39
- GNOLI F.: 157, nt. 151
- GORIA F.: 16, nt. 7
- GOTHOFREDUS D.: 86, nt. 28; 142, nt. 129; 289, nt. 194
- GRELLE F.: 133, nt. 116
- GUALANDI G.: 94, nt. 42; 111, nt. 72; 114, nt. 82; 242, nt. 111; 257, nt. 134; 266, nt. 151
- GUIZZI F.: 90, nt. 33
- HÄBERLE P.: 6, nt. 4
- HACKL K.: 180, nt. 8
- HAGEMANN M.: 27, nt. 26
- HARRIES J.: 18, nt. 9; 180, nt. 8
- HEINRICHS J.: 38, nt. 54
- HENRION R.: 24, nt. 21
- HONORÉ T.: 80, nt. 1; 133, nt. 116; 263, nt. 146
- HUMBERT G.: 155, nt. 151
- IMPALLOMENI G.: 236, nt. 102; 241, nt. 110
- IRTI N.: 7, nt. 7
- JHERING R. VON: 269, nt. 156
- KAJAVA M.: 76, nt. 116
- KARABELIAS E.: 18, nt. 9

- KASER M.: 63, nt. 94; 180, nt. 8; 246, nt. 119; 301, nt. 220
- KLEINFELLER R.: 155, nt. 151
- KOBBERT M.: 114, nt. 80.
- KUNKEL W.: 134, nt. 118
- LA ROSA F.: 52, nt. 77
- LAFFI U.: 131, nt. 112; 132, nt. 115
- LAMBERTINI R.: 48, nt. 67; 70, nt. 104; 70, nt. 105; 191, nt. 29; 227, nt. 83
- LANATA G.: 35, nt. 45; 127, nt. 106; 234, nt. 98
- LANFRANCHI F.: 274, nt. 166
- LATTANZI G.: 147, nt. 140
- LAURIA M.: 23, nt. 21
- LAUSBERG H.: 196, nt. 39
- LÉCRIVAIN C.: 23, nt. 20
- LENEL O.: 27, nt. 26; 32, nt. 39; 40, nt. 56; 45, nt. 63; 67, nt. 98; 81, nt. 2; 98, nt. 50; 152, nt. 148; 156, nt. 151; 185, nt. 18; 211, nt. 62; 243, nt. 112; 243, nt. 113
- LEVY E.: 23, nt. 21; 94, nt. 42; 97, nt. 48; 141, nt. 128
- LÉVY J.PH.: 18, nt. 9; 22, nt. 16; 23, nt. 20; 24, nt. 21; 26, nt. 25; 87, nt. 29; 94, nt. 43; 122, nt. 95; 152, nt. 147; 175, nt. 4; 209, nt. 56; 219, nt. 71; 223, nt. 77; 311, nt. 25
- LIEBS D.: 23, nt. 19; 88, nt. 29; 223, nt. 77; 242, nt. 111; 257, nt. 134; 266, nt. 151
- LITEWSKI W.: 35, nt. 47; 276, nt. 167
- LIVA S.: 204, nt. 52
- LOMBARDI M.: 174, nt. 2
- LONGO G.: 96, nt. 46
- LOSCHIAVO L.: 180, nt. 8; 188, nt. 22; 191, nt. 28; 195, nt. 38
- LOTITO G.: 15, nt. 5
- LOVATO A.: 116, nt. 85; 124, nt. 101
- LUCREZI F.: 23, nt. 20; 49, nt. 70; 96, nt. 46
- LUPO E.: 147, nt. 140
- LURASCHI G.: 156, nt. 151; 269, nt. 156
- LUZZATTO G.I.: 42, nt. 58; 42, nt. 59
- MAGANZANI L.: 36, nt. 48.
- MANFREDINI A. D.: 35, nt. 47; 36, nt. 48; 36, nt. 49; 37, nt. 52; 42, nt. 58; 52, nt. 77; 63, nt. 94; 179, nt. 7; 187, nt. 22; 236, nt. 102; 239, nt. 106; 291, nt. 197; 315, nt. 34
- MANNA L.: 236, nt. 102; 241, nt. 110
- MANNINO V.: 269, nt. 156
- MANTOVANI D.: 24, nt. 21; 28, nt. 29; 80, nt. 1; 81, nt. 2; 84, nt. 12; 85, nt. 21; 86, nt. 26; 97, nt. 48; 133, nt. 116; 147, nt. 139; 155, nt. 151; 204, nt. 52; 223, nt. 77; 224, nt. 79; 227, nt. 84; 234, nt. 99; 239, nt. 105; 240, nt. 109; 243, nt. 112; 255, nt. 132; 256, nt. 134; 263, nt. 146
- MANZINI V.: 157, nt. 151
- MANZONI A.: 269, nt. 156
- MAROTTA V.: 22, nt. 18; 23, nt. 20; 26, nt. 25; 57, nt. 85; 79, nt. 1; 81, nt. 2; 89, nt. 31; 102, nt. 55; 125, nt. 105; 166, nt. 166; 223, nt. 77; 224, nt. 80; 233, nt. 95; 239, nt. 105; 243, nt. 112; 243, nt. 113; 249, nt. 124; 254, nt. 131; 255, nt. 132; 256, nt. 134; 262, nt. 146; 265, nt. 150; 295, nt. 205; 295, nt. 207
- MARTINI R.: 42, nt. 58; 236, nt. 102
- MASI DORIA C.: 57, nt. 85; 108, nt. 66; 132, nt. 115; 275, nt. 166
- MATTHAEUS A.: 101, nt. 53; 103, nt. 58; 132, nt. 115; 142, nt. 129; 169, nt. 170; 182, nt. 12; 203, nt. 50; 308, nt. 17
- MAYER-MALY TH.: 31, nt. 37; 106, nt. 62
- MEILLET A.: 197, nt. 41; 236, nt. 102
- MELLOR A.: 23, nt. 20
- METRO A.: 52, nt. 77; 275, nt. 166
- MICELI M.: 155, nt. 151; 198, nt. 4; 200, nt. 474
- MICHELI G.A.: 8, nt. 8;
- MIGLIETTA M.: 31, nt. 37; 49, nt. 70; 60, nt. 89; 132, nt. 115

- MOMMSEN TH.: 17, nt. 9; 23, nt. 20; 26, nt. 25; 28, nt. 29; 38, nt. 54; 52, nt. 77; 59, nt. 86; 98, nt. 50; 132, nt. 113; 154, nt. 151; 187, nt. 22; 188, nt. 23; 204, nt. 52; 223, nt. 77; 227, nt. 84; 294, nt. 205; 311, nt. 25
 MONIER R.: 236, nt. 102
 MORABITO M.: 18, nt. 9; 98, nt. 50; 132, nt. 113; 288, nt. 192
 MORTARA GARAVELLI B.: 17, nt. 8; 144, nt. 134; 197, nt. 39; 281, nt. 180
 MOZOS-TOUYA DE LOS, J.J.: 195, nt. 38
 MÜLLER-EISELT K.P.: 125, nt. 105
 NARDI E.: 42, nt. 59; 106, nt. 62
 NASTI F.: 38, nt. 54
 NATALINI C.: 188, nt. 22
 NAVARRA M.: 315, nt. 27
 NICOLINI N.: 157, nt. 151
 NICOSIA G.: 35, nt. 46; 236, nt. 102
 NÖRR D.: 174, nt. 2
 ORESTANO R.: 87, nt. 29; 102, nt. 55
 ORTU R.: 236, nt. 102; 242, nt. 110
 PAGANO M.: 217, nt. 69
 PALAZZOLO N.: 191, nt. 28
 PANSOLLI L.: 18, nt. 9; 22, nt. 18; 23, nt. 20; 223, nt. 77
 PAOLI U. E.: 48, nt. 68
 PARLAMENTO E.: 242, nt. 110
 PATTI S.: 8, nt. 8;
 PAVÓN P.: 33, nt. 41
 PERELMAN CH.: 24, nt. 21, 176 nt. 4
 PERGAMI F.: 24, nt. 21; 276, nt. 167
 PERNICE A.: 36, nt. 49
 PEROZZI S.: 54, nt. 82
 PETERS E.: 18, nt. 9
 PIETRINI S.: 24, nt. 21; 306, nt. 13
 PIZZORUSSO A.: 8, nt. 8;
 PLESCIA J.: 31, nt. 37
 POLARA G.: 301, nt. 220
 POLAY E.: 27, nt. 26
 PÖLÖNEN R.: 89, nt. 31; 89, nt. 32; 107, nt. 64; 112, nt. 75; 122, nt. 95; 126, nt. 105; 139, nt. 124; 166, nt. 166; 189, nt. 25; 219, nt. 71; 239, nt. 105; 296, nt. 207; 301, nt. 220
 POMA G.: 236, nt. 102
 POTHIER R. J.: 26, nt. 25; 122, nt. 95
 PUGLIESE G.: 22, nt. 19; 23, nt. 20; 24, nt. 21; 24, nt. 22; 38, nt. 54; 84, nt. 11; 87, nt. 28; 88, nt. 29; 89, nt. 31; 98, nt. 50; 99, nt. 51; 111, nt. 74; 127, nt. 106; 157, nt. 151; 178, nt. 7; 198, nt. 44; 208, nt. 55; 223, nt. 77; 261, nt. 142; 273, nt. 161; 274, nt. 166; 277, nt. 170; 288, nt. 192; 311, nt. 25
 PULIATTI S.: 132, nt. 113; 175, nt. 4; 191, nt. 29; 223, nt. 77; 224, nt. 80; 225, nt. 82; 226, nt. 83
 PURPURA G.: 315, nt. 34
 QUADRATO R.: 57, nt. 85
 RABER F.: 27, nt. 26; 52, nt. 77; 63, nt. 94
 REDUZZI MEROLA F.: 49, nt. 70; 236, nt. 102
 REEKMANS T.: 47, nt. 67
 RENAZZI F.M.: 26, nt. 25; 174, nt. 2
 RICCOBONO S.: 255, nt. 132
 RILINGER R.: 180, nt. 8; 187, nt. 22
 RIPOSATI B.: 196, nt. 39
 RIZZELLI G.: 31, nt. 37; 47, nt. 67; 51, nt. 73; 63, nt. 93; 227, nt. 83
 ROBINSON C.: 23, nt. 20; 98, nt. 50; 132, nt. 113; 223, nt. 77
 RODRÍGUEZ-ENNES L.: 31, nt. 37
 ROGERS R.S.: 223, nt. 77
 RONCATI S.: 235, nt. 100; 243, nt. 112; 318, nt. 48; 320, nt. 53
 RUSSO RUGGERI C.: 18, nt. 9; 22, nt. 16; 22, nt. 18; 31, nt. 35; 38, nt. 54; 88, nt. 29; 89, nt. 32; 90, nt. 33; 96, nt. 46; 105, nt. 60; 127, nt. 106; 134, nt. 118; 157, nt. 151; 187, nt. 22; 189, nt. 25; 218, nt. 69; 223, nt. 77; 224, nt. 80; 227, nt. 83; 236, nt. 102; 311, nt. 25; 313, nt. 27
 SAGNOTTI C.: 197, nt. 39
 SALERNO F.: 126, nt. 105
 SANTALUCIA B.: 23, nt. 20; 24, nt. 21;

- 38, nt. 54; 89, nt. 31; 89, nt. 32;
96, nt. 46; 105, nt. 60; 113, nt.
77; 132, nt. 115; 141, nt. 128;
143, nt. 132; 179, nt. 7; 188,
nt. 22; 223, nt. 77; 306, nt. 14
- SANTORO R.: 312, nt. 27
- SANTUCCI G.: 188, nt. 22
- SCHIAVO S.: 71, nt. 106; 124, nt. 100
- SCHIAVONE A.: 301, nt. 220
- SCHUMACHER L.: 18, nt. 9; 97, nt. 48;
155, nt. 151; 223, nt. 77; 237,
nt. 103; 239, nt. 105; 245, nt.
117; 245, nt. 118; 257, nt. 134;
266, nt. 151; 280, nt. 177; 281,
nt. 182; 290, nt. 196
- SCIASCIA G.: 295, nt. 208
- SCIORTINO S.: 124, nt. 100
- SEIDL E.: 178, nt. 7
- SEITZ W.: 38, nt. 54
- SHERWIN-WHITE A.N.: 106, nt. 62
- SIMON D.: 176, nt. 4; 178, nt. 7; 183,
nt. 13; 187, nt. 22; 191, nt. 28;
275, nt. 166; 291, nt. 197
- SOLIDORO MARUOTTI L.: 38, nt. 54
- SONETTI P.: 236, nt. 102
- SOUBIE A.: 175, nt. 4
- SPAGNUOLO VIGORITA T.: 80, nt. 1; 155,
nt. 151
- SPOSITO G.: 197, nt. 39
- TALAMANCA M.: 175, nt. 4; 191, nt. 29;
266, nt. 151
- TARUFFO M.: 7, nt. 5; 7, nt. 6; 8, nt. 7;
8, nt. 8; 10, nt. 12
- TAUBENSCHLAG R.: 33, nt. 42
- THOMAS Y.: 9, nt. 11; 18, nt. 9; 89, nt.
31; 234, nt. 99
- TRIGGIANO A.: 18, nt. 9; 197, nt. 39
- VARVARO M.: 157, nt. 151; 218, nt. 69;
269, nt. 156
- VENTURINI C.: 132, nt. 115
- VERRI P.: 18, nt. 9
- VIARENGO G.: 176, nt. 4
- VICKERS B.: 200, nt. 47
- VIEHWEG T.: 196, nt. 39
- VIGNERON R.: 18, nt. 9; 223, nt. 77
- VINCENTI U.: 23, nt. 20; 92, nt. 37; 100,
nt. 51; 127, nt. 106; 140, nt.
126; 164, nt. 162; 176, nt. 4;
178, nt. 7; 180, nt. 8; 183, nt.
14; 187, nt. 22; 189, nt. 25;
190, nt. 28; 212, nt. 63; 228,
nt. 84; 266, nt. 152; 274, nt.
166; 276, nt. 167; 291, nt. 197;
296, nt. 207; 298, nt. 216
- VOCI P.: 16, nt. 7; 321, nt. 54
- VOET J.: 86, nt. 28; 97, nt. 48; 135, nt.
120; 193, nt. 33
- VOLKMANN H.: 94, nt. 42; 223, nt. 77;
224, nt. 80
- VOLTERRA E.: 54, nt. 82; 123, nt. 99;
131, nt. 112; 246, nt. 119
- WACKE A.: 49, nt. 70
- WALDE A.: 155, nt. 151
- WARKALLO W.: 76, nt. 116
- WASSERSCHLEBEN F. G.: 17, nt. 9
- WATSON A.: 42, nt. 58; 52, nt. 77; 98,
nt. 50
- WITTMANN R.: 27, nt. 26; 52, nt. 77
- WOLF J.G.: 42, nt. 58
- ZAGREBELSKY G.: 16, nt. 7
- ZANON G.: 24, nt. 21
- ZILLETTI U.: 24, nt. 21; 24, nt. 22; 125,
nt. 105; 130, nt. 111; 152, nt.
146; 161, nt. 156; 163, nt. 160;
164, nt. 163; 175, nt. 4; 178,
nt. 7; 185, nt. 17; 190, nt. 27;
194, nt. 36; 195, nt. 38; 209,
nt. 56; 274, nt. 166; 289, nt.
194; 292, nt. 200
- ZIMMERMANN R.: 31, nt. 37; 62, nt. 91
- ZOZ M.G.: 125, nt. 105

SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	5
---------------------	---

CAPITOLO I

LA QUAESTIO NELL'EDICTUM DE INIURIIS QUAE SERVIS FIUNT

1. <i>Veritas e quaestio per tormenta</i>	13
2. La definizione ulpiana di <i>quaestio</i> in D. 47.10.15.41	26
3. <i>Quaestio iniussu domini e iniuria</i>	46
4. La <i>quaestio iussu domini</i> ed il problema del <i>modus</i>	56
5. Il <i>deteriorem facere</i> a causa di tortura	66

CAPITOLO II

LA QUAESTIO NEL QUADRO PROCEDIMENTALE DELLA COGNITIO CRIMINALE

1. Le modalità della <i>quaestio</i> nel <i>de officio proconsulis</i> di Ulpiano	79
2. <i>Quando</i> eseguire la <i>quaestio</i> : la costituzione di Augusto in D. 48.18.1pr.	86
3. Il rescritto di Adriano in D. 48.18.1.1: la sussidiarietà della tortura	98
4. Generalizzazione del principio adrianeo	107
5. <i>Quatenus</i> torturare: il <i>modus tormentorum</i>	126
6. Le domande suggestive	145
7. La ripetizione della tortura	165

CAPITOLO III
LA *FIDES QUAESTIONUM*: IL VALORE PROBATORIO DELLE
DICHIARAZIONI ACQUISITE *PER TORMENTA*

1. La <i>fides</i> nella prova testimoniale	173
2. La <i>fides tormentorum</i> nelle opere retoriche	195
3. La <i>fides tormentorum</i> : le fonti giuridiche	209
4. La <i>quaestio contra dominos</i>	222
5. Le persone <i>loco domini</i>	248
6. Il valore delle dichiarazioni rese <i>contra dominum</i> e nella <i>quaestio illicita</i>	253
7. La <i>quaestio pro domino</i> : i <i>domestici testimonii</i>	279
8. La tortura degli <i>impueri</i>	293
CONSIDERAZIONI FINALI	
SGUARDO ALLE CODIFICAZIONI DEL V-VI SECOLO D.C.	303
Indice delle fonti	327
Indice degli autori	338

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*, 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Casae "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOLZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu, Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGOZZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOZZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI E., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI E., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULLATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SCUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'oltre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCIETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESÌ N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem, I*, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO F., "Fideiusoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator*, 2008.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. ANNA BELLODI ANSALONI, *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.

Finito di stampare nel mese di luglio 2011
presso Editografica – Rastignano (BO)