

Introduzione

La ricerca che si sta per principiare, si prefigge l'obiettivo di indagare le radici dell'*officium iudicis* e le garanzie del sistema giurisdizionale funzionali alla realizzazione, in termini di certezza e celerità, di un *iudicium bonum et aequum*.

Il titolo che si è creduto di assegnare alla ricerca richiede qualche preliminare chiarimento. Esso recita, infatti, '*officium iudicis* come garanzia del giusto processo'. L'oggetto della nostra ricerca consiste precisamente nell'analisi dei doveri di garanzia del giudice nel corso dell'esercizio del suo *imperium* e nella esplicazione della sua *coercitio*.

Quasi per 'metonimia', l'epilogo a cui il titolo si vuole riferire è precisamente da ravvisare nell'intera fase processuale che portava il giudice a formare il proprio convincimento in una posizione di equidistanza, alterità fisica e terzietà rispetto al giudizio e alle parti in causa.

Il giudice era, infatti, chiamato ad aderire ad un'idea di giustizia che permetteva di salvaguardare l'imputato definendo un processo basato sull'equità tra le parti, assicurando il contraddittorio tra queste e la definizione del processo da parte di un giudice terzo ed imparziale.

Passando ad una rapida visione d'insieme circa il contenuto e la struttura della presente ricerca.

Un primo capitolo, che vuole avere una valenza introduttiva, per così dire propedeutica, sarà dedicato alle radici romanistiche dell'espressione "*aequum iudicium*" ed alla posizione ricoperta dal giudice nel corso dell'evoluzione storica. Lo scopo della prima partizione della ricerca sta proprio nella necessità di fornire un quadro sistematico

che possa dipingere, in termini generali e a larghe pennellate, la dialettica tra i valori posti a fondamento del giusto processo e l'esplicazione dell'*officium* da parte dei soggetti chiamati a svolgere il *munus iudicandi*.

Per far ciò sarà necessario rifarsi direttamente alle fonti antiche, in particolare si partirà dalla “*definitio iudiciorum equorum*” data da Cicerone, durante la sua orazione di difesa “*Pro Cluentio*”, e dagli elementi costitutivi che si ponevano alla base.

Verrà analizzato il passaggio dal diritto al processo al diritto ad un equo processo, momento che segna l'affermarsi di un sistema in grado di realizzare un equilibrio sostanziale fra l'interesse collettivo alla difesa sociale e la garanzia degli interessi in causa.

In relazione alla *iurisdictio* si articolerà il II capitolo, nell'ambito del quale apparirà necessario compiere un ulteriore approfondimento circa la figura del magistrato che nello *ius dicere* si ergeva a garante della conformità della norma al comune sentire sociale, ovvero, in altri termini, della attualità della norma sottoposta, in relazione al caso concreto, ad un vaglio di equità.

Anche al fine di dare una visione di carattere generale si ripercorreranno le modalità attraverso cui si perveniva alla verità, una verità condizionata alla discrezionalità del giudice, ma che allo stesso tempo risultava limitata dalla possibilità di impugnazione, quale strumento diretto a neutralizzare l'imperizia e l'iniquità dell'organo giudicante.

Per completare l'indagine si procederà anche nell'analisi di ‘garanzie’ di sapore più schiettamente processuale. In questo secondo ambito si situa il capitolo III, che sarà dedicato all'elaborazione di regole

processuali da parte della giurisprudenza, con particolare riferimento a quelle poste a tutela dell'imputato che si ponevano l'obiettivo di impedire che un soggetto prima di essere giudicato responsabile potesse essere ritenuto colpevole ingiustamente o condannato ad una pena iniqua secondo il criterio dell'*in dubio pro reo*.

Gioverà, difatti, precisare come un'esegesi meno radicale della documentazione, seppur non certo rinunciataria sul piano della critica testuale, abbia fornito viceversa convincenti indizi per esprimere l'idea romana del giusto processo quale *rectum* in grado di armonizzare i contrari e di realizzare l'*aequitas* degli interessi contrapposti.

Svolta questa rapida panoramica sui temi che si tratteranno nel corso della nostra indagine, nonché sui limiti che le si sono attribuiti, è possibile principiare.

CAPITOLO I

AEQUUM IUDICIUM NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA

SOMMARIO: 1. Radici romanistiche dell'espressione "*Aequum iudicium*" – 1.1. Analisi degli elementi costitutivi dell'*aequum iudicium* – 2. Il ruolo del giudice nel corso dell'esperienza processuale romana – 2.1 Il modello inquisitorio nel processo del re – 2.2 Il modello accusatorio nei *iudicia populi* – 2.3 Il ritorno al modello inquisitorio nelle *quaestiones extraordinariae* – 2.4 Il passaggio dal "diritto al processo" al "diritto ad un aequo processo" attraverso il modello accusatorio delle *questiones perpetuae* – 2.5 Il modello inquisitorio nel sistema della *cognitio extraordinem* – 2.6 L'evoluzione delle strutture processuali romane tra "funzione inquirente e funzione giudicante" e "modello inquisitorio e modello accusatorio".

1. Radici romanistiche dell'espressione “*Aequum iudicium*” nella *Pro Cluentio* di Cicerone

Il concetto di “*aequum iudicium*” trae origine nella tradizione retorica romana delle *quaestiones perpetuae*, e costituiva, nel “sistema giudiziario” romano, l'esigenza di tutelare la *libertas civium*. Questa forma di garanzia veniva soddisfatta per un verso, attraverso il riconoscimento del diritto del *civis romanus* a non subire alcuna condanna penale se non a seguito di un regolare procedimento giurisdizionale, per un altro, con l'osservanza di una serie di meccanismi tecnico-processuali volti a realizzare, l'effettività della dialettica processuale e l'equilibrio fra gli opposti interessi delle parti in causa, dinanzi ad un tribunale indipendente ed imparziale.

L'utilizzo dell'espressione “*aequum iudicium*”, è stata rinvenuta, per la prima volta in una vicenda giudiziaria risalente al 66 a.C. contenuta nella “*pro Cluentio*” di Cicerone che assumeva le difese di un soggetto imputato di un delitto di avvelenamento dinanzi alla *quaestio de veneficiis*, ossia il tribunale competente per i reati di veneficio.

In particolare, nell'arringa difensiva, Cicerone rivolse ai giudici un appello, affinché non si lasciassero coinvolgere da pregiudizi e vociferazioni, ma si attenessero esclusivamente alle prove della difesa e dell'accusa, pronunciando le seguenti parole: “*Nihil innocenti sucepta invidia tam optandum, quam aequum iudicium*”, ossia “Nulla è più desiderabile per un innocente vittima di ostilità, quanto un equo giudizio”.

Solo un giudizio improntato ad una generale condizione di parità, dunque, precisano ancora le fonti romane, assicura una decisione equa, frutto del convincimento del giudice formatosi all'interno del

dibattimento, senza condizionamenti esterni o prove precostituite, da parte di un tribunale terzo e imparziale.

Con queste parole Cicerone ha voluto rilevare che non sempre un processo, seppur svolto nel rispetto e in conformità del rito accusatorio (nel caso di specie quello delle *quaestiones perpetuae*), si può qualificare *aequum*, bensì è necessario prevedere un dibattito tra accusato e accusatore che garantisca una posizione di effettiva ed assoluta parità tra le parti.¹

1.1 Analisi degli elementi costitutivi dell'aequum iudicium

Riflettendo sulla prassi processuale, la retorica giudiziaria ciceroniana elaborò un insieme di elementi costitutivi e di correlate regole deontologiche, destinate a definire una nuova idea di garanzia in senso sostanziale del diritto ad un '*aequum iudicium*', ad un processo, cioè, contraddistinto non già dalla mera legittimità rituale, sibbene da un insieme di peculiari elementi costitutivi e correlati diritti nel processo. *L'aequum iudicium* era fondato sulla parità di contraddittorio tra le parti, e si poggiava su quattro principi fondamentali:

1. In primo luogo, dalla lettura della *oratio pro Cluentio* emerge che, nel pensiero di Cicerone, non basta che il giudizio sia svolto dinanzi ad un giudice affinché possa parlarsi di *aequum iudicium*, ma è necessario che sia garantita, *l'aequa condicio* fra l'accusato e l'accusatore. Essa postula che il giudicante formuli il

¹ CERAMI P., *Aequum iudicium*, p.7. Cfr. Cic. Pro. Cluent. 34,94.

proprio verdetto sulla base delle sole prove fornite dall'accusatore e dall'accusato nel corso del dibattimento e non già in base a prove precostituite, vociferazioni, sospetti e condizionamenti della pubblica opinione. Dunque si ricava la necessità di avere un giudicato fondato sulle prove e non sui sospetti e che si svolga in condizioni di parità ed in termini brevi”².

2. In secondo luogo, *l'aequa condicio* implica che l'accusato e l'accusatore possano godere del medesimo *status* processuale in virtù del quale possano provare ed argomentare “ad armi pari” dinanzi al giudice, il quale, pertanto, è chiamato a pronunciarsi sulla questione sottoposta al suo vaglio in condizione di assoluta terzietà ed indipendenza.

3. Inoltre, fra le garanzie *dell'aequum iudicium* si annovera altresì quella della ragionevole durata del giudizio, che, al tempo delle *orationes* ciceroniane, assumeva la forma del divieto di *tardissime iudicare*. In particolare, nell'esperienza giudiziaria dell'antica Roma si riteneva che “quanto più la condotta è oggetto di scandalo, tanto più gravemente e puntualmente dovrebbe essere punita; e, invece, proprio perchè ne va di mezzo la reputazione, si vuole giudicare con estrema lentezza”³.

4. Un ultimo elemento è da rinvenirsi nella presunzione di innocenza dell'accusato fino alla condanna. Tale principio trova un esplicito riscontro nell'effettività della prassi giudiziaria in cui vige l'onere del difensore di provare l'innocenza dell'accusato rispetto all'onere dell'accusatore di provarne la colpevolezza. Ciò

² VOCI P., (2004). *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè Editore, Milano.

³ Cicerone: *Pro Caecina* 2,7.

si traduce in un'inversione dell'onere della prova a carico dell'accusa. Infatti, come afferma Cicerone “nei processi e nelle istruttorie occorre accertare non se l'imputato dimostri la sua innocenza, quanto piuttosto se l'accusa è fondata»⁴

La solidità di tali principi, quali punti cardini *dell'aequum iudicium*, ha fatto sì che l'intero sistema restasse immutato nel tempo sino ai giorni nostri. Ciò che invece è mutato nel corso dei secoli sono le strutture processuali, le quali si sono plasmate alla luce delle nuove necessità che sempre più sono emerse all'interno di una società in continua evoluzione, quale quella romana.

Le mutate esigenze hanno inciso drasticamente sulla società romana segnando il decisivo passaggio da Roma piccola Urbe a Roma Caput Mundi. Ciò ha determinato inevitabilmente il sorgere di nuove questioni di rilevanza processuale, più complesse rispetto a quelle presenti in epoca precedente, dando vita ad un nuovo sistema processuale che mantiene i principi fondanti del passato, ma si conforma ai nuovi progressi di una società che è completamente cambiata.

⁴ Pro Sull. 13.39.

2. Il ruolo del giudice nel corso dell'esperienza processuale romana

Per comprendere la progressiva evoluzione del sistema processuale romano occorre analizzare il ruolo che il giudice ha assunto nel corso delle diverse fasi storiche dell'esperienza processuale romana, e nel particolare l'esercizio del potere di *ius dicere* da parte del magistrato e le conseguenze che ne derivano dalla funzione di *iudicare*.

Infatti, come chiaramente è messo in luce dal Pugliese, «Il diritto è condizionato dal processo: l'ipotesi da prospettare è quella di un rapporto circolare tra l'uno e l'altro. Questo rapporto comprende pure l'eventualità della creazione del diritto nel e per effetto del processo, sia attraverso l'opera interpretativa ed evolutiva dei giudici, sia per l'esercizio dei particolari poteri riconosciuti ai pretori urbano e peregrino e ad altri magistrati giurisdizionali»⁵.

2.1 Il modello inquisitorio nel processo del rex

Nella fase più antica del diritto romano, non esisteva una netta distinzione tra illecito civile ed illecito penale, conseguentemente la repressione degli illeciti avveniva, a seconda della gravità, da parte del re o del privato offeso, assumendo i caratteri di una vera e propria vendetta.

Tali *crimina* erano quelli che coinvolgevano l'intera collettività mettendo a rischio la struttura stessa che costituiva lo Stato. Si trattava in particolare dei crimini più gravi, quali: il *parricidio* (uccisione del *pater familias*) e la *perduellio* (alto tradimento contro lo Stato). Nella

⁵ PUGLIESE G., (1994). *Diritto e processo nella esperienza romana*, Jovene, Napoli.

persecuzione di tali illeciti il re operava in veste di comandante militare, esplicando il suo illimitato potere di coercizione derivante dal suo *imperium*. Infatti, il *rex* era libero di applicare qualsiasi misura, da lui ritenuta necessaria al fine di reprimere, non solo nei riguardi dei soldati ma anche di qualsiasi altro trasgressore, tutti i rimedi che gli sembravano necessari per la repressione del crimine»⁶.

Questo modello processuale prefigura un sistema di carattere inquisitorio caratterizzato dal fatto che sia l'attività giudicante sia quella inquirente era totalmente affidata al *rex*. In questo senso, il giudice inquirente accumulava in sé le funzioni processuali di giudice istruttore, di accusatore e di difensore dell'imputato, come pure di giudice del verdetto, ed era legittimato ad esercitare pieni poteri in ordine all'iniziativa e alla conduzione del processo, definendo, così un sistema, profondamente distante dai principi del giusto processo.

2.2 Il modello accusatorio nei iudicia populi

Nel sistema dei *iudicia populi* la funzione inquirente e la funzione giudicante erano istituzionalmente e funzionalmente distinte:

- a) La prima, denominata in senso proprio '*anquisitio*', spettava al magistrato e consisteva nel '*quaerere*', e cioè:
- nello svolgimento di attività investigative ed istruttorie,
 - nell'accusare ad *populum*, cioè nell'intimazione rivolta all'accusato di presentarsi, ad una certa data, dinanzi all'assemblea popolare e nella specificazione della pena che si intendeva proporre.

⁶ SANTALUCIA B., (1998). *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè, Milano.

b) La seconda, denominata tecnicamente '*iudicare vel multam inrogare*', spettava alle assemblee popolari (*comitia populi*).

Si trattava di un processo penale che si teneva in presenza dei presupposti della *provocatio ad populum* al cospetto dei *comitia centuriata*, cioè un'assemblea di cittadini con funzioni deliberative, divisa per censo in cinque classi, composta ciascuna da un numero fisso di *centuriae*, e strutturati in modo da dare prevalenza, nelle deliberazioni, ai ceti abbienti.⁷

Il processo comiziale era promosso d'ufficio dal magistrato, che intimava all'accusato di comparire in una certa data dinanzi ad un'assemblea informale del popolo, specificando il capo di imputazione e la potenziale pena a suo carico⁸.

Il processo si apriva con la fase della cd. *anquisitio*, che si esplicava in tre riunioni informali dell'assemblea volte a compiere l'intera attività istruttoria in forma dibattimentale. In questa sede il magistrato, inquirente ed accusatore, assumeva il ruolo di parte processuale, in contraddittorio con l'accusato.⁹

Al termine della terza riunione il magistrato formulava l'accusa definitiva e proponeva al popolo la condanna, fissando la data dell'ultima *contio*, non prima di ventiquattro giorni dalla formulazione dell'accusa.

⁷ PUGLIESE G., SITZIA F., VACCA L., (2012). *Istituzioni di Diritto Romano*, G. Giappichelli Editore, Torino.

⁸ SANTALUCIA B., (1994). *Studi di Diritto Penale Romano*, L'Erma di Bretschneider editore, Roma.

⁹ CERAMI P., *Quaesitores ex lege Mamilia*.