



UNIVERSITÀ DI CATANIA
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Nuova Serie

286

SPECIALITÀ DELLE GIURISDIZIONI ED EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE

a cura di Antonio Guidara



G. Giappichelli Editore

INTRODUZIONE

1. Il titolo del volume riproduce il titolo del Convegno tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania nei giorni 9 e 10 aprile 2021. I sintagmi di cui esso consta rappresentano i temi da cui ha preso le mosse l'idea stessa del Convegno; e si tratta, come è noto, di temi nient'affatto piani, al cui approfondimento il Convegno ambiva e, con il Volume, ambisce a dare il proprio contributo.

Non è affatto piano il primo tema, la “specialità delle giurisdizioni”, in quanto non è sopito il dibattito tra giurisdizione unica e giurisdizioni plurime, che ha travagliato la nascita della nostra carta costituzionale. Si deve probabilmente prendere atto che la scelta dei Costituenti è stata in qualche modo nel senso della pluralità delle giurisdizioni, generali e speciali; però non si può sottacere che si è in presenza di un disegno non compiuto, che per un verso tende all'unità (come è evidente già nell'art.102 Cost.), per altro verso distingue (così l'art.103 Cost.). E i riverberi si vedono su più versanti, tra i quali ad esempio le garanzie formali di un'adeguata indipendenza del giudice speciale (laddove rimesse alla legge dall'art.108 Cost.).

Non lo è neppure il secondo, l'“effettività delle tutele”. Non è in discussione che sia un principio basilare del nostro ordinamento, a maggior ragione dopo i riconoscimenti provenienti dalle carte europee (CEDU e CDFUE). Sui suoi contenuti, però, sorgono non pochi dubbi. E se possono ritenersi ragionevoli differenziazioni quali quelle che muovono dalle situazioni giuridiche vantate (principalmente diritti soggettivi ed interessi legittimi), dal riconoscimento o meno a livello costituzionale di esse (il problema si pone ad esempio per gli interessi diffusi e gli interessi collettivi), dalle evoluzioni che le hanno contraddistinto (a tutti sono evidenti quelle dell'interesse legittimo), risulta difficile comprendere come la qualità della tutela possa cambiare a seconda del giudice che si adisce: il che tipicamente accade laddove si facciano valere diritti soggettivi innanzi al giudice amministrativo e interessi legittimi innanzi al giudice ordinario o il giudice da adire sia *sic et simpliciter* individuato *ratione materiae*.

Meno che mai è piana la relazione tra i due temi, che il titolo pure vuole esprimere. Alla base di essa vi è il convincimento che il giudice speciale possa rendere tutela prima e meglio del giudice non speciale (al che, invero, potrebbe assolvere pure il giudice specializzato, ma la connotazione costituzionale dello

stesso, sembra porlo ai margini del ragionamento), ma anche la consapevolezza che è un convincimento, probabilmente diffuso, ma tutto da verificare alla luce delle declinazioni e delle esperienze che le giurisdizioni hanno avuto nel nostro ordinamento: con la conseguenza di dover quanto meno svolgere al plurale la suddetta relazione. Allo studioso piacerebbe poter concludere che l'effettività delle tutele diventi la giustificazione prima, se non esclusiva, della specialità delle giurisdizioni.

Su queste direttrici il Convegno ha voluto indagare, non certo per fornire soluzioni, ma per avviare/continuare riflessioni che meritano di essere condotte e, ove possibile, finalizzate in quadro costituzionale incompiuto e di fronte a protagonisti poco sensibili. Non ci sono approdi certi, né soluzioni uni(vo)che e meno che mai perfette (è sufficiente guardare agli ordinamenti vicini di Germania, Francia e Spagna per rendersi conto della diversità delle giurisdizioni e delle tutele); è certo però che la via da percorrere è quella scientifica, la quale anzi, se si valorizzano le interrelazioni di cui sopra, appare probabilmente l'unica in grado di dare risultati, risultati veri, i quali lascino ai margini delle varie discussioni interessi partigiani e logiche di potere che troppo spesso si agitano nelle stesse e finiscono coll'arrestare i pochi veri propositi di progresso. E l'approccio non può che essere interdisciplinare ed inclusivo, ma anche storico, di teoria generale e comparato, come il Convegno ha tentato di fare.

Probabilmente la giurisdizione tributaria, che tra le speciali è quella numericamente più significativa, può offrire una visuale privilegiata per indagare temi e relazioni di cui si è detto. Infatti essa richiama allo stesso tempo l'attenzione su profili anche notevolmente diversi tra loro. Per guardare ad alcuni tra gli esempi più evidenti: essa è non è contemplata tra le giurisdizioni speciali, ma è presupposta dalla Costituzione ed è destinataria di una revisione, la quale però non si è compiuta, non è voluta ed anzi è smentita dalla costituzione materiale; avverso le sentenze dei giudici tributari non operano le limitazioni costituzionali (di cui all'art. 111) al ricorso in Cassazione, che invece riguardano le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti e tra le conseguenze risaltano ad esempio letture e derive civilistiche (della giurisprudenza), che mal si adattano alla specialità dei fenomeni tributari; non poche riserve si possono nutrire sulla qualità della stessa, vuoi per i persistenti *vulnera* legislativi (così sono solo di pochi anni fa i significativi, ma non risolutivi, interventi legislativi in tema di sospensione cautelare, di conciliazione giudiziale, di esecuzione delle sentenze e giudizio d'ottemperanza nel processo tributario ex d.lgs. 24 settembre 2015, n.156), vuoi per la posizione dei giudici che la compongono (che, in particolare, non sono togati e sono scelti sulla base di criteri troppo poco legati alla specialità della materia che contraddistingue la giurisdizione stessa); sulle controversie tributarie intervengono più giurisdizioni con inevitabili differenze di tutela e si sperimentano non pochi conflitti con inevitabili mutamenti di posizioni.

2. Anche nell'organizzazione il Volume riproduce quella del Convegno. Essa,

infatti, costa di sei sezioni, tante quante sono state le sessioni del Convegno, le quali poi di queste ultime riproducono i titoli: I. Origini e ragioni della coesistenza delle giurisdizioni; II. Teoria generale e modelli costituzionali delle giurisdizioni; III. La giurisdizione esclusiva del G.A.; IV. La specialità della giurisdizione tributaria; V. La coesistenza di più giurisdizioni per le controversie tributarie; VI. Le altre giurisdizioni speciali. Con uno spazio finale dedicato alla relazione conclusiva.

I titoli e il loro incedere disvelano meglio le direttrici del Convegno: guardare ai germi e alle declinazioni della specialità nella storia, a partire dalle esperienze romane, sia pure con inevitabili vuoti, per poi giungere, soffermandovisi più compiutamente, ad un quadro attuale che guardi ai modelli costituzionali, ma anche e soprattutto alle giurisdizioni speciali esistenti; e se è vero che di solito si guarda alla giurisdizione speciale (che forse è più corretto declinare al plurale) del giudice amministrativo, maggiore attenzione andrebbe probabilmente dedicata – e per l'appunto maggiore spazio vi dedicano il Convegno e il Volume – alla giurisdizione tributaria, per le ragioni di cui si è detto.

Il Convegno e il Volume che di esso è espressione portano a compimento un percorso di riflessione avviato essenzialmente nel 2019, che però è stato arrestato a metà del suo percorso dal sopravvenire della terribile pandemia, che tanto dolore ci ha inflitto, che ha modificato le nostre vite e che stenta ad andarsene. Si è cercato e sperato di recuperare, posticipando lo svolgimento del Convegno in tempi migliori. Il risultato, però, è stato pur sempre un *webinar*, che ha ristretto la durata dello stesso, ha contingentato i tempi dei contributi ed ha sacrificato alcune ambizioni, tra le quali quelle internazionali ed europee (per le quali era prevista un'apposita sessione), cui pur si teneva: con gli inevitabili limiti di comunicazione che ne sono derivati. Al che si è voluto sopperire in qualche modo chiedendo a relatori ed intervenienti di condividere preventivamente, sulla pagina web dedicata al Convegno, parte delle proprie riflessioni (e ciò probabilmente ha contribuito a rendere più proficuo lo scambio di idee pure in vista del Volume); ma anche consentendo nello scritto più “spazi” di quelli fruiti – e in alcuni casi non fruiti – nell'esposizione orale ed ospitando contributi ulteriori, di coloro che, dovendo o meritando, per varie ragioni non hanno preso parte al Convegno.

Naturalmente nel Volume emergono posizioni diverse, anche contrastanti, che poi sono quelle emerse nel Convegno, sulle quali naturalmente non si è voluto incidere né a maggiore si vuole dire alcunché in questa sede: già le idee quivi espresse rappresentano tanto, andare oltre significherebbe mancare ai protagonisti del Convegno e del Volume. Sicché in questa sede non può che procedersi ad una mera collazione dei contributi.

3. Il percorso di riflessione che il Convegno ha voluto portare a compimento si ascrive al progetto di ricerca “*Pluralità dei centri di risoluzione dei conflitti ed effettività delle tutele nelle democrazie complesse*” del Piano della ricerca d'Ateneo 2016-18 dell'Università di Catania, finanziato a dicembre 2018, il quale oltre allo

scrivente Antonio Guidara, nella qualità di *principal investigator*, coinvolge i docenti Alessandro Fabbi, Giancarlo Ferro, Eleonora Nicosia, Franco Randazzo, tutti strutturati presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania.

Nell'ambito del progetto, fintanto che si è potuto (ossia prima della pandemia), si sono organizzati seminari e convegni, coinvolgendo in alcuni casi nell'organizzazione altri importanti soggetti e ottenendo importanti contributi. Si ricordano per tutti: il convegno internazionale *Accordi e azione amministrativa nel diritto tributario*, Catania, 25 e 26 ottobre 2019 (che ha dato luogo al volume pubblicato nel 2020 per i tipi di Pacini); le *lectiones magistrales* di Mauro Palma (garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale) del 18 novembre 2019, di Aldo Carosi (vicepresidente della Corte Costituzionale) il 23 gennaio 2020 presso la Scuola Superiore dell'Università di Catania.

L'ultimo *step* del progetto di ricerca è questo Volume, che testimonia e testimonierà i risultati raggiunti e soprattutto gli sforzi profusi. La sua realizzazione è stata possibile grazie agli apporti di coloro che, nelle diversità dei ruoli, vi hanno preso parte, ma anche, e prima di tutti, dei componenti del gruppo di ricerca. Ebbene, chi scrive rivolge a tutti costoro un sentito ringraziamento.

Antonio Guidara

SEZIONE I
ORIGINI E RAGIONI
DELLA COESISTENZA DELLE GIURISDIZIONI

FABIO BOTTA

ORDO/EXTRA ORDINEM.
SISTEMI GIURISDIZIONALI E ORDINAMENTI PENALI
DURANTE IL PRINCIPATO

Vi è un periodo, il Principato, nella storia del processo criminale romano, che si caratterizza per la “simultaneità di varie giurisdizioni”¹.

La giurisdizione ordinaria (definita *ordo iudiciorum publicorum*), quella del Senato, quella del Principe e dei suoi funzionari (all’inverso denominate giurisdizioni *extra ordinem*, perché fuori, diverse, da quella dell’*ordo*) risultano contemporaneamente in uso senza che con effettiva chiarezza siano a noi pervenuti come individuati i meccanismi regolamentari in forza dei quali si era data la loro ripartizione.

L’*ordo iudiciorum publicorum* è il sistema giurisdizionale che vedeva nelle giurie istituite dalle *leges iudiciorum publicorum* di età sillano-augustea i tribunali “ordinari” giudicanti a Roma dei crimini previsti nelle medesime leggi che le avevano istituite. La procedura che vi si seguiva, prevista anch’essa dalle singole *leges* istitutive e poi dalla generale *lex Iulia iudiciorum publicorum* di Augusto, era di tipo accusatorio puro, essendo normalmente deferita la possibilità di iniziativa processuale al *quivis de populo*, lasciando alla *quaestio*, alla giuria, formata al fine di giudicare, e al magistrato che la presiedeva, posizione di assoluta terzietà.

Questo sistema di repressione criminale, tendenzialmente monopolista della cognizione di condotte illecite punite con pena pubblica, entra in crisi e si avvia ad un declino – più o meno rapido, a seconda dei punti di riferimento assunti dai diversi interpreti – che dipende dalla concorrenza alla quale fu sottoposto da parte di uno o più alternativi sistemi di repressione imperniati attorno ai “tribunali speciali” di cui sopra si è detto i quali, derivando la loro funzione e i loro poteri dal nuovo assetto istituzionale del principato, erano destinati ad acquisire competenze giurisdizionali sempre più estese. Di questi tribunali speciali, proprio per-

Riproduco, con qualche lieve correzione, il testo della relazione tenuta nel *webinar* il 9 aprile 2021 corredandola con un essenziale apparato critico.

¹ R.A. BAUMAN, *I libri «de iudiciis publicis»*, in *Index* 5, 1974-75, p. 43.

ché sorti e sviluppati fuori dell'*ordo iudiciorum publicorum* e anzi in esplicita e diretta concorrenza in tema di giurisdizione con le giurie attive in Roma, può dirsi e si dice che "*extra ordinem cognoscunt*"².

Tra il sistema ordinario e quello straordinario di giurisdizione non vi è stato, pertanto, mera successione temporale, di modo che, cioè, non può certo dirsi che l'uno sia subentrato all'altro. È vero infatti che – come la dottrina dominante afferma – «alcuni *iudicia publica* (quali la *quaestio maiestatis* e quella *de repetundis*) avevano quasi cessato di essere operanti [già all'altezza dell'inizio del II secolo] ed erano stati soppiantati dalle giurisdizioni del senato e dell'imperatore e che le altre categorie di *iudicia publica* erano state in gran parte assegnate alla competenza giurisdizionale del *praefectus urbi* [...] sì che l'attività delle *quaestiones perpetuae* si era ridotta al minimo»³, ma è altresì vero che quegli eventi rappresentativi della desuetudine dei *publica iudicia* sono da intendersi scadenzati su due secoli almeno, giacché è del tutto dimostrato che, ad esempio, sia davanti al tribunale imperiale sia davanti a quello senatorio, si giudicava di crimini certamente riferibili alle *leges publicae*. Ma altresì – e qui si pone l'ulteriore problema interpretativo – si comincia a punire, innanzi a quei tribunali, in particolare davanti all'imperatore o ai suoi funzionari, condotte non costitutive di reati previsti nelle leggi istitutive di *publica iudicia*. La questione appare certamente ancor più complessa in provincia, ove, avanti al tribunale del governatore provinciale, sia esso proconsole o *legatus Augusti*, si aveva, per sistema, pari cognizione sia dei reati riconducibili alle *leges iudiciorum publicorum (crimina publica)*, sia dei nuovi reati (definiti *extra ordinem*) che, anzi, trovavano spesso in quelle corti origine e formulazione.

Ne discende pertanto che il problema della regolamentazione del riparto di giurisdizioni per tutti i primi due secoli in cui si dà la concorrenza sopra evidenziata non passa sul piano della competenza per materia né di quella per valore.

D'altra parte ancor più complessa diviene l'individuazione delle medesime norme di riparto quando si ha la definitiva scomparsa delle giurie permanenti, giacché, innanzi ai tribunali straordinari – unici titolari residui della cognizione criminale – si continua comunque a conoscere, sebbene *extra ordinem* – ancora i *crimina ex legibus iudiciorum publicorum* come tali. Il momento di transizione coincide con l'emanazione dell'epistola severiana al *praefectus urbi* Fabio Cilone⁴,

²Vd. Ulp. 8 *disp.* D. 48.19.1.3, su cui *infra*.

³R.A. BAUMAN, *I libri*, cit., p. 39 s.

⁴(Ulp. *l. sing. de off. p.u.*) D. 1.12.1: *omnia omnino crimina praefectura urbis sibi vindicabit, nec tantum ea, quae intra urbem admittantur, verum ea quoque, quae extra urbem intra Italiam, epistula Divi Severi ad Fabium Cilonem praefectum urbi missa declaratur. Vd. altresì (Ulp. 9 de off. proc.) Coll. 14.3.2. Sed enim iam eo perventum est constitutionibus, ut Romae quidem praefectus urbis solus super ea re cognoscat, si intra miliarium centesimum sit iniuria commissa: enimvero si ultra centesimum, praefectorum praetorio erit cognitio. In provincia est praesidium provinciarum, nec aliter procu-*

fissata ora al 200 d.C., con la quale, secondo la migliore dottrina, si ha l'effettivo riconoscimento di esclusiva giurisdizione criminale nell'Urbe al prefetto, organo per definizione *extra ordinem*⁵.

Già da quel poco che s'è fin qui detto, appare evidente che la linea di discriminazione che passa, sul piano del diritto penale "sostanziale", tra *crimina publica* o ordinari e *crimina extra ordinem*, non impatta sul riparto di giurisdizioni, essendo gli organi giudiziari "straordinari" competenti, in concorrenza prima, in esclusiva poi, a conoscere di entrambe le categorie di illeciti.

Dovrebbe, all'inverso, porsi il problema se, una volta attribuiti alla cognizione (concorrente o esclusiva) di un organo giudicante straordinario, i *crimina publica* portassero con sé la propria primigenia regolamentazione, vincolando dunque l'organo giurisdizionale adito a utilizzarla quanto alla sanzione irrogabile e, soprattutto, quanto alla procedura o se, invece, la *cognitio* dell'organo straordinario, di per sé, si articolasse intorno a regole sanzionatorie e procedurali sue proprie e indifferenti alla natura dell'illecito sottoposto al giudizio: se, cioè, l'ipotezzata e mai effettivamente dimostrata sua "Formlosigkeit"⁶ sia sufficiente minimo comun denominatore – per quanto in negativo – dell'esistenza di una vera e propria "procedura *extra ordinem*" che, per la "straordinarietà" dell'organo investito del giudizio, fosse applicabile necessariamente nella cognizione dell'uno e dell'altro insieme di reati.

Quest'ultima ipotesi – che postula l'esistenza di un'unitaria procedura straordinaria tendenzialmente inquisitoria (per contrapposizione alla procedura "ordinaria" suesposta), e utilizzabile sempre innanzi agli organi giurisdizionali criminali straordinari (si pensi ai tribunali dei governatori provinciali) – lungamente dominante tra gli studiosi del processo penale romano, sembra tuttavia e ormai da qualche decennio battuta in breccia da un più attento studio delle fonti del periodo⁷.

ratori Caesaris haec cognitio iniungitur, quam si praesidis partibus in provincia fungatur, e (Ulp. 9 de off. proc.) D. 47.11.8: sunt praeterea crimina, quae ad executionem praesidis pertinent: ut puta si quis instrumenta sua prodita esse dicat: nam huius rei executio praefecto urbis a divis fratribus data est.

⁵ Per tutti D. MANTOVANI, *Sulla competenza penale del praefectus urbi attraverso il liber singularis di Ulpiano*, in A. BURDESE (a cura di), *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Cedam, Padova, 1988, p. 171 ss. Discussione in F. BOTTA, *Opere giurisprudenziali "de publicis iudiciis" e cognitio extra ordinem criminale*, in *Studi Martini*, I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 292 ss. e nt. 38.

⁶ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig 1899, p. 340 s. Vd. anche M. LAURIA, «Accusatio-Inquisitio». Ordo-cognitio extra ordinem-cognitio: rapporti ed influenze reciproche (1934), in *Studi e ricordi*, Jovene, Napoli, 1983, p. 282.

⁷ Per tutti e sinteticamente, U. BRASIELLO, *Note introduttive allo studio dei crimini romani*, in *SDHI*, 12, 1946, p. 155, che crede ad un sostanziale mantenimento della distinzione tra procedure e fattispecie criminose che si incentrano nell'*ordo* ed *extra ordinem*, secondo il principio per il quale esiste un rapporto di necessarietà tra tipologia processuale e tipicità criminosa, onde «tutta la evoluzione storica dei singoli crimini è in funzione della evoluzione del processo, e anche della repressione».

Dalla diretta osservazione di queste può ricavarsi, per l'età del Principato – per l'età, cioè, della concorrenza delle giurisdizioni – che, lungi dal riconoscersi un'unitaria e omogenea procedura preposta alla cognizione dei crimini di nuovo conio, questi sono introdotti innanzi all'organo per loro competente in via esclusiva, e cioè l'organo giurisdizionale *extra ordinem*, o per mezzo di accusa ristretta all'interessato o – ma in casi assai rari – *ex officio*, secondo quanto dispongono le fonti aventi funzione generatrice della repressione di tali illeciti e cioè le costituzioni imperiali, direttamente o attraverso l'approvazione della prassi e dell'*interpretatio* giurisprudenziale⁸. Se, dunque, secondo questo punto di vista, davanti agli organi di giurisdizione straordinaria, le regole processuali e sanzionatorie sono comunque dettate dalle fonti di produzione della repressione dei *crimina extraordinaria*, vengono ulteriormente a rafforzarsi i numerosi indizi che inducono a vedere applicate anche dinanzi a quei medesimi organi di giustizia le stesse regole processuali e sanzionatorie previste, per la cognizione dei *crimina publica* propri dell'*ordo*, dalle fonti (*leges publicae* e senatoconsulti estensivi) generatrici della repressione di quegli illeciti.

Per quanto riguarda, dunque, la distinzione tra coesistenti ordinamenti di diritto processuale e “sostanziale”, si sovrappone a una diairesi per opposizione puramente descrittiva assata sulla *divisio ordo/extra ordinem*, un'altra nella quale al carattere *publicum* (legittimazione diffusa all'iniziativa processuale, previsione del *crimen* nelle antiche leggi) del sistema ordinario si contrappone all'inverso un “non-*publicum*” ove manchi (e non può non mancare) nella *partitio* dei nuovi crimini uno dei caratteri ora visti. E tuttavia, tali differenze, pur molto presenti alla giurisprudenza del periodo, come s'è visto, non sembrano avere alcuna rilevanza circa il riparto tra le concorrenti giurisdizioni.

È opportuno, a questo punto, ribadire questa conclusione dedicando qualche considerazione critica all'opposta nozione di *cognitio extra ordinem* criminale, per la quale, in un quadro contrassegnato dalla permanente e innegabile coesistenza dei due ordinamenti repressivi, ordinario e straordinario, si sovrappone al piano degli assetti attributivi e ripartitivi della *cognitio* agli organi appartenenti ai due differenti sistemi giurisdizionali quello delle regole di procedura, e a questo quello del diritto criminale “sostanziale”.

Di ciò è esempio quanto esemplarmente afferma Bauman, al quale sembra un misterioso «change of hats» del governatore provinciale il suo conoscere i *publica iudicia* (e ciò farebbe – concede lo studioso anglosassone – a imitazione delle forme procedurali proprie dei tribunali permanenti dell'Urbe) e il suo giudicare i *crimina extraordinaria*, così che solo quest'ultima incombenza sarebbe quella nella quale egli può veramente dirsi che stia operando *extra ordinem*⁹. Viene da

⁸In sintesi, F. BOTTA, *La repressione criminale (il Principato)*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia giuridica di Roma*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 363 s.

⁹R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, Routledge, London-New York,

chiedersi, però, come potrebbe un organo giudicante veder mutare la propria appartenenza ad un sistema giurisdizionale in ragione, di volta in volta, dell'oggetto del proprio giudizio.

Orbene, che al proconsole (e comunque a qualunque soggetto dotato di funzione giurisdizionale *extra ordinem*) sia rimessa anche la *iurisdictio* che consta dell'*exercitio publici iudicii* è espressamente dichiarato da Pap. 1 *quaest.* D. 1.21.1¹⁰; che ogni crimine commesso in provincia e a Roma (ordinario e straordinario) sia rimesso alla cognizione rispettivamente del *praeses* e dei *praefecti* è altrettanto espressamente dichiarato da Ulpiano (e ciò probabilmente dopo l'*epistula* a Fabio Cilone¹¹), nell'ottavo libro delle *disputationes*, D. 48.19.1.3¹², ove anzi si dice – e deve qui sottolinearsi – che costoro, i *praefecti* e i *praesides*, *extra ordinem cognoscunt dei crimina in legibus iudiciorum publicorum*.

Per quanto, dunque, in età severiana, si sia avuta la definitiva attribuzione del monopolio della *cognitio* di qualunque illecito alla giurisdizione straordinaria (in-differentemente cioè dal sistema di diritto sostanziale ordinario o straordinario in cui si sia generato); per quanto, cioè, l'unica giurisdizione criminale residua a Roma fosse quella *extra ordinem*, i giuristi romani si sforzano comunque di mantenere distinti i sistemi ordinario e straordinario (sostanziale e processuale, come vedremo) di categorizzazione dei *crimina*. *A fortiori*, la medesima esigenza si sarà ancor più acutamente sentita anche in precedenza, cioè nel periodo di effettiva concorrenza tra le giurisdizioni.

Tutto quanto detto porta a credere che, contrariamente a come pensa e ha pensato finora la dominante dottrina romanistica, perché ciò avvenga non è

1996, p. 121. Ciò in qualche modo paga tributo a quanto affermava, pur innovativamente e in termini progressivi rispetto alla visione coeva dell'evoluzione del processo penale romano, G. PUGLIESE, *Processo privato e processo pubblico* (1948), in *Scritti giuridici scelti*, I, Jovene, Napoli, 1985, p. 38: «si ebbero nel corso della prima età imperiale due specie di processi in materia penale. Entrambi i processi erano pubblici, ma l'uno (la *cognitio*) era ispirato al principio inquisitorio [...] l'altro (il *iudicium publicum*) al principio accusatorio [...] Senonché le posizioni non rimasero così nette, in quanto la *cognitio* fece non poche concessioni al principio accusatorio, pur non ripudiando del tutto quello inquisitorio [...] Quando la *cognitio* assorbì il *iudicium publicum* [...] un unico processo venne allora ad essere l'espressione di entrambi i principi [...] si può pensare che in quanto erede del *iudicium publicum*, la *cognitio*, si sia informata al principio accusatorio e che il latente potere di iniziativa del magistrato abbia avuto modo di esplicitarsi solo nelle altre *cognitiones*».

¹⁰ D. 1.21.1 (Pap. 1 *quaest.*) *Quaecumque specialiter lege vel senatus consulto vel constitutione principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur: quae vero iure magistratus competunt, mandari possunt. et ideo videntur errare magistratus, qui cum publici iudicii habeant executionem lege vel senatus consulto delegatam, veluti legis Iuliae de adulteriis et si quae sunt aliae similes, iurisdictionem suam mandant.*

¹¹ Per tutti e da ultimo A. LOVATO, *Studi sulle disputationes di Ulpiano*, Cacucci, Bari, 2003, p. 52 ss.

¹² D. 48.19.1.3 (Ulp. 8 *disp.*) *Generaliter placet, in legibus publicorum iudiciorum vel privatorum criminum qui extra ordinem cognoscunt praefecti vel praesides ut eis, qui poenam pecuniariam egentes eludunt, coercitionem extraordinariam inducant.*

benché ma proprio perché è intervenuta la modifica nel senso visto della ripartizione delle competenze cognizionali tra le giurisdizioni precedentemente concorrenti¹³.

In definitiva, cioè, lo sforzo partitivo/definitorio fondato sulle dieresi *ordo/extra ordinem* e *publicum/non publicum*, operato dai giuristi di età antonino-severiana ha un suo senso pratico proprio in funzione dapprima della particolare concorrenza tra i sistemi giurisdizionali (sicché *extra ordinem* può conoscersi dei *crimina publica*, ma non può, all'inverso, l'organo giudicante dell'*ordo* operare la *cognitio dei crimina extraordinaria*) e poi in funzione del consolidamento del nuovo sistema di giurisdizione, nel quale agli organi *extra ordinem* è attribuita generale competenza nella cognizione criminale.

A sostegno di quanto ora detto vi è, a mio avviso, il dettato di almeno tre frammenti giurisprudenziali di età severiana.

Macro, a commento del regime del senatoconsulto Turpilliano (applicabile solo ai *publica iudicia* perché punisce le condotte dell'accusatore pubblico, del *quivis de populo*), anch'egli successivamente all'epistola a Fabio Cilone¹⁴, si domanda in D. 48.16.15.1¹⁵ se il senatoconsulto riguardi o no coloro i quali *hodie* conoscono *extra ordinem* dei *publica iudicia* e si risponde positivamente con la motivazione che per ciascuna causa debba applicarsi la corrispondente pena.

Si risponde così al quesito se il sistema giurisdizionale straordinario, senza mutare di natura, si sia conformato in effetti all'obbligo di recepire e applicare per intero l'apparato normativo predisposto nel tempo al fine di regolamentare le diverse tipologie di *iudicia* e dunque di applicare per ciascun crimine, in ragione del suo statuto (ordinario/straordinario; *publicum/non-publicum*), quella regolamentazione processuale e sanzionatoria che è propria della sua natura.

Al medesimo principio risponde un analogo caso, ancora in tema di reati dell'accusatore pubblico – nel caso la *praevaricatio* –, esposto da Paolo nel suo *liber singularis de publicis iudiciis*:

D. 47.15.6: *Ab imperatore nostro et patre eius rescriptum est, ut in criminibus, quae extra ordinem obiciuntur, praevaricatores eadem poena adficiantur, qua tenerentur, si ipsi in legem commisissent, qua reus per praevaricationem absolutus est.*

¹³ F. BOTTA, *Opere giurisprudenziali*, cit., p. 285.

¹⁴ Ora, S. ALESSANDRÌ, *Aemilius Macer de officio praesidis, ad legem hereditarium, de re militari, de appellationibus*, «L'Erma» di Bretschneider, Roma 2020, p. 3 ss.

¹⁵ D. 48.16.15.1 (Macer 2 *publ.*) *An ad eos, qui hodie de iudiciis publicis extra ordinem cognoscunt, senatus consultum pertineat, quaeritur: sed iam hoc iure ex sacris constitutionibus utimur, ut pertineat ita ex singulis causis singulae poenae irrogentur.* vd. F. BOTTA, *Opere giurisprudenziali*, cit., p. 310 ss. (ove altra bibliografia).

Al di là della sua immediata comprensibilità, il passo¹⁶, concorre con gli altri finora enumerati a confermare l'attribuzione della competenza a *cognoscere i publica iudicia* agli organi di giurisdizione straordinaria. Infatti poiché non può darsi *praevaricatio* al di fuori di un *iudicium* a legittimazione diffusa e poiché non si può essere riconosciuti *praevaricatores* se non a seguito dell'introduzione di un'*accusatio publica* e in conseguenza della richiesta d'accertamento di un terzo interessato a riproporre la medesima accusa contro il medesimo reo per il medesimo fatto di reato, mi sembra indubbio che i *crimina*, oggetto del passo, in ordine ai quali si pone il problema della pena dei *praevaricatores*, non possano che essere gli illeciti già previsti nelle *leges iudiciorum publicorum* e che la procedura seguita per la loro repressione (almeno relativamente a introduzione, conduzione dell'accusa e onere probatorio) sia tendenzialmente ancora la stessa in precedenza utilizzata davanti agli organi di giurisdizione ordinaria; e ciò benché essi *extra ordinem obiciuntur*, a ribadire ulteriormente l'irrelevanza della natura del *crimen* oggetto della *cognitio* rispetto alla giurisdizione che se ne occupa.

Si comprende perciò l'affermazione più generale e forse decisiva – circa il nostro tema – ancora di un notissimo passo di Paolo estratto dalla medesima opera¹⁷:

D. 48.1.8: *Ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit, durante tamen poena legum, cum extra ordinem crimina probantur.*

In un contesto, quindi, nel quale è chiaro che tutti i *crimina* (tanto gli ordinari, cioè, quanto quelli di nuova formulazione) *extra ordinem probantur*, Paolo afferma il mantenimento dell'ordinamento sanzionatorio indicato dalle leggi, benché si sia maturata definitivamente la desuetudine dell'*ordo exercendorum publicorum capitalium*. Sembra evidente, allora, la volontà logico-pratica del giurista a conservare la ripartizione di diritto sostanziale tra crimini ordinari e straordinari, dato che, in forza del principio, già visto in Macro, per il quale esiste diretta relazione tra ogni singola condotta criminosa e la corrispondente pena, è chiaro che la *poena legum* viene ad applicarsi tendenzialmente¹⁸ ai soli crimini previsti dalle *leges*.

¹⁶ *Ivi*, p. 313 s. (ove altra bibliografia).

¹⁷ *Ivi*, p. 312 s.

¹⁸ Sul problema, di difficile soluzione allo stato delle fonti, di esatta applicazione o meno dell'ordinamento sanzionatorio ordinario ai soli crimini appartenenti all'*ordo* e alla funzione "sistematoria" della *poena (legis)* in ragione della sua possibile estensione anche a *crimina extra ordinem*, vd. G.G. ARCHI, *Problemi in tema di falso nel diritto romano* (1941), in *Scritti di diritto romano*, III, Giuffrè, Milano, 1981, p. 1487 ss. e, per opposto, F. BOTTA, *Crimen subreptorum instrumentorum e crimina falsi. Contributo allo studio della sistematica giuscriminale nella giurisprudenza severiana*, in *Iuris Vincula, Studi M. Talamanca*, I, Jovene, Napoli, 2001, p. 285 ss.

Ne discende, pertanto, che l'*ordo* di cui si certifica la desuetudine non riguarda il sistema penale ordinario nel suo articolarsi in ordinamento processuale e sostanziale, del quale anzi si conserva accuratamente la specificità. Desueto appare a Paolo il solo sistema di giurisdizione ordinaria, scomparso a seguito dell'attribuzione della totalità delle competenze cognizionali criminali agli organi di giurisdizione straordinaria, avanti ai quali anzi si mantiene necessario l'obbligo di *cognoscere* il singolo *crimen* secondo il suo proprio e peculiare statuto processuale e sanzionatorio.

SALVATORE PULIATTI
POTERI DEL GIUDICE
E PRINCIPIO DISPOSITIVO NEL PROCESSO
POSTCLASSICO-GIUSTINIANEO

SOMMARIO: 1. Le disfunzioni della giustizia nel resoconto delle fonti storiche e letterarie. –
2. Effettività delle tutele e poteri del giudice.

Abstract: Muovendo da un breve quadro delle disfunzioni della giustizia in età tardoantica, il contributo mira a illustrare, attraverso l'apporto delle fonti giuridiche e storico-letterarie, da un lato gli inconvenienti prodotti dall'ampia presenza di tribunali speciali nell'assetto giurisdizionale del periodo storico considerato, dall'altro l'orientamento della *cognitio* tardoimperiale a dare effettività alle tutele attraverso l'accrescimento del ruolo e dei poteri dell'organo giudicante con particolare riguardo al giudizio di fatto.

1. *Le disfunzioni della giustizia nel resoconto delle fonti storiche e letterarie*

Che l'amministrazione della giustizia nel periodo del basso impero non brillasse particolarmente per imparzialità ed efficienza è constatazione diffusa nelle fonti e nell'analisi degli studiosi, confermata dal disposto degli innumerevoli interventi imperiali di segno repressivo, volti a tamponare e correggere i mali endemici di un sistema giudiziario corrotto e inefficiente¹.

Al di là degli aspetti tecnici, qualificanti il processo tardoimperiale come strumento idoneo al fine di certificazione e autenticazione del diritto affidatogli

¹ Per un quadro complessivo dei caratteri della giustizia in età tardoantica e per una indicazione dei difetti e delle contraddizioni che ne alteravano il corretto funzionamento cfr. A.H.M. JONES, *Il tardo impero romano (284-602)*, Milano, 1974, pp. 685-743; F. GORIA, *La giustizia nell'impero romano d'Oriente: organizzazione giudiziaria*, in *La giustizia nell'alto medioevo (secoli V-VIII)*, I, Spoleto, 1995, pp. 259-336 (ora in *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di F. Goria*, Alessandria, 2016, pp. 241-312); L. DE GIOVANNI, *Istituzioni Scienza giuridica Codici nel mondo tardoantico*, Roma, 2007, pp. 291-301; S. CONNOLLY, *Lives behind the Laws. The World of the Codex Hermogenianus*, Bloomington, 2010, pp. 16-38.

dall'ordinamento, è nell'applicazione concreta dello strumento processuale che emergono con maggiore evidenza le disfunzioni di una macchina giudiziaria pletorica e farragginosa, in cui l'eccezione costituisce la regola e la forza o il potere prevale sulla imparzialità e sul diritto.

Nulla meglio delle parole messe sulle labbra di un greco rinnegato da Prisco di Panion possono offrire un quadro sufficientemente chiaro dei mali che affliggevano il sistema giudiziario romano alla metà del V secolo²:

Prisco, 8. *Fragmenta Historicorum Graecorum*, V/2: *La legge non è uguale per tutti. Se un ricco viola la legge può evitare di pagare le conseguenze dei suoi misfatti. Ma se è un povero, che non sa a quale santo votarsi, subisce il rigore della legge, a meno che non muoia prima del processo, mentre i procedimenti si trascinano senza termine e bisogna affrontare grosse spese. La cosa più mostruosa è di dover pagare la giustizia. La parte offesa non può ottenere un'udienza se non paga denaro al giudice e ai suoi funzionari.*

Due sono le piaghe che secondo questa attestazione più gravemente affliggono la vita dei cittadini romani: la disparità della legge e gli abusi dei tribunali romani³, e delle due certamente la seconda più aveva colpito la sensibilità dello storico per la capacità di incidere profondamente sulla realizzazione del fine di giustizia

²I termini di quella presa di distanza e visione critica sono chiaramente messi in risalto dal ben noto resoconto di quell'incontro avuto dallo storico con un commerciante greco che aveva scelto di vivere con gli Unni piuttosto che come cittadino dell'Impero romano.

³Entrambe queste disfunzioni dovevano essere ben presenti alla riflessione dello storico e radicate nella società tardoimperiale, se da un lato egli non può sottrarsi alla necessità di offrirne un quadro tristemente realistico e dall'altro avverte l'esigenza di formulare una difesa d'ufficio dell'ordinamento romano. Questo è basato su ideali di correttezza e giustizia e la normazione imperiale, che ne costituisce il perno, è per Prisco elemento indispensabile per un equilibrato funzionamento dello Stato nel suo complesso. Di fronte ai valori intrinseci di quell'ordinamento, appassionatamente difesi, anche la critica severa si attenua e l'avversario di Prisco è costretto a convenire che le leggi sono per sé nobili e la costituzione romana buona, semmai sono i magistrati che ne minano il funzionamento e ne ostacolano l'efficacia determinando ritardi e parzialità (anche se in buona fede per non commettere errori).

Prisco e il suo interlocutore non sono tuttavia i soli a proporre una idealizzazione della *politeia* romana e del suo sistema legale. All'inizio del V secolo lo storico spagnolo Orosio (*Historia adversus paganos*, 7.43; più in generale per questi aspetti J. HARRIES, *Law and Empire in late antiquity*, Cambridge, 1999, pp. 6-8 e 19, il quale sottolinea come "imperial constitutions ... formed the living law of the Empire"), riferendo di un colloquio tra un cittadino di Narbona e il re goto Ataulfo, ricorda come questi fosse addivenuto ad affermare che le leggi erano un prerequisito tanto per la civilizzazione (come opposta alla barbarie) quanto per l'esistenza stessa di uno Stato e da esse non si poteva prescindere, dato che senza di loro uno Stato non sarebbe stato propriamente tale. La concezione così espressa non si discosta gran che da quella di Prisco: entrambe considerano infatti imprescindibile il legame tra legge e Stato, solo che Prisco, cittadino romano, considerava le leggi come parte integrante della *respublica*, mentre Ataulfo ne faceva una precondizione perché lo Stato si potesse costituire. Al di là di queste diversità ciò che conta è che però in entrambi i casi un ideale comune trovava affermazione, quello per cui un sistema di leggi, se osservato, può garantire ordine e giustizia.

che dovrebbe essere proprio dello strumento processuale⁴.

La corruzione giudiziaria e l'incompetenza tecnica dei giudici erano, infatti, mali radicati che gli imperatori erano impotenti a soprafare⁵.

Ma altrettanto dannose per l'integrità della giustizia erano la pressione e le minacce dei potenti⁶. In una società caratterizzata dal peso rivestito dal rango

⁴Prisco stesso, ancora più avanti nella sua trattazione, riconosceva la lentezza della giustizia romana e la gravosità delle *sportulae* giudiziarie, anche se nel suo tentativo di difesa del sistema legale romano giustificava l'una con l'esigenza di ponderazione del giudizio e l'altra con la necessità di remunerare adeguatamente i servizi resi.

⁵Un giudice di professione era sempre stato estraneo alla tradizione romana. L'amministrazione della giustizia era una delle funzioni di un magistrato, i principali doveri del quale potevano essere amministrativi, finanziari o militari. Questa tradizione fu conservata nel tardo impero e comportava che gran parte di coloro che amministravano la giustizia non erano scelti per la loro cognizione della legge, e che molti di essi non la conoscevano affatto. La maggior parte dei giudici di prima istanza dovevano infatti le loro cariche alla ricchezza e al rango, e lo stesso valeva per i vicari, i proconsoli e ancor più per i prefetti urbani e i prefetti del pretorio, i quali erano generalmente scelti per la nobiltà della nascita. L'inadeguatezza dei giudici era in qualche misura compensata dall'istituzione degli assessori o consiglieri giudiziari. Ogni magistrato con compiti giudiziari aveva almeno un assessore, che di norma sceglieva tra gli avvocati o gli esperti di diritto. Ma anche questo espediente non era sufficiente ad assicurare la necessaria competenza giuridica degli organi preposti alla amministrazione della giustizia, visto che molto spesso gli assessori erano giovani avvocati con poca esperienza che aspiravano alla carica più per ambizione personale che per colmare le lacunose conoscenze giuridiche dei magistrati cui erano affiancati. Tant'è che Giustiniano nel preambolo di Nov. 82 (a. 539) sentiva l'esigenza di sottolineare il bisogno di giudici competenti in materia di legge che non si basassero per assumere le proprie decisioni sulle opinioni espresse da altri: Nov. 82 praef. (trad. Schoell-Kröll): *Neque enim existimavimus decere quosdam iudicum nomen habere cum legum utique imperitos tum ne reum quidem experientia adiutos. Nostris enim iudicibus omnino etiam assessores adsunt, qui quae ad leges pertinent interpretentur et eorum occupationes suppleant, quandoquidem multis curis quas apud nos habent distenti merito iudiciale munus assessorum suorum praesentia suppleant. Illi vero, qui neque magistratum gerunt neque nobis inserviunt, si non ultro quidem quid iuris sit compertum habituri sint, sed aliunde iudicandi honestatem emendicaturi, qui non maximo hoc detrimento reipublicae erit, quod non iis qui ultro quid faciendum sit sciunt lites traduntur, sed iis permittitur ut alios quaerant, a quibus discere liceat quae in iudicando loqui oporteat?*. Cfr. in proposito A.H.M. JONES, *Il tardo impero romano (284-602)*, cit., pp. 718-726; F. GORIA, *La giustizia nell'impero romano d'Oriente: organizzazione giudiziaria*, in *La giustizia nell'alto medioevo (secoli V-VIII)*, I, Spoleto, 1995, pp. 299-303 (ora in *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di F. Goria*, Alessandria, 2016, pp. 281-285).

⁶Se la competenza giuridica non era un dato ricorrente, anche l'onestà e l'indipendenza costituivano infatti, più che requisiti concreti, qualità ideali per un funzionario con compiti giudiziari. La corruzione giudiziaria era un male grave che gli imperatori faticavano a sradicare. La sua larga diffusione è attestata non solo dalla condanna dei moralisti, cristiani e pagani, ma da numerose costituzioni nei codici, e in modo anche più eclatante dalla lode che si tributava ai governatori onesti. Osservava in proposito A.H.M. JONES, *Il tardo impero romano (284-602)*, cit., p. 721, come "un'età, nella quale era un alto elogio per un giudice che si ritirava il dire che egli lasciava la carica altrettanto povero di quando vi era entrato, deve aver avuto un basso livello di onestà giudiziaria. La colpa – secondo lo studioso – spettava in parte al sistema di nomina. I governatorati provinciali erano normalmente concessi a uomini che li sollecitavano perché avevano speranza di ricavarne profitto: Marciano si vantava con orgoglio di 'avere sradicato la venalità dei giudici' nominando uomini onorati che bisognava pregare perché accettassero la carica. Inoltre la maggior parte dei governatori

delle cariche, i governatori provinciali, che avevano il grado di *perfectissimi* o al massimo di *clarissimi*, non potevano che trovarsi in difficoltà a fronteggiare contendenti che ricoprivano il rango di *spectabiles* o *illustres*⁷. Agostino nelle *Confessioni* ricorda con sincera ammirazione la particolare fermezza mostrata dall'amico Alipio quando rivestiva la carica di assessore del *comes largitionum italicarum*:

Agost., Conf., 6.16: *C'era in quel tempo un potentissimo senatore dai benefici del quale molti erano obbligati e per paura di lui molti erano sottomessi. Egli voleva, come è costume dei potenti come lui, che gli fosse permesso di fare non so che di proibito dalle leggi. Alipio fece resistenza. Gli fu promesso un premio, ma egli rise con orgoglio. Fu sottoposto a minacce, ma egli le dispregiò. Tutti ammiravano l'animo straordinario che non desiderava come amico e non temeva come nemico un uomo così potente da essere famoso per gli innumerevoli mezzi che possedeva di conferire benefici o portare offesa. Lo stesso giudice di cui era consigliere, sebbene non desiderasse cedere, non faceva fronte apertamente al senatore ma, gettando il peso su Alipio, dichiarava che era quello a non permettergli di cedere; e infatti, se avesse ceduto, Alipio lo avrebbe lasciato.*

Gli esponenti dei ranghi più elevati della gerarchia avevano numerosi mezzi per far sentire la propria influenza. Avevano il diritto ufficiale di accesso alla residenza del governatore, ed era loro consentito, se volevano, di sedergli accanto sul banco del tribunale⁸.

Si dava in sostanza una giustizia per i ricchi e un'altra per i poveri. Nel caso in cui una delle parti fosse stata un normale cittadino e l'altra una persona ricca e influente, l'esito del giudizio non poteva che pendere decisamente in favore della seconda. In particolare, se quest'ultima era il convenuto, poteva avvalersi della *praescriptio fori* facendo leva su un qualche grado onorifico, e chiedere la giurisdizione di un tribunale lontano o costoso dove il povero avversario non sarebbe stato in condizione di far fronte al processo. In qualità di attore poteva richiedere un ordine o rescritto imperiale che lo autorizzasse a trascinare l'avversario presso un tribunale superiore, costringendolo così ad abbandonare la

provinciali avevano pagato somme considerevoli per la nomina e dovevano rifarsi delle spese in fretta, perché la durata della carica era breve. Questo abuso – sottolinea Jones – fu considerato da Giustiniano come la causa radicale della corruzione giudiziaria, e abolendo la compravendita delle cariche egli fiduciosamente sperava di ottenere che i giudici conservassero le mani pulite”.

⁷Se desideravano far carriera certamente avrebbero evitato di mettere a rischio le proprie prospettive recando pregiudizio a personaggi influenti; d'altra parte anche se intendevano abbandonare l'ufficio ricoperto dovevano stare in guardia contro le ritorsioni dei potenti. E ciò sia che rivestissero la carica di assessori che di giudici.

⁸Graziano nel 377 proibì a tutti coloro che risiedevano nella provincia di far visite private al governatore nelle ore pomeridiane sia a motivo della conoscenza personale sia in virtù del rango: CTh. 1.16.13: *Che nessuno faccia ingresso nella casa del magistrato ordinario della medesima provincia nelle ore pomeridiane vantando la propria conoscenza personale con lui, sia che sia conosciuto sia che sia sconosciuto al magistrato, ovvero facendo valere il proprio rango* (a. 377). Onorio nel 408 reiterò questo provvedimento (CTh. 1.20.1, a. 408).