

FABIO BOTTA

## Poteri inquirenti e processo

Lezione tenuta a Napoli presso l'Associazione di Studi Tardoantichi  
il 6 maggio 2008

1. Quando, qualche mese fa, l'amico Lucio De Giovanni mi ha fatto il grandissimo onore di propormi di tenere una lezione per l'Associazione di Studi Tardoantichi, devo confessare che mi colse impreparato. O meglio, non avevo pronto alcunchè che fosse strettamente attinente al periodo indicatomi.

Nei miei studi più recenti, riguardanti la giurisprudenza classica e il diritto giustiniano e bizantino avevo, in qualche modo, scavalcato il tardoantico in senso proprio.

Ho colto perciò l'occasione che così mi si offriva di tornare a misurarmi con il diritto del quarto e del quinto secolo e, sempre in tema di ritorni, di concludere un lavoro di ricerca che su quelle fonti avevo svolto - sono ormai dieci anni - in tema di iniziativa nel processo criminale. Allora, e mi riferisco al saggio che pubblicai negli atti di un convegno tenuto a Modena sotto la cura di Salvatore Puliatti, avevo considerato un aspetto del processo criminale *ex officio*, quello che riguardava l'iniziativa processualcriminale attribuita o riconosciuta alle c.d. *personae publicae* e cioè ai funzionari pubblici, normalmente racchiusi nella nozione di *officium*.

Restava scoperta e inevasa (e mi fu fatto notare da altri cultori del processo criminale del periodo) la problematica del processo inquisitorio in senso stretto, quello cioè rimesso sin dalla fase introduttiva all'organo giudicante.

Prima d'ora, al tema avevo già dedicato un po' d'attenzione, schedando e riflettendo sul significato del lemma *inquisitio/inquirere* nelle opere non giuridiche a partire dal terzo secolo. In particolare la mia attenzione era stata attratta dall'uso del termine nelle opere apologetiche di Tertulliano, anzi nel suo mutare di significato in passi paralleli dell'*Ad nationes* e dell'*Apologeticum*, ove il Padre della Chiesa esplicitamente richiede che il proconsole d'Africa, nella repressione che s'era intrapresa del Cristianesimo, proceda all'*inquisitio* dei Cristiani; *inquisitio* che sembra rappresentare, nella logica esposta da Tertulliano, una garanzia di legalità per i suoi correligionari a fronte di un abuso del processo (e della pena) che viene lamentato. In breve, contrariamente a quanto siamo abituati ora a pensare, *inquisitio* è, per Tertulliano, attività, prevista dalle leggi (*pro legibus facit inquisitio*, afferma Tertulliano), finalizzata all'accertamento in concreto della responsabilità criminale, spettante come

dovere al giudice penale (nella specie il Proconsole), e richiesta come diritto dai rei-inquisiti.

La procedura utilizzata ci perviene descritta in negativo (perché non applicata correttamente ai cristiani) dagli scritti di Tertulliano.

Argomentando sulla famosa *epistula* di Traiano a Plinio (riportata, tra l'altro, e forse non a caso, solo nell'*Apologeticum* e non nell'*ad nationes*), Tertulliano (*Apol.* 2.6: *Atquin invenimus inquisitionem quoque in nos prohibitam*) reputa l'*inquisitio in nos prohibita*: proibita cioè nei confronti dei cristiani, dato che (*Apol.* 2.7) *Traianus rescripsit, hoc genus inquirendus non esse, oblatos vero puniri oportere.*

Si nasconde qui la risposta alle contraddizioni della dottrina circa l'esemplarità o l'esautività del mandato ricordato da Ulpiano e da Marciano in

D.48,13,4,2 (Marcian. 14 Inst.) *Mandatis autem cavetur de sacrilegiis, ut praesides sacrilegos latrones plagiarios conquirant et ut, prout quisque deliquerit, in eum animadvertant [...]*

e in

D.1,18,13 (Ulp. 7 de off. procons.) *Congruit bono et gravi praesidi curare, ut pacata atque quieta provincia sit quam regit. Quod non difficile obtinebit, si sollicite agat, ut malis hominibus provincia careat eosque conquirat: nam et sacrilegos latrones plagiarios fures conquirere debet et prout quisque deliquerit in eum animadvertere, receptoresque eorum coercere, sine quibus latro diutius latere [...]*

Ci si chiede, cioè, davanti a quelle fonti se i *nocentes* tutti debbono essere *inquisiti-conquisiti*. Se fosse così, se cioè l'iniziativa processuale fosse propria e sola del governatore provinciale/organo di giurisdizione criminale, si spiegherebbe il passo che segue:

*Apol.* 2.9: *solum christianum inquiri non licet, offerri licet, quasi aliud esset actura inquisitio quam oblationem. Damnatis itaque oblatum, quem nemo voluti requisitum; qui puto, iam non ideo meruit poenam, quia nocens est sed quia non requirendus inventus est,*

da cui si ricaverebbe a) che l'*inquisitio* (nell'accezione tradizionale) può rivolgersi contro chiunque commetta un crimine, b) che essa equivale alla *requisitio* che Tertulliano usa, conformemente alle fonti classiche come ricerca sul territorio del delinquente al fine della sua cattura e della sua sottoposizione a processo e a pena, c) che essa equivale alla *oblatio* che, anche qui

conformemente all'uso del termine fatto nelle fonti ma difformemente dalla lettura che del passo in parola è fatto dalla dottrina, è termine onnicomprensivo corrispondente a *delatio* e comprendente sia la *notitia criminis* proveniente dal privato sia quella che proviene dalla *persona publica*. Vero è che probabilmente è il pubblico funzionario colui che può *invenire christianum*.

Ma se *inquisitio* e *oblatio*, nei passi ora visti, coincidono funzionalmente (*quasi aliud esset actura inquisitio quam oblationem*) e tuttavia si differenziano anche quali momenti e poteri procedurali (*hoc genus inquirendus non esse, oblatos vero puniri oportere*), nella visione del processo proposta da Tertulliano, la prima tende ad assumere una configurazione concettuale in ragione del valore attribuibile in concreto alla seconda.

In breve, Tertulliano non considera *inquisitio* nella logica a noi consueta dell'iniziativa processuale. Bensì, nella prima delle due dicotomie, in quella del potere di polizia (così come esplicitato dal passo di Ulpiano) nel cui articolarsi trova giusta collocazione l'azione dei pubblici funzionari, subordinati gerarchicamente o soltanto funzionalmente collegati al governatore provinciale nella sua attività tutoria, fornitori principali della *notitia criminis* (accanto ai privati, cui per mezzo dell'*accusatio/delatio* è permesso – come ampiamente esposto in Tertulliano – di attivare la funzione repressiva del proconsole). In questa logica non vedo in Tertulliano nulla di diverso da quanto avevo già creduto di ricavare dalle fonti classiche e tardoantiche nel lavoro presentato negli atti di Modena.

Nella seconda delle dicotomie viste (*quasi aliud esset actura inquisitio quam oblationem*), però, si è fuori anche dai poteri di polizia. Si è, invece in una logica di fasi processuali tutte necessarie, con un ulteriore mutamento di significato non del termine *inquisitio*, in ragione del significato di *oblatio*, ma del termine *inquisitio* preso a sé stante. Si veda, sotto questo profilo:

*ad nat.* 1.3.6: *quod presidi offeratur, quod de reo inquiretur, quod respondetur vel negatur, quod de consilio recitatur, id reum agnosco.*

Il rispetto della *forma malorum iudicandorum* (*Apol.* 2.10) è quanto dà legittimazione alla sentenza di condanna, e la forma è ricostruita per fasi funzionali così da Tertulliano. Non può negarsi infatti che l'*inquisitio* sia qui fase successiva, di spettanza del *praeses*, alla fase di iniziativa nella quale il *praeses* non gioca palesemente un ruolo attivo. Ergo anche in tale circostanza *inquisitio* non è sinonimo di iniziativa dell'organo giudicante, ma si colloca in connessione funzionale con quella, rappresentando il momento dell'accertamento della verisimiglianza dei fatti di reato oggetto dell'*oblatio* nella prospettiva dell'irrogazione della pena.

L'elemento dissonante è rappresentato, nel passo in esame dal *solum*

*christianum*. Ciò significa che il reo del crimine di cristianesimo è l'unico tra coloro che delinquono nei confronti del quale non può essere iniziato d'ufficio il procedimento?

A me sembra che qui Tertulliano giochi – forte delle sue capacità di manipolazione retorica – con i concetti e con la possibilità di sovrapporre le nozioni di *inquisitio* (sovrapponibili solo in ragione del loro uso nominale) che nella realtà si pongono ben distinte.

Non a caso, infatti, la dimostrazione della lesione della *forma malorum iudicandorum* utilizzata per il processo contro i cristiani è data dalla contrapposizione con l'*inquisitio* operata necessariamente contro i *latrones*. Costoro debbono essere *inquisiti (vestigati)*, in ciò ribadendo il contenuto del mandato ricordato da Ulpiano e Marciano. Ma costoro erano tra coloro nei confronti dei quali era dovuto il *conquirere* e l'*animadvertere*.

Non a caso Tertulliano aggiunge che per la ricerca di costoro era predisposta una *statio militaris per universa provincia*. All'inverso per il reo di *maiestas omnis homo miles est*: era cioè prevista la possibilità che fosse accusato dal *quivis de populo* (anzi per la *maiestas* da qualunque soggetto dell'ordinamento e finanche dagli schiavi). Ne deriva che non è affatto chiaro che per quest'ultimo il procedimento possa essere iniziato per iniziativa diretta del *praeses*, ma che questi necessitava comunque di una *notitia criminis* qualificata e circostanziata. Che in entrambi i casi *ad socios ad conscios usque inquisitio extenditur* può significare certo che anche i complici di costoro dovevano essere ricercati (e, contemporaneamente che il processo nei loro confronti doveva essere iniziato d'ufficio) ma altresì che per entrambi doveva essere condotta l'*inquisitio* fino a scoprire i nomi dei *socii* e dei *conscii*.

Si conferma così l'esistenza nel lessico tertulliano di una seconda nozione di *inquisitio* (corrispondente a inchiesta o meglio a istruttoria predibattimentale), la cui sovrapposizione alla prima spiega o aiuta a spiegare l'intero svolgersi delle argomentazioni dell'Apologetico e l'invocazione, la pressante richiesta, incongrua e autolesionistica in ogni altro caso, che Tertulliano vi svolge dall'inizio alla fine che i cristiani siano soggetti all'*inquisitio*. Il che è compendiato nelle due consecutive domande retoriche che appena precedono: *si damnas, cur non et inquiris? Si non inquiris cur non et absolvis?*

2. Alla luce di questi primi risultati, l'invito rivoltomi da Lucio De Giovanni diveniva occasione per sperimentare l'applicabilità degli stessi sulle costituzioni tardoantiche. Così ho provveduto ad uno spoglio delle *leges* del Teodosiano, estrapolando quelle nelle quali compaiono i lemmi *inquirere/inquisitio/inquisitor*. Il numero, non elevatissimo (trattasi, se non ho commesso errori grossolani, di 42 occorrenze) mi ha in qualche modo maggiormente invogliato ad un'analisi delle stesse. E quell'analisi, qui di

seguito cercherò di compendiare, cercando, ove possibile di rifarmi a testi particolarmente significativi o esemplari e rinviando ad un'elaborazione successiva l'esegesi compiuta delle singole costituzioni.

L'obiettivo, come si vede facilmente, è, in buona sostanza, di "igiene lessicologica", partendo dal presupposto che, a far data dal famoso saggio di Mario Lauria del 1934, è divenuto comune utilizzare, al fine di descrivere le dinamiche evolutive del processo criminale romano, la dicotomia *accusatio-inquisitio* per contrapporre nozioni che più esattamente si dovrebbero esporre facendo riferimento all'opposizione concettuale tra processo accusatorio e processo inquisitorio.

Proprio in questa logica è mia convinzione che quest'ultima contrapposizione non possa essere descritta utilizzando la dicotomia già vista, e ciò perché, se è ben possibile che nel termine *accusatio* possa effettivamente vedersi una modalità espositiva, nella lingua giuridica dei romani, di quello che oggi viene chiamato processo accusatorio, assai meno certe corrispondenze possono invece rinvenirsi tra processo inquisitorio e *inquisitio* nell'accezione del termine (o meglio nelle accezioni del termine) già viste ora in Tertulliano, e che più ancora si vedranno nelle fonti del IV e V secolo.

Ma partiamo dalla definizione corrente di *inquisitio* come processo inquisitorio: si dice che, all'interno di un procedimento che si svolge applicando i principi del sistema inquisitorio si riconosce "al giudice la piena libertà di ricercare autonomamente le prove, di compiere le necessarie verifiche e svolgere le indagini ritenute necessarie o in qualche modo utili alla decisione". Con il che si esclude che "il giudice rimanga condizionato dall'iniziativa dell'accusatore, dovendosi limitare ad accogliere e valutare le prove che la parte intendeva sottoporgli"

Mi sto rifacendo alla definizione di *inquisitio* che ho rinvenuto, in quasi esatta ricognizione dell'opinione dominante, anzi autorevolmente dominante, in un recentissimo lavoro di Federico Pergami, il cui titolo è significativamente "*Accusatio-Inquisitio*: ancora a proposito della struttura del processo criminale in età tardoantica", destinato a essere pubblicato con l'ultimo volume dell'Accademia Costantiniana.

La citazione del lavoro di Pergami e della definizione di *inquisitio*/processo inquisitorio che vi è data, lungi dall'essere critica, è funzionale al mio approccio al problema in quanto rappresenta probabilmente la parte accettabile della sovrapposizione del termine latino con la nozione moderna, essa cioè esprime gli elementi che in concreto possono essere rinvenuti nelle fonti al fine di esprimere con il termine *inquisitio* "anche" il processo improntato a principi inquisitori. Ma la definizione data è, tuttavia, espressiva solo di un aspetto parziale della contrapposizione tra sistema accusatorio e inquisitorio.

Non vi è considerata, infatti, la prerogativa principale del sistema inquisitorio, e

cioè la coincidenza tra parte attoria del procedimento e organo giudicante: coincidenza, che invece è postulata come essenziale nell'affermazione del processo inquisitorio in età tardoantica nella più autorevole dottrina a noi contemporanea. Così è affermazione di Bernardo Santalucia che questa forma processuale si caratterizzi per l'“organo giudicante cui spetta d'ufficio il compito di promuovere il processo”.

Poiché, sempre a parere del più illustre tra gli studiosi del diritto criminale romano, “lato caratteristico ed essenziale del processo penale costantiniano” (quindi certamente del processo del IV e del V secolo) sono gli “ampi poteri di inquisizione attribuiti agli organi giudicanti”, vieppiù si giustifica, io credo, la ricerca intrapresa di verificare sulle fonti teodosiane queste ultime affermazioni, alla luce delle conclusioni, come detto, cui credo possa ragionevolmente giungersi attraverso lo studio delle fonti (giuridiche e non giuridiche) del II/III secolo.

3. Date, dunque, queste premesse, la domanda fondamentale in ragione della quale vanno analizzate le costituzioni del Teodosiano, estrapolate secondo i criteri su riportati, è se effettivamente l'*inquisitio* appaia rappresentata nel materiale normativo presente nel Codice del 438 come modalità di iniziativa processuale alternativa all'*accusatio*. Se cioè con il suo uso il legislatore abbia fatto riferimento a procedure ad iniziativa d'ufficio da parte del giudicante.

La domanda vale anche in termini di espansione del significato proprio e originario del lemma. Poiché con *inquisitio* non è dubbio si tratti (semanticamente) di attività di inchiesta, una risposta positiva alla domanda dipende anche dalla possibilità di comprendere se nel linguaggio tecnico si sia inteso *inquisitio* come termine capace di esprimere la parte per il tutto e cioè estendere la portata del lemma dal significato di fase processuale istruttoria (deferita all'organo giudicante) o preistruttoria o inquirente (normalmente rimessa ai collaboratori del giudicante) a quello con il quale rappresentare l'intero procedimento dall'introduzione dello stesso alla sentenza. Si darebbe in questo modo una coincidenza di senso tra *inquisitio* e *cognitio*.

Dalla risposta a questa prima domanda discende la possibilità di rispondere anche ad altri quesiti strettamente connessi con la definizione di *inquisitio*/processo inquisitorio di cui si è dato precedentemente conto. Bisogna cioè chiedersi se è effettivamente riconosciuta al giudicante l'affermata piena libertà di ricercare autonomamente le prove, di compiere le necessarie verifiche e svolgere le indagini ritenute necessarie, o se questa sia, al più, attività discrezionale, cioè resa legittima in capo all'inquirente dallo svolgersi di un'attività istruttoria, più o meno ampia, inserita in una cornice normativa predisposta in modo tendenzialmente rigido dal legislatore.

Altre due domande, su problemi che reputo altrettanto centrali per la definizione

degli ambiti d'uso del lemma *inquisitio*, riceveranno risposta all'interno dell'analisi delle costituzioni destinata a soddisfare i due quesiti ora esposti. Esse riguardano l'effettiva stretta afferenza dell'attività istruttoria espressa con il termine *inquisitio/inquirere* al solo processo criminale. Con il che si intende comprendere se *inquisitio* è, dunque, "il" termine tecnico, così come usato dalla dottrina dominante, con cui si rappresenta il fenomeno che attualmente viene definito di procedura inquisitoria, oppure se con esso si esprimano anche fenomeni relativi ad altre tipologie di processo. Infine e per conseguenza, si cercherà di comprendere se esso è lemma di solo diritto processuale o, invece, più latamente, rappresenta l'attività inquirente (di inchiesta) e d'istruttoria sottesa ad ogni procedimento (e in particolare di quello "amministrativo").

4. Cominciamo, dunque, dal primo dei quesiti posti, e cioè se effettivamente l'*inquisitio* appaia rappresentata nel Teodosiano come procedura ad iniziativa d'ufficio da parte del giudicante.

Come già detto, la domanda vale anche in termini di espansione del significato proprio e originario del lemma, così che, cioè, questo sia divenuto idoneo ad esprimere la parte per il tutto e cioè rappresentare l'intero procedimento dall'introduzione dello stesso alla sentenza, permettendo, di fatto, una coincidenza di senso tra *inquisitio* e *cognitio*.

Rara ma riconoscibile nelle fonti è proprio quest'ultima accezione del termine. Così l'endiadi *cognitio inquisitioque* viene ad essere unitariamente considerata, cosicché ciascuno dei due termini si colora in funzione dell'altro, in

CTh.11.36.27 Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. Hypatio Praefecto Augustali. Universi, quos in publicis contractibus manifestissimos debitores **cognitio inquisitioque** convicerit, statim ut sententia fuerit promulgata, obnoxii redhibitioni teneantur nec illis aliquid ad excogitandas fraudes et versutias exerendas morae ac temporis relaxetur. dat. viii id. mai. Constantinopoli Merobaude ii et Saturnino cons. (383 mai. 8).

ove essa rappresenta - appunto unitariamente e senza apparenti distinzioni interne - tutte le fasi necessarie per la procedura di accertamento e dichiarazione giudiziale di responsabilità del debitore fiscale.

La parte per il tutto, esprimendo, cioè, con il termine proprio della fase istruttoria, evidente nella costituzione ora vista di Graziano, Valentiniano e Teodosio, l'intero processo (indifferentemente però dai contenuti di quest'ultimo) è il valore di *inquirere/inquisitio* in altre costituzioni, a cominciare da una, degli stessi imperatori di due giorni soltanto successiva a quella ora vista:

CTh. 12.6.18 Idem AAA. Flaviano Proconsuli Asiae. Quisquis posthac, quem exactionis vel susceptionis provincia manet, non specialiter et quid et in qua specie et ex quibus titulis et pro qua indictione videatur accepisse rescriberit, quadrupli eius rei, quam debitor dedisse se dicit, in latione multetur. Officium quoque, nisi ad fraudes, si forte deinceps iteratae fuerint, detegendas.... [tales animum adverterit similiter plectatur propter Mo.] tale commissum et **inquisitioni** subiaceat. dat. vi id. mai. Constantinopoli Merobaude ii et Saturnino cons. (383 mai. 10).

in cui *inquisitio* equivale molto probabilmente a processo, poiché si riferisce alla procedura tesa all'accertamento della responsabilità dell'*officium* del funzionario infedele o inefficiente preposto all'*exactio* e alla *susceptio* dei tributi e perseguibile per ciò con la condanna alla *poena quadrupli*. Si noti, però, che v'è ambiguità anche in ordine al reale dettato della norma si veda, infatti, l'ipotesi ricostruttiva con cui Mommsen colma la lacuna della *lex* e, soprattutto, si noti che Pharr traduce qui *inquisitio* con "examination under torture", che è certo uno dei significati rinvenibili nelle fonti tardoantiche per *inquisitio*, come si vedrà, ma che non mi pare qui utilizzabile.

Ancora evidentissimo significato di *iudicium*, dunque di processo nella sua intierezza, *inquisitio* ha in

CTh. 16.5.40.5 Imppp. Arcadius, Honorius et Theodosius Senatori p.u. In mortem quoque **inquisitio** tendit. Nam si in criminibus maiestatis licet memoriam accusare defuncti, non inmerito et hic debet subire **iudicium**. (407 febr. 22).

in cui gli Imperatori estendono la norma che riconosce la possibilità di processare *post mortem* il reo di *maiestas* alla repressione dell'eresia manichea e priscillianista. In entrambi i casi "*in mortem quoque inquisitio tendit*". Ma l'*inquisitio* della proposizione coincide evidentemente con il *iudicium* della seguente e non è dubbio, dunque, che anche qui si abbia esatta sovrapposibilità di *inquisitio* e processo nella sua intierezza.

Dove *inquisitio* ha certo significato di attività giurisdizionale in senso lato, ricalcando in buona misura quanto si ricavava da uno degli usi di *inquirere* in Tertulliano, è in

CTh. 2.1.2 Imp. Constantius A. ad Taurum p.p. [...] In criminalibus etiam causis, si miles poposcerit reum, provinciae rector **inquirat**. (355 Iul. [?] 25) Interpretatio [...] qui in armis nostris militant, atque privatos, si militans privatum in iudicium vocaverit, rector provinciae **audiendi et iudicandi habeat potestatem**.

come sembra ricavarsi dal confronto tra il *provinciae rector inquirat* del testo della costituzione di Costanzo con il *rector provinciae audiendi et iudicandi habeat postestatem* dell'*Interpretatio*. A ulteriore dimostrazione della similitudine dell'uso di *inquirere* in Costanzo e in Tertulliano val la pena di notare che la fattispecie presentata dalla costituzione del 355 è sicuramente espressiva di un procedimento ispirato al sistema "accusatorio": con il "*si miles poposcerit reum*" si fa infatti riferimento all'azione criminale sollevata in provincia dai militari nei confronti di privati, azione attribuita, appunto, alla giurisdizione del *rector provinciae*.

Infine, esempio insuperabile, a mio avviso, di occorrenza nella quale si attribuisce ad *inquisitio* evidente valore - d'altra parte, palese nel confronto con l'*Interpretatio* visigotica - di gestione dell'intera fase dibattimentale, di coordinamento e arbitraggio, cioè, da parte del giudice dell'attività processuale delle parti in giudizio (quindi di *cognitio causae*) è in

CTh. 2.18.1 Imp. Constantinus A. ad Maximum. Iudicantem oportet cuncta rimari et ordinem rerum **plena inquisitione** discutere, interrogandi ac proponendi adiiciendique patientia praebita ab eo [...] (321 Ian. [?] 12) *Interpretatio*. Iudex quum causam audire coeperit, litigatorum assertiones vel responsiones patienter accipiat et **omnia plena discussione perquirat**.

Nella nostra presente cultura processuale, l'attività del giudice finalizzata all'ordinamento interno della presentazione delle prove, delle istanze, delle domande e delle eccezioni delle parti in opposizione tra loro – che è, come sembra, la *plena inquisitio* rimessa da Costantino all'organo giudicante nella costituzione in oggetto - si definisce "potere istruttorio".

Al termine di questa veloce analisi di questo primo gruppo di costituzioni, può perciò dirsi inverato l'assunto di partenza che voleva dimostrare l'esistenza, nell'uso tecnico-giuridico del tardoantico, di un valore di *inquisitio* equivalente a *cognitio*, idoneo ad esprimere, cioè, i poteri "istruttori" del giudicante, e ciò relativamente sia alla trattazione della causa e, quindi, a indirizzare la discussione delle parti (quando trattasi di procedimento bilaterale), sia alla direzione dell'istruzione probatoria, coinvolgendo in ciò anche le problematiche, complesse nelle fonti tardoantiche, che riguardano la dinamica tra principio dispositivo e principio acquisitivo della prova, così importante al fine di discernere tra riferibilità del singolo procedimento al sistema accusatorio o al sistema inquisitorio.

Si è altresì accertato che con *inquisitio* si esprime il potere giurisdizionale, al di là della fase "dibattimentale", fino a ricomprendervi il potere di decisione riconosciuto al giudice, non però – e su ciò insisteva l'altro dei quesiti di

partenza – espressamente il potere di iniziativa del processo.

5. Il significato di *inquisitio* come istruttoria e decisione è, d'altra parte chiarissimo in un caso che noi definiremmo di volontaria giurisdizione, come in

CTh.3.17.4.4 Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Tatiano p. p. [...] Quod si feminae tutelae refugerint et praeoptaverint nuptias, neque quisquam legitimus ad pares possit causas vocari, tum demum vir illustris praefectus urbi, adscito praetore, qui impertiendis tutoribus praesidet, sive iudices, qui in provinciis iura restituunt, de alio ordine **per inquisitionem** dari minoribus defensores iubebunt. (390 Ian. 21).

in cui, Valentiniano, Teodosio e Arcadio, ordinano che, in caso di rinuncia della madre alla tutela dei figli minori e in mancanza di parenti, sia compito del pretore (su impulso del *praefectus urbi*) o dei giudici provinciali il *dare tutores* “*per inquisitionem*”, cioè operando una scelta di costoro, *de alio ordine*, a seguito di una attività che in età classica si sarebbe chiamata *cognitio causae*.

Alla medesima accezione di istruttoria, e in particolare di istruzione probatoria, il termine sembra rispondere anche nelle costituzioni più specificamente criminalistiche (e ciò in contrasto palese con la dominante concezione) raccolte nel libro IX del Teodosiano, ove, tra l'altro ma non senza rilevanza, l'uso del lemma è assai più parco di quanto ci si aspetterebbe.

Si veda, in proposito,

CTh.9.1.7 Imp. Constantius A. Domitio Leontio praefecto praetorio. Ii, quos custodia **delatae criminationis** includit, intra unius mensis spatium audiantur **inquisitione completa**, ne, si **delati criminis** causam segnus iudicantis lenitudo distulerit, reciprocos poenae sortiatur incursus. dat. xv kal. novemb. Vrso et Polemio cons. (338 oct. 18).

ove è fatto obbligo al giudice criminale di *audire* il reo e di completare l'*inquisitio* (cioè evidentemente di espletare per intero l'istruzione della causa e di deciderla) nel periodo di un mese dall'inizio della custodia cautelare di costui, a pena del reciproco. Deve subito notarsi che a fronte di un potere di *inquisitio* riconosciuto al giudice, v'è nella costituzione l'informazione che si tratta di processo introdotto a mezzo di *delatio*.

Se, per questa ragione, si sia di fronte ad un processo di tipo inquisitorio o accusatorio è questione già ampiamente e precedentemente dibattuta. Utile a tal fine è tuttavia far notare che la costituzione è inserita nel titolo 9.1 del Teodosiano, rubricato *de accusationibus et inscriptionibus*, e tanto per ora credo possa essere sufficiente.

D'altra parte *inquisitio* è lemma utilizzato anche nell'*edictum de accusationibus* di Costantino (o di Licinio) che i teodosiani riportano in

CTh.9.5.1pr. Imp. Constantinus A. ad Maximum praefectum urbi. Si quis alicui maiestatis crimen intenderit, cum in huiusmodi re convictus minime quisquam privilegio dignitatis alicuius a **strictiore inquisitione** defendatur, sciat se quoque tormentis esse subdendum, si aliis manifestis indiciis accusationem suam non potuerit comprobare. Cum eo, qui huius esse temeritatis deprehenditur, illum quoque tormentis subdi oportet, cuius consilio atque instinctu ad accusationem accessisse videbitur, ut ab omnibus commissi consciis statuta vindicta possit reportari. (314 [320-323] Ian. 1).

ove però l'imperatore ne fa uso, come momento dell'istruzione probatoria, in riferimento alla possibile sottoposizione ai *tormenta* dell'accusatore che non abbia portato altri sufficienti indizi a supporto della propria azione.

Che si tratti di attività istruttoria è dimostrato chiaramente, a mio avviso, dal comparativo *strictior* che aggettiva *inquisitio* nel testo costantiniano. È evidente, difatti, che in tal modo si vuole dar conto di una maggior acribia (che si manifesta appunto nella sottoposizione a tortura dello stesso accusatore) nella raccolta delle prove in un procedimento di *maiestas* rispetto a quanto sarebbe invece preteso nei restanti procedimenti criminali. I *tormenta*, inoltre, che sostanzierebbero qui l'*inquisitio* dell'organo giudicante, sarebbero finalizzati sia a completare l'insufficiente carico probatorio addotto dall'accusatore, sia, per la conseguenza, a scoprire istigatori e complici dello stesso accusatore nell'accusa che si è dimostrata temeraria.

Dunque, potere inquirente (di ricerca dei rei e di accertamento delle loro responsabilità) e potere istruttorio tendono pertanto a sovrapporsi e quindi a coincidere, nella costituzione costantiniana, all'interno di un procedimento comunque originato da un'iniziativa di parte.

Ancora evidente l'accezione di potere istruttorio è in

CTh.9.37.1 Imp. Constantinus A. ad Ianuarinum p. u. Si post strepitum accusationis exortae abolitio postuletur, causa novae miserationis debet **inquiri**, ut, si citra depectionem id fiat, postulata humanitas praebeatur; sin aliquid suspicionis exstiterit, quod manifestus reus depectione celebrata legibus subtrahatur, redemptae miserationis vox minime admittatur, sed adversus nocentem reum **inquisitione facta** poena competens exseratur. dat. vi. kal. dec. Serdica, Constantino A. v. et Licinio C. coss. (319 Nov. 26).

Nella costituzione, in tema di *abolitio* e *tergiversatio*, il nostro termine compare due volte, la seconda delle quali è in linea con i ragionamenti finora svolti: qui

per *inquisitio* si intende nuovamente istruzione probatoria, perché si riferisce all'attività di raccolta delle prove che è deferita al giudice in funzione surrogatoria del carico originariamente rimesso all'accusatore che, avendo richiesto indebitamente l'*abolitio* dalla sua accusa, fosse considerato *tergiversator*.

Che con tale iniziativa istruttoria il giudizio mutasse la sua natura accusatoria in inquisitoria in senso stretto, cioè si delineasse così un obbligo di esercizio dell'azione penale in capo all'organo giudicante è affermazione che urta, tuttavia, contro il dato, evidente nella costituzione, secondo il quale l'attività del giudice, di raccolta delle prove così come di conduzione a sentenza del procedimento, appare certamente sostitutiva di quella dell'accusatore ma all'interno di un procedimento comunque già introdotto dall'accusa di quest'ultimo.

Con il che, credo possibile concludere che nelle costituzioni riferibili ai *iudicia publica*, sia accertata la compresenza nel medesimo procedimento di *accusatio* e *inquisitio*, avendo quest'ultima non funzione opposta alla prima ma significato di attività istruttoria del giudicante su materie e oggetti rimessi per legge esclusivamente a costui.

È questo, infatti, il valore del primo *inquiri* presente nella costituzione di Costantino ora esaminata. L'accertamento della *causa novae miserationis*, cioè l'istruttoria sulla ragione addotta a sostegno della richiesta di *abolitio*, dunque di una questione specifica e limitata del procedimento (qui, tra l'altro, incidentale e preliminare circa la continuazione del processo), sottratta al contraddittorio delle parti, è, appunto, attività che la legge rimette all'area esclusiva delle competenze dell'organo giudicante.

6. All'istruttoria relativa alla soluzione (e dunque alla decisione) di questioni preliminari circa l'esistenza delle condizioni dell'azione o dei presupposti processuali o delle condizioni personali delle parti che abbiano rilevanza nel processo, si riferisce *inquirere/inquisitio* in alcune costituzioni aventi ad oggetto perlopiù il processo privato.

Così in

CTh.1.2.6 Idem A. ad Barbarum Pompeianum consularem Campaniae. Etsi non cognitio, sed executio mandatur, **de veritate precum inquiri** oportet, ut, si fraus intervenit, de omni negotio cognoscatur. dat. iii. id. nov. Aquis, Dalmatio et Zenophilo coss. (333 Nov. 11).

è compito del giudice accertarsi (*inquirere*) *de veritate precum*, cioè delle condizioni di fatto che il postulante aveva rappresentato all'imperatore al fine di ottenere il rescritto che quello stesso giudice è tenuto a osservare nella

cognizione o nell'esecuzione della causa pendente o conclusa.

Così in

CTh.2.12.3 Imppp. Grat., Valentin. et Theodos. AAA. Pancratio p. u. In principio quaestionis persona debet inquiri, et utrum ad agendum negotium mandato utatur accepto. Quibus rite et sollemniter constitutis, potest esse sententia: praeteritis autem his, nec dici controversiae solent, nec potest esse iudicium etc. dat. prid. non. april. Constantinopoli, Antonio et Syagrio coss. (382 Apr. 4).

è compito preliminare del giudice civile accertare le condizioni della persona indicata come *procurator* e la validità della sua procura affinché possa *dici controversiam e esse iudicium*.

Ma il medesimo potere istruttorio si manifesta in

CTh. 2.19.2 Imp. Constantinus A. ad Claudium praesidem Daciae [...] tamen si mater contra filii testamentum inofficiosi actionem instituat, inquiri diligenter iubemus, utrum filius nulla ex iusta causa laesus matrem novissima laeserit voluntate, nec luctuosam ei nec legitimam reliquerit portionem, ut testamento remoto matri successio deferatur, si tamen defuncto consanguinei agnati non sunt superstites [...] (321 Febr. 6).

ove è rimesso ancora al giudicante l'accertamento (*inquisitio*) di un'eventuale *iusta causa* che, avendo determinato l'esclusione della madre dal testamento del figlio, impedisca la prosecuzione dell'azione per testamento inofficioso.

La maggior evidenza dell'accezione di *inquisitio* ora esposta è, tuttavia, in

CTh. 4.22.1 Idem A. Severo. Iudices absentium, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in iure personam, et auctoritatis suae formidabile ministerium obiciant, atque ita tueantur absentes. Hos tamen iudices, quos absentium iussimus subire personam, intra hos terminos ministerii retinemus, ut, illibatis atque omnibus integris causae principalis internis, id solum diligenter inquirant, utrum eius, quolibet pacto, qui peregrinatur, possessio ablata est, quam propinquus vel amicus vel servulus quolibet titulo retinebat. [...] (326 Oct. 23).

nella quale Costantino, affidando ai *iudices* la tutela degli *absentes* che abbiano perso il possesso di una *res*, sostituendoli nel giudizio *reciperandae possessionis*, hanno il solo obbligo di *inquirere* (dunque di accertare, con propria istruttoria) il solo fatto della perdita del possesso, non potendo, invece, esercitare altrimenti i propri poteri, *illibatis atque omnibus integris causae*

*principalis internis*, cioè, per usare la traduzione di Pharr, “without any violation or change of the fundamentals of the principal cause”.

Credo si venga così a rispondere a più d'una delle domande poste in inizio di trattazione. Si esclude che *inquisitio*, anche quando correttamente intesa come potere istruttorio del giudicante, sia sempre attività libera e piena, affermandosi, invece, che essa è spesso attività vincolata dalla norma che impone limiti e modalità d'esercizio. Si esclude, inoltre, che essa sia termine tecnico del processo criminale, riscontrandosi, come s'è ora visto, anche tra i poteri del giudice civile e, come subito si vedrà, all'interno dei procedimenti fiscali sia amministrativi che contenziosi.

7. In questi ultimi contesti, così come vedremo in contesti riferibili a crimini di nuova definizione (*crimina non publica*), c'è coincidenza tra *inquisitio* e *indago*, *investigatio*, mostrandosi, dunque, come manifestazione di un potere schiettamente inquirente, di ricerca sul territorio, cioè, di dati e persone in funzione di preparazione o di esecuzione del giudizio o, fuori da procedimenti giudiziari, in funzione di accertamento nel disbrigo di compiti di amministrazione.

In definitiva *inquirere* è dunque, qui, potere riferibile a funzioni di polizia, tanto criminale, ad esempio, che fiscale.

Si vedano in proposito CTh. 13.10.5 e 13.11.6, ove trattasi di *inquisitio census*, quale mero accertamento fiscale; CTh. 10.8.5, ove l'accertamento della consistenza di *bona vacantia* e *caduca* è affidato ai *palatini*, su istanza dei quali, viene certificato, con *inquisitio*, dal *proconsul*, *praesente fisci patrono*; e, principalmente,

CTh.9.42.7 Impp. Valentinianus et Valens AA. et Gratianus A. ad Probum praefectum praetorio. Si qui intra provinciam pro qualitate delicti stilum proscriptionis incurrerit, **per ordinarii officii sollicitudinem bonorum eius indago diligentissime celebretur**, ne quid rei privatae commodis per gratiam atque colludium furto subducatur. Et plena descriptio comprehendat, quod spatium et quod sit rursus ingenium, quid aut cultum sit aut colatur, quid in vineis olivis aratoriis pascuis silvis fuerit inventum, quae etiam gratia et quae amoenitas sit locorum, quis aedificiis ac possessionibus ornatus, quotve mancipia in praediis occupatis vel urbana vel rustica vel quarum artium generibus inbuta teneantur, quot sint casarii vel coloni, quot boum exercitiis terrarum atque vomeribus inservientium, quot pecorum et armentorum greges et in qua diversitate numerati sint, quantum auri et argenti, vestium ac monilium vel in specie vel in pondere et in quibus speciebus quidve in enthecis sit repertum. Tum demum omnia ea, quae velle nos perspicis, **inquisitione constricta rationalis rei privatae** tradantur officio nostro nectenda patrimonio.

Mox vero ad nos sub litteris publicis iudicis singillatim de omnibus nominatimque perferatur, procul dubio neglegentia multanda. Nam si quid **post factam a praedicto officio investigationem rationalis rei privatae, cui inquisitio secunda mandata est**, amplius fortassis invenerit, officium fraudulentum ea condemnatione ferietur, ut aliud tantum, quantum fuerat subtractum, ex propriis facultatibus inferat. dat. iii non. mai. Trevisis Valentiniano nb. p. et Victore cons. (369 mai. 5).

nella quale l'incarico della ricognizione dei *bona* del proscritto è affidato all'*indago* dell'*ordinarium officium* operante in provincia, definita *inquisitio* più oltre nella costituzione e cioè quando si rimette alla *secunda inquisitio* (definita anche *investigatio*) del *rationalis rei privatae* il controllo attivo dell'operato di questo primo ufficio, attraverso una nuova collazione dei beni destinati al fisco. L'accezione ora considerata appare, come s'è detto, anche in costituzioni finalizzate alla repressione criminale e in particolare in quelle in cui compaiono le forme sostantivate del verbo *inquirere*: *inquisitor*, *inquirens*, che in queste occorrenze appare essere "colui che indaga o ricerca l'autore dell'illecito" (così, ad esempio, in CTh. 6.4.21 pr., ove si tratta di *pervestigatio* affidata alla *sollicitudo inquirentium*). Trattasi, dunque, di poteri di polizia giudiziaria. Qui il lemma equivale perlopiù, al *conquirere* o *perquirere* che si rinviene, nella medesima funzione, come s'è visto, nelle fonti del II/III secolo.

Si veda quale esempio

CTh.7.18.10 Imp. Arcadius et Honorius AA. Vincentio praefecto praetorio galliarum. Protectores, qui ad inquisitionem vagorum per provincias diriguntur. Nullas in retinendis fugitivis dumtaxat indigenis iniurias possessoribus parent, quia hoc illis tantum permittitur, ut desertores veteranorum filios ac vagos et eos, quos militiae origo consignat, ad dilectum iuniorum provocent. dat. xvi kal. iun. Mediolano Stilichone et Aureliano viris clarissimis cons. (400 mai. 17).

ove alla ricerca (all'*inquisitio*) di disertori e *vagi* sono preposti appositi ufficiali di polizia, i *protectores*.

E tuttavia, con il medesimo significato di ricerca sul territorio di soggetti autori di illecito, *inquirere* è azione richiesta dalle norme anche a soggetti non dotati di potere pubblico, bensì privati come in

CTh.7.18.8pr. Imp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. ad Flavianum praefectum praetorio. Quisquis desertorem vel a se receptum vel in suo latitantem cognoscit, nisi eum ex die publicati huius edicti intra duos menses **adhibita inquisitione** correptum ordinario iudici offerre curaverit, detectus in crimine pro qualitate ordinis atque personae incurrat in legem. [...] (383 [391?])

febr. 27).

per la quale l'*inquisitio* come ricerca del reo spetta al proprietario dei fondi su cui si nasconde un disertore o a colui presso il quale quest'ultimo ha trovato rifugio. Essi hanno poi l'obbligo di trasmettere il catturato alla cognizione del giudice ordinario; o ancor più come in

CTh.9.21.2 pr.-1 Imp. Constatinus A. ad Ianuarinum. Quoniam nonnulli monetarii adulterinam monetam clandestinis sceleribus exercent, **cuncti cognoscant necessitatem sibi incumbere huiusmodi homines inquirendi, ut investigati tradantur iudiciis**, facti conscios per tormenta ilico prodituri ac sic dignis suppliciis addicendi. (1) Accusatoribus etiam eorum immunitatem permittimus, cuius modus, quoniam dispar census est, a nobis per singulos statuatur. servos etiam, qui hoc detulerint, civitate romana donamus, ut eorum domini pretium a fisco percipiant. (321 nov. 20).

ove a tutti – compreso gli schiavi - è dato di *inquirere* i falsificatori di moneta e poi di accusarli, ricevendo vantaggi fiscali e patrimoniali a tal fine.

8. Si è giunti, mi sembra, al momento di concludere. E ritengo che si sia già data sufficiente soluzione ad alcuni dei quesiti che ci si era posti nell'intraprendere questa ricerca.

Parrebbe indubbio, infatti, per ciò che si è letto nelle costituzioni raccolte nel Teodosiano, che *inquirere* non sia attività esclusivamente afferente al solo processo criminale, e dunque che non possa riconoscersi ad *inquisitio* valore di termine tecnico per rappresentare il fenomeno definito di procedura inquisitoria. Esso, infatti, non è lemma di solo diritto processuale, rinvenendosi, come s'è visto, nell'attività inquirente e istruttoria sottesa ad ogni procedimento (e in particolare di quello "amministrativo").

Inoltre, sia quando è potere riconosciuto al giudicante – configurandosi come potere di istruttoria –, sia quando riconosciuto agli *officia* e ai funzionari di polizia o d'amministrazione – configurandosi qui come potere inquirente -, l'*inquisitio* si presenta come attività discrezionale - e non libera – nella cornice di poteri e limiti previsti dalla norma stessa che ne indica la necessità dell'esercizio.

In questo senso il termine può avere esteso il suo significato fino al punto di definire la fase dibattimentale e decisoria del processo, equivalendo, talvolta, a *cognitio*.

In questo contesto, con grave difficoltà può dirsi che essa si qualifichi come modalità d'iniziativa processuale, rimessa cioè allo stesso giudicante, alternativa all'*accusatio*.

Nelle fonti analizzate, infatti, il procedimento (sia esso criminale, sia esso amministrativo) è sempre introdotto dalla *notitia (criminis)* riferita al giudice da privati o da funzionari.

Se ne ha un riscontro definitivo e, credo, emblematico, dall'analisi di due ultime costituzioni.

Nella prima,

CTh.13.5.38 Impp. Honorius et Theodosius AA. Albino praefecto urbi. Dissimulationi et corruptelae urbani vel annonarii officii exquisitis remediis mansuetudo nostra prospexit, ut, si quando navicularius extra modum centesimarum diametrum incidisset, intra quinque dies, ex quo portum venerabilis urbis esset ingressus, adhibitis tribus illustribus viris urbana praefectura, praesente quoque annonario cognitore, quid evenisset detrimenti, **inquireret** et quicumque in hac fraude fuisset inventus, **sub elogio, adiuncto idoneo executore, mox ad Africam adque ad viri clarissimi praefecti annonae iudicium deduceretur**, soluturus instantia memorati, quidquid debere fuerit deprehensus. (1). Hac itaque lege decernimus, ut, si ultra diem praefinitum permiserit navicularium protelari, quinque libras auri se adque officium suum sciat aerario nostro debere inferre. Apparitionem quoque praefecturae urbanae multa trium librarum auri feriendam esse censuimus. Praefectus annonae duas libras auri sacris largitionibus inferre coetur, nisi eius praecipue instantia intra diem constitutum fuerit adcelerata cognitio. Huiusmodi igitur **inquisitio** etiam diebus feriatis et devotionum absque ulla observatione peragenda est. dat. xv kal. oct. Ravennae Constantio et Constante cons. (414 sept. 17).

in cui ad un primo *inquirere*, affidato a soggetti dell'amministrazione annonaria e della prefettura urbana, che appare accertamento "inquirente" di responsabilità per un illecito annonario preliminare al rinvio (con elogio) al giudice competente, si giustappone una seconda occorrenza ove *inquisitio* equivale a *cognitio* e riguarda il processo stesso contro gli organi pubblici che si fossero mostrati infedeli o inefficienti.

Nella seconda,

CTh. 16.5.9.1 Imppp. Gratianus, valentinianus et Theodosius AAA. Floro praefecto praetorio. [...] Ceterum quos Encratitas prodigiali appellatione cognominant, cum Saccoforis sive Hydroparastatis refutatos iudicio, proditos crimine, vel in mediocri vestigio facinoris huius inventos summo supplicio et inexpiabili poena iubemus adfligi, manente ea condicione de bonis, quam omni huic officinae imposuimus, a latae dudum legis exordio. **Sublimitas itaque tua det inquisitores, aperiat forum, indices denuntiatoresque sine invidia delationis accipiat**. Nemo praescriptione communi exordium accusationis huius

infringat. Nemo tales occultos cogat latentesque conventus: agris vetitum sit, prohibitum moenibus, sede publica privataque damnatum. (382 mart. 31).

ancor più rappresentativamente, credo, l'imperatore ordina al *praefectus praetorio*, in tema di repressione delle eresie, di *dare inquisitores*, ma, contemporaneamente, di accogliere le accuse di *indices* e *denuntiatores*, favoriti anche dalle deroghe, ammesse in tal caso, agli adempimenti gravanti sui normali accusatori.